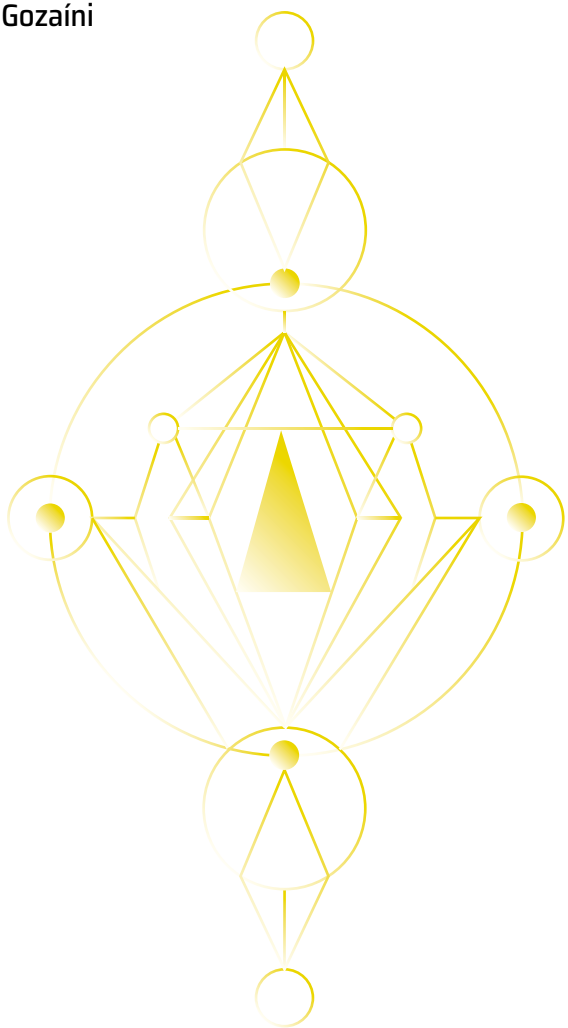
COLECCIÓN DOCTRINA

Tomo I

TRATADO DE DERECHO PROCESAL CIVIL

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO PROCESAL

Osvaldo Alfredo Gozaíni



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

JUS BAI RES EDITORIAL

Tratado de Derecho Procesal Civil

Tomo I
Teoría General del Derecho Procesal

Osvaldo A. Gozaíni

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

Sello Buen Diseño argentino

Gozaíni, Osvaldo A.
Tratado de derecho procesal civil: Tomo 1: teoría general del derecho procesal / Osvaldo A. Gozaíni. - 1a ed . - Ciudad Autónoma de Buenos Aires : Editorial Jusbaires, 2020.

Libro digital, PDF - (Doctrina 2020)
Archivo Digital: descarga y online
ISBN 978-987-768-144-4 / ISBN 978-987-768-145-1 (tomo 1)
1. Derecho Procesal. I. Título.
CDD 347.05

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

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

Consejo Editorial
Presidenta:
Ana Salvatelli

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

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

Edición: Martha Barsuglia
Corrección: Daniela Donni, Leticia Muñoa, Mariana Palomino y Julieta Richiello

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

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

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

Autoridades

Presidente

Alberto Maques

Vicepresidente 1°

Francisco Quintana

Vicepresidenta 2ª

Fabiana Haydeé Schafrik

Consejeros

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

Secretaria de Administración General y Presupuesto

Genoveva Ferrero

Dedicado a mis hijos
Mercedes y Nacho
Laura y Federico

ÍNDICE

SECCIÓN 1ª
JURISDICCIÓN, ACCIÓN Y PROCESO

Capítulo I
El Derecho Procesal como ciencia..... 25

1. Introducción; 2. Enfoques posibles; 3. La influencia del Derecho Romano; 4. Las instituciones germanas; 5. Estudios sobre procedimiento y ciencia procesal; 6. El Derecho Procesal en la exposición de Chiovenda; 7. ¿Es Chiovenda el creador del Derecho Procesal científico?; 8. La evolución del Derecho Procesal.

Capítulo II
Función y contenidos del Derecho Procesal..... 47

9. Funciones, 9.1 La función social del juez en el proceso, 9.2 La visión denominada "garantista" del proceso, 9.3 La publicización del proceso civil, 9.4 El llamado "neoprocesalismo": a) La acción: el dilema del acceso a la justicia, b) El proceso, c) La jurisdicción, 9.5 Conclusión; 10. Contenidos; 11. Características del Derecho Procesal; 12. Naturaleza del Derecho Procesal Civil; 13. Autonomía científica.

Capítulo III
Las normas procesales..... 79

14. Normas sustanciales y normas adjetivas; 15. Interpretación de las normas procesales; 16. La norma procesal en el tiempo; 17. Vigencia de la norma procesal en el espacio; 18. Integración de la norma procesal.

Capítulo IV
Acción..... 91

19. La acción como fundamento del Derecho Procesal; 20. La *actio* del Derecho Romano; 21. La escuela clásica; 22. Autonomía de la acción. La teoría moderna; 23. Proyecciones de la polémica. La acción como derecho abstracto; 24. La acción como derecho

concreto; 25. La acción como derecho potestativo; 26. La acción como derecho público o privado; 27. La acción como derecho cívico; 28. Unidad de la acción; 29. Relatividad de las teorías de la acción; 30. Replanteos en la teoría de la acción; 31. Derivaciones teóricas: el derecho a la sentencia favorable; 32. Nuestra crítica; 33. Nuestra opinión acerca de qué es la acción.

Capítulo V
La pretensión..... 125

34. Nociones previas; 35. La pretensión de tutela del derecho; 36. La pretensión procesal de Rosenberg; 37. La *ragione* (pretensión) en Carnelutti; 38. La tesis de Guasp; 39. Proyecciones de la teoría de la pretensión; 40. Pretensión material y pretensión procesal; 41. Continuidad de la pretensión; 42. Objeto de la pretensión; 43. Elementos de la pretensión; 44. Sujetos de la pretensión; 45. Resistencia a la pretensión; 46. Presupuestos de la pretensión; 47. Clasificación de las pretensiones.

Capítulo VI
Jurisdicción..... 149

48. Concepto; 49. Estado, sociedad y jurisdicción; 50. La jurisdicción como poder; 51. La jurisdicción como deber; 52. Proceso y jurisdicción, 52.1 Tutela del derecho subjetivo, 52.2 Actuación del derecho objetivo, 52.3 Legitimación de la actividad judicial, 52.4 Síntesis; 53. Teorías sobre la jurisdicción, 53.1 Teorías subjetivas: a) Tutela de los derechos subjetivos, b) Naturaleza bélica del proceso, c) Justa composición de la litis, 53.2 Teorías objetivas: a) Jurisdicción como precepto y como sanción, b) Jurisdicción y garantía de observancia de las normas; 54. La teoría de la sustitución de Chiovenda; 55. Teoría de la jurisdicción como satisfacción de pretensiones; 56. Las teorías sobre la jurisdicción en Argentina; 57. Síntesis; 58. Críticas; 59. Nuestra opinión.

Capítulo VII
La función jurisdiccional..... 185

60. Clasificación de funciones en el ejercicio del poder; 61. Jurisdicción y legislación; 62. Jurisdicción y administración;

63. Unidad de la jurisdicción; 64. Exclusividad de la jurisdicción; 65. Independencia de la jurisdicción, 65.1 Sistema de designación de los jueces, 65.2 Organización de la jurisdicción, 65.3 Clasificación de la función jurisdiccional; 66. Jurisdicción contenciosa; 67. Jurisdicción voluntaria; 68. Clasificación de los actos de jurisdicción voluntaria.

Capítulo VIII
El acto jurisdiccional..... 211

69. Facultades de la jurisdicción; 70. Extensión del poder jurisdiccional; 71. Límites de la jurisdicción; 72. Jurisdicción y competencia, 72.1 La justicia nacional, 72.2 Justicia local, provincial y federal, 72.3 Prórroga de la competencia territorial hacia jueces extranjeros, 72.4 Competencia federal; 73. *Perpetuatio jurisdictionis*; 74. Pacto de foro prorrogado; 75. Competencia absoluta y relativa; 76. El acto jurisdiccional, 76.1 Forma del acto jurisdiccional, 76.2 Juez natural; 77. Contenido del acto jurisdiccional; 78. La sentencia como acto jurisdiccional; 79. El juicio jurisdiccional; 80. Nuestra opinión.

Capítulo IX
Proceso..... 241

81. Concepto; 82. Finalidad del proceso, 82.1 Doctrinas subjetivas, 82.2 Doctrinas subjetivas: satisfacer pretensiones, 82.3 Protección del derecho subjetivo; 83. Doctrinas objetivas, 83.1 Actuación de la ley, 83.2 Actuación del derecho objetivo, 83.3 Actuación del derecho subjetivo; 84. Función del proceso; 85. El proceso como método; 86. Naturaleza jurídica del proceso, 86.1 Doctrinas privatistas: a) Teoría del contrato, b) Teoría del cuasicontrato, 86.2 Doctrinas publicistas: a) Teoría de la relación jurídica, b) Teoría de la situación jurídica; c) Teoría de la institución; d) Teoría del servicio público; e) Teoría del procedimiento; 86.3 Conclusiones; 87. Elementos del proceso.

SECCIÓN 2ª
GARANTÍAS, PRINCIPIOS Y REGLAS DEL PROCESO CIVIL

Capítulo X
Principios y reglas del proceso civil..... 267

88. ¿Principios o sistemas?; 89. Principios y presupuestos. Reglas y garantías, 89.1 Las garantías, 89.2 Los principios, 89.3 Las reglas, 89.4 Los presupuestos, 89.5 Síntesis; 90. Principios del proceso y del procedimiento; 91. Clasificaciones; 92. La ideología en el proceso; 93. El proceso como garantía.

Capítulo XI
La interpretación de los principios procesales..... 287

94. Principios generales; 95. El activismo judicial en la transformación de los principios; 96. Efectos del incumplimiento de garantías, principios y reglas; 97. Diferencias en la interpretación; 98. La inflexibilidad de las garantías; 99. La flexibilización de los principios; 100. La adaptación de las reglas a las garantías y principios; 101. Los nuevos derechos procesales fundamentales.

Capítulo XII
La autoridad del juez en el proceso..... 313

102. Las Partidas de Alfonso el Sabio; 103. Los primeros ordenamientos procesales, 103.1 Francia, 103.2 Italia, 103.3 Austria, 103.4 España, 103.5 Alemania, 103.6 El Código italiano de 1940; 104. La ideología dominante en las reformas.

Capítulo XIII
La garantía del debido proceso..... 341

105. Introducción; 106. Aspectos no procesales, sino constitucionales, del debido proceso; 107. El debido proceso constitucional; 108. El debido proceso formal; 109. El debido proceso fundamental (transnacional).

Capítulo XIV
La independencia judicial..... 351

110. Introducción; 111. Tipos de independencia, 111.1 La independencia como abstracción, 111.2 La independencia y los valores, 111.3 La independencia y la sumisión a la jurisprudencia; 112. La independencia y los grupos de presión; 113. La independencia personal del juez, 113.1 La estabilidad en el cargo, 113.2 Intangibilidad de la remuneración.

Capítulo XV
La imparcialidad del juez..... 373

114. La garantía de imparcialidad; 115. La garantía del juez natural, 115.1 Aspectos prácticos de la garantía, 115.2 El juez natural en situaciones de emergencia o excepción; 116. La abstención judicial como garantía; 117. La recusación como reaseguro de la imparcialidad, 117.1 Impedimentos objetivos para actuar: a) El parentesco de consanguinidad o afinidad, b) Interés en el pleito o sociedad con alguna de las partes, c) Controversias de distinta fuente, d) Vinculaciones personales, 117.2 Impedimentos subjetivos; 118. Revisión judicial de sentencias viciadas de parcialidad.

Capítulo XVI
La defensa en juicio..... 399

119. Generalidades; 120. La defensa como garantía individual, 120.1 El abogado "de confianza", 120.2 Defensa técnica idónea, 120.3 La defensa gratuita; 121. Evitar la indefensión, 121.1 Efectos de la indefensión, 121.2 Los tiempos de la indefensión, 121.3 Determinantes de la indefensión; 122. Contenidos básicos y esenciales del derecho de defensa, 122.1 El derecho a la contradicción (principio de bilateralidad), 122.2 El derecho a ser oído y las situaciones de urgencia para resolver, 122.3 Espacios del debido proceso.

Capítulo XVII
El principio de razonabilidad..... 435

123. Generalidades; 124. La razonabilidad como previsión de certeza, 124.1 Ponderación y proporcionalidad, 124.2 Ponderación

y razonabilidad; 125. El principio de razonabilidad en las decisiones judiciales; 126. La fundamentación de las sentencias, 126.1 Razonabilidad y fundamentación, 126.2 Aplicar la ley y motivar la decisión; 127. Naturaleza de la obligación, 127.1 La motivación como exigencia política, 127.2 La motivación como garantía constitucional, 127.3 La motivación como presupuesto procesal de la sentencia, 127.4 La motivación como parte esencial de las resoluciones judiciales, 127.5 La motivación como deber de la jurisdicción, 127.6 La motivación como derecho exigible de las partes, 127.7 Síntesis valorativa; 128. Motivar sin razonamiento suficiente; 129. Decisión razonablemente fundada, 129.1 El acuerdo, 129.2 Las motivaciones de hecho.

Capítulo XVIII
El derecho al recurso..... 461

130. Introducción; 131. Constitucionalización del derecho a recurrir; 132. Evolución de la jurisprudencia vinculada; 133. Contenido esencial del derecho al recurso; 134. Doble instancia y derecho al recurso; 135. La interpretación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos; 136. Derecho al recurso y plazo razonable; 137. Limitaciones posibles en el derecho al recurso.

Capítulo XIX
El cumplimiento de la sentencia..... 493

138. Alcance y contenido; 139. La garantía de cumplimiento inmediato; 140. El régimen procesal y la ejecución inmediata; 141. El cumplimiento por otro.

Capítulo XX
El plazo razonable..... 503

142. Introducción; 143. El principio de economía procesal, 143.1 El principio de eventualidad, 143.2 El principio de concentración procesal, 143.3 El principio de preclusión, 143.4 El principio de saneamiento, 143.5 El principio de adquisición; 144. La celeridad procesal como problema económico, 144.1 Los días y horas hábiles, 144.2 El horario de actuación y las ferias judiciales, 144.3 Los plazos y términos para el ejercicio de la función jurisdiccional; 145. Los Tratados y Convenciones

Internacionales, 145.1 Derecho subjetivo a obtener sentencia en un plazo razonable, 145.2 El plazo razonable en la jurisprudencia del sistema interamericano, 145.3 El plazo razonable en los tratados y convenciones de Europa, 145.4 El plazo razonable en la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación; 146. El derecho al proceso rápido, expedito y eficaz, 146.1 Proceso rápido y dilaciones indebidas, 146.2 Proceso sencillo y eficaz; 147. Dilaciones indebidas en el proceso penal; 148. Criterios en el proceso penal; 149. Autonomía de la garantía, 149.1 Complejidad de la causa. Dificultades intrínsecas, 149.2 Conducta de las partes, 149.3 Análisis de la función jurisdiccional, 149.4 Consecuencias de la demora. Reparación y prevención del daño; 150. Extensión del plazo razonable a todo tipo de procesos; 151. Pautas generales para definir el plazo razonable; 152. El procedimiento indemnizatorio en caso de violación a la garantía del plazo razonable, 152.1 ¿Quién tiene derecho al resarcimiento?, 152.2 Responsabilidad del juez y del Estado, 152.3 Demoras en la ejecución de la sentencia; 153. Conclusiones.

Capítulo XXI
El principio dispositivo..... 581

154. Nociones generales; 155. El proceso individualista; 156. La publicización del proceso; 157. Las dudas del principio dispositivo; 158. La misión constitucional del juez y el principio dispositivo; 159. Extensión del principio dispositivo, 159.1 El proceso inquisitivo, 159.2 La aportación de los hechos por las partes; 160. ¿Puede el juez iniciar el proceso?; 161. El principio dispositivo y la iniciativa probatoria; 162. Conclusiones.

Capítulo XXII
El principio de congruencia..... 607

163. Significados de la congruencia; 164. Ampliaciones de la congruencia hacia sujetos que no son partes, 164.1 Intervención adhesiva simple del tercero, 164.2 Terceros alcanzados por la sentencia, 164.3 La cosa juzgada en los procesos constitucionales o el efecto *erga omnes*; 165. Ampliaciones de la congruencia en la pretensión.

Capítulo XXIII
El principio de la buena fe en el proceso civil..... 621

166. Introducción; 167. Planteos que genera la consagración del principio de buena fe; 168. La penalización del proceso civil; 169. La buena fe como "hecho" (buena fe-creencia); 170. La buena fe objetiva: el principio de moralidad; 171. Actuación del juez en la aplicación del principio; 172. La conducta leal; 173. Manifestaciones de la buena fe-lealtad; 174. La probidad en la conducta; 175. La buena fe como principio del proceso; 176. Significados de la buena fe; 177. La buena fe y la honestidad de la conducta; 178. La buena fe ante la deshonestidad (mala fe); 179. La conducta temeraria y maliciosa; 180. La buena fe y el deber de veracidad; 181. Principio de moralidad y abuso procesal; 182. Conclusiones.

Capítulo XXIV
El principio de legalidad de las formas..... 661

183. El formalismo en el proceso civil; 184. Fundamentos del principio; 185. Modalidades; 186. Alcance; 187. Renuncia al formalismo por acuerdo entre partes, 187.1 Excepciones al principio de legalidad: prórroga de la competencia, 187.2 Excepciones al principio de legalidad: suspensión de las actuaciones, 187.3 Excepciones al principio de legalidad: convenio sobre costas, 187.4 Excepciones al principio de legalidad: renuncia convencional al recurso; 188. Libertad judicial para establecer formalidades, 188.1 Límites, 188.2 Deberes y facultades del artículo 36, 188.3 Reglas inamovibles y adecuaciones del principio de legalidad; 189. Exceso ritual manifiesto, 189.1 Escritos dejados en secretaría equivocada, 189.2 Escritos o actuaciones realizadas fuera de término, 189.3 Actuaciones con errores formales, 189.4 Otras informalidades que se convalidan; 190. La modificación por el juez de las reglas formales de procedimiento.

Capítulo XXV
El principio de bilateralidad..... 697

191. Definiciones; 192. La bilateralidad como sistema, 192.1 El problema con las medidas cautelares, 192.2 Las reglas

mínimas de la construcción o sistema; 193. La bilateralidad como principio, 193.1 Reaseguros de la bilateralidad, 193.2 El control de regularidad; 194. La bilateralidad "atenuada"; 195. Bilateralidad "inexistente".

Capítulo XXVI
El principio de economía procesal..... 715

196. Nociones generales; 197. Aspectos de la regla; 198. El principio de economía de gastos, 198.1 La tasa de justicia y el principio de economía, 198.2 El principio de economía en la Corte Interamericana; 199. El principio de economía de esfuerzos, 199.1 Principio de eventualidad, 199.2 Principio de concentración, 199.3 El principio de celeridad, 199.4 El principio de preclusión, 199.5 El principio de saneamiento, 199.6 El principio de adquisición; 200. El impulso procesal.

Capítulo XXVII
El principio de inmediación..... 743

201. Introducción; 202. El problema político de la inmediación, 202.1 La Ordenanza de Klein y su influencia en el principio de inmediación, 202.2 El Código italiano de 1940, 202.3 Las reformas procesales del siglo XX. Consagración del principio de inmediación, 202.4 Desilusiones y críticas.

Capítulo XXVIII
Las reglas de la oralidad y la escritura..... 759

203. La oralidad como principio político; 204. Evolución de la oralidad, 204.1 Oralidad y principio de publicización (socialización del proceso civil), 204.2 Alcance de la oralidad; 205. La escritura como sistema, 205.1 Las formas escritas, 205.2 Inmediación con oralidad o en la escritura; 206. Ventajas de la escritura; 207. Ventajas de la oralidad; 208. Principio de publicidad; 209. El principio de acceso a la información pública.

SECCIÓN 3ª
ADMISIÓN AL PROCESO

Capítulo XXIX
Los presupuestos procesales..... 779

210. Nociones generales; 211. Clases de presupuestos procesales; 212. Control de oficio y excepciones; 213. La capacidad civil y la legitimación para obrar en el proceso, 213.1 Capacidad, 213.2 La representación del menor, 213.3 Capacidad procesal y de disfrute, 214. La capacidad en el actual Código Civil y Comercial de la Nación; 215. La representación en juicio, 215.1 Representación civil y procesal: el mandato, 215.2 La representación voluntaria, 215.3 La representación legal; 216. Representación procesal, 216.1 El contrato de representación en juicio según el Código Civil y Comercial de la Nación, 216.2 Autonomía de las voces. Representación, poder y mandato.

Capítulo XXX
La legitimación en el proceso civil..... 815

217. Introducción; 218. El problema de la acción; 219. El problema de la jurisdicción; 220. Las situaciones jurídicas subjetivas; 221. Las condiciones que exige la legitimación procesal, 221.1 La legitimación procesal *ad causam*, 221.2 La legitimación *ad causam* y la expectativa a una sentencia favorable, 221.3 El control de oficio de la legitimación *ad causam*, 221.4 La legitimación *ad causam* y la pretensión procesal, 221.5 Tiene legitimación quien invoca la relación jurídica; 222. Legitimación e interés para actuar, 222.1 Interés sustancial e interés procesal, 222.2 El interés como fundamento de la legitimación *ad causam*; 223. Clasificación en las legitimaciones para obrar, 223.1 Legitimación ordinaria, 223.2 Legitimación extraordinaria; 224. Derechos e intereses a tutelar.

Capítulo XXXI
La protección del interés fuera del proceso civil..... 851

225. Legitimación e interés; 226. El interés público; 227. Las categorías jurídicas en el derecho administrativo; 228. Legitimación y procedimiento administrativo; 229. La legitimación en el contencioso administrativo; 230. El interés

legítimo en el proceso judicial; 231. Crítica a la expansión del interés legítimo; 232. El interés como fundamento de la pretensión.

Capítulo XXXII
La protección de los derechos difusos..... 867

233. La defensa de los intereses supraindividuales; 234. Los derechos difusos son una variación del derecho subjetivo; 235. Definición de derechos difusos; 236. Características de los derechos difusos; 237. Diferencias con otros intereses, 237.1 Los intereses colectivos, 237.2 Los intereses legítimos, 237.3 Los intereses simples; 238. La protección constitucional de los derechos difusos; 239. Las asociaciones de defensa de los derechos difusos, 239.1 Las asociaciones de usuarios y consumidores, 239.2 Condiciones adicionales al registro institucional, 239.3 Evolución jurisprudencial, 239.4 Representación adecuada, 239.5 Oportunidad para resolver la representación; 240. Las asociaciones y el derecho a participar; 241. Acreditación del interés; 242. La participación efectiva; 243. Capacidad procesal de los grupos; 244. Admisión y control; 245. La admisión del grupo representado; 246. La representación y sus categorías; 247. Formas de representación para los intereses colectivos; 248. La legitimación por categoría.

Capítulo XXXIII
Las partes en el proceso civil..... 915

249. Concepto de parte; 250. Breve exposición de las doctrinas; 251. La tesis del conflicto para que haya partes; 252. Nuestro concepto de "parte"; 253. Identificación de la parte; 254. Principios inherentes a la calidad de parte, 254.1 Dualidad de partes, 254.2 La contradicción, 254.3 Igualdad entre las partes; 255. Clases de partes; 256. La legitimación directa e indirecta, 256.1 La sustitución procesal, 256.2 La sucesión procesal; 257. La modificación en el número de intervinientes, 257.1 El litisconsorcio, 257.2 La intervención de terceros: a) Intervención voluntaria, b) Intervención principal o excluyente, c) Intervención adhesiva simple, d) Intervención adhesiva litisconsorcial, e) Intervención coactiva, 257.3 Las tercerías: a) Tercería de mejor derecho, b) Tercería de dominio, c) Trámite y prueba.

Capítulo XXXIV
Actos procesales..... 959

258. Hechos y actos procesales; 259. La teoría del negocio jurídico procesal; 260. La voluntad en los actos procesales; 261. Vicios de la voluntad y vicios de la buena fe; 262. Sujetos procesales; 262.1 Jurisdicción y competencia, 262.2 Presupuestos de los actos procesales.

Capítulo XXXV
Sujetos de los actos procesales..... 979

263. Los sujetos de los actos procesales; 264. Requisitos de los actos procesales, 264.1 Requisitos de admisibilidad: a) Formas de expresión; b) Firma; c) Copias; d) Anotaciones en el expediente; 264.2 Requisitos de lugar para las actuaciones procesales: a) Actuaciones dentro y fuera del radio del juzgado, b) Actuaciones extraordinarias fuera del radio del juzgado, 264.3 El tiempo de los actos procesales; 265. Clasificación de los actos procesales.

Capítulo XXXVI
Efectos de los actos procesales.....1007

266. Recepción de los actos procesales; 267. El expediente judicial, 267.1 El expediente electrónico, 267.2 Consulta directa al expediente, 267.3 Pérdida o extravío del expediente; 268. El cargo; 269. El cargo electrónico; 270. Regularidad y pertinencia de los actos procesales, 270.1 Actos procesales de comunicación, 270.2 Actos procesales de ordenación, 270.3 Actos procesales de documentación; 270.4 Las audiencias.

Capítulo XXXVII
Las notificaciones.....1029

271. Principios generales; 272. Diferencias entre los modelos de comunicación; 273. La notificación instrumental y electrónica; 274. Notificaciones que emplazan a estar a derecho, 274.1 Notificación espontánea de la demanda aún sin notificar, 274.2 Efectos del silencio; 275. La notificación automática o por ministerio de ley; 276. Notificación personal; 277. Notificación por acta notarial; 278. Notificación por edictos; 279. Notificación por medios audiovisuales; 280. Notificación

tácita; 281. Notificación por cédula; 282. Otros modelos de notificación, 282.1 Carta documento, 282.2 Oficios y exhortos; 283. Notificación bajo responsabilidad de la parte.

Capítulo XXXVIII
Plazos y términos.....1059

284. Plazos procesales; 285. Cómputo de los plazos; 286. Suspensión e interrupción de los plazos, 286.1 Requisitos de procedencia, 286.2 Inadmisión de los actos procesales; 287. Caducidad de la instancia, 287.1 La perención de la instancia, 287.2 Constitucionalidad de la caducidad de la instancia, 287.3 Inconvencionalidad de la perención de la instancia; 288. Condiciones y presupuestos, 288.1 Existencia de una instancia, 288.2 Inactividad de la parte, 288.3 Transcurso del plazo y pronunciamiento judicial; 289. Plazos perentorios y fatales, 289.1 Cómputo de los plazos; 289.2 Actividad del juez o demás funcionarios; 289.3 Causas de suspensión; 289.4 Causas de interrupción; 290. Impulso del litisconsorte; 291. Improcedencia de la caducidad; 292. Alcance de la perención; 293. La caducidad de la instancia declarada de oficio; 294. Efectos de la perención decretada.

SECCIÓN 4ª
FORMAS ALTERNATIVAS
DE RESOLVER CONTROVERSIAS

Capítulo XXXIX
Proceso y procedimientos aternativos.....1095

295. Formas alternativas al proceso para resolver conflictos; 296. Diferencias en las técnicas de solución; 297. La mediación, 297.1 El procedimiento de mediación, 297.2 Procedimiento aplicable, 297.3 La etapa de mediación como excepción procesal, 297.4 Principios procesales aplicables al trámite de mediación, 297.5 Formas de la mediación, 297.6 El perfil del mediador, 297.7 Situación institucional del mediador, 297.8 El acuerdo como resultado de la mediación; 298. La conciliación, 298.1 Modalidades, 298.2 Resultados de la conciliación, 298.3 Oportunidad para la audiencia de conciliación, 298.4 El procedimiento en la audiencia, 298.5 Efectos del acto conciliatorio, 298.6 Naturaleza del acuerdo, 298.7 La

conciliación en el Código federal: a) Contenido de la audiencia, b) Presencia ineludible del juez en la audiencia, c) La conciliación procesal; 299. El arbitraje, 299.1 Los principios generales del arbitraje, 299.2 El arbitraje voluntario, 299.3 El arbitraje forzoso, 299.4 El arbitraje jurídico y de equidad, 299.5 El arbitraje interno e internacional; 300. Los procedimientos alternativos, 300.1 El *mini trial*, 300.2 El oyente neutral (*neutral listener*), 300.3 El dictamen por expertos, 300.4 El *adjudicator*, 300.5 El arbitraje delegado, 300.6 Juicio por jurado sumario (*summary jury trial*); 301. Proceso y procedimientos, 301.1 Clasificación en el derecho positivo, 301.2 Nuestra clasificación.

Capítulo XL
Los sistemas alternativos..... 1161

302. Introducción, 302.1 Vías alternativas o equivalentes al proceso judicial, 302.2 Características básicas a considerar; 303. La teoría del conflicto; 304. La teoría de la negociación; 305. Actitudes del negociador y soluciones posibles; 306. La acción en los sistemas alternativos, 306.1 El acceso a la justicia en los medios alternativos: a) Solución extrajudicial, b) La actuación no es jurisdiccional; 306.2 El derecho a ser oído; 307. La jurisdicción en los sistemas alternativos, 307.1 No hay proceso iniciado de oficio, sólo procede a pedido de parte, 307.2 Los medios alternativos tienen base contractual, 307.3 Los medios alternativos ejercen jurisdicción, 307.4 Otras opiniones, 307.5 Nuestra posición; 308. El proceso en los sistemas alternativos, 308.1 Diferencias en el método de debate, 308.2 Nuestra posición.

SECCIÓN 1ª
JURISDICCIÓN, ACCIÓN Y PROCESO

Capítulo I
El Derecho Procesal como ciencia

1. Introducción

El Derecho Procesal como ciencia individual tiene reconocimiento posterior al de otras disciplinas jurídicas. Antes el objeto de estudio eran las leyes de reglamentación de procedimientos, aplicando lecturas de interpretación y estrategia. Después quedó subsumido en un capítulo del derecho sustancial, y en particular, del Derecho Civil, considerando que era una herramienta destinada a instrumentar el uso del derecho subjetivo. Es decir, se consideró que los procedimientos eran los medios de actuación del derecho privado de manera que servían como vehículo para lograr la tutela que los ordenamientos tenían dispuestos.

Era simple práctica, y en esa línea la exponían con singular paralelismo las distintas universidades del mundo. A punto tal era la dependencia que sugiere Sentís Melendo

> … que a los profesores que la explicaban resultaba difícil encontrarles el adjetivo adecuado a su especialidad, manifestación que no se limitaba a la vida universitaria sino que aparecía, y aun con mayor intensidad, en la denominación de los cuerpos legales, ya que frente al código civil, al código penal, al código de comercio, en España los cuerpos legales reguladores de la materia procesal, no alcanzaban esa jerarquía de denominación, para ser, simplemente, Ley de Enjuiciamiento Civil y Ley de Enjuiciamiento Criminal.[1]

El encuadre limitó el progreso de la ciencia, hasta que el proceso romano comienza a ser glosado por los pandectistas que inician una serie de interrogantes en orden a resolver la naturaleza jurídica que importaba el poner en marcha el aparato judicial. De esta manera, el modelo trabajado hasta entonces, que circuló en los carriles del Derecho Civil,

1. Sentís Melendo, Santiago, *El proceso civil*, Buenos Aires, Ejea, 1957, p. 12.

pierde consistencia para dar lugar a ensayos sobre cuestiones estrictamente de la teoría general del proceso, como son la acción, el proceso, los presupuestos procesales y la cosa juzgada, entre otras.

2. Enfoques posibles

El aprendizaje del Derecho Procesal tiene posibilidades diferentes para comprender sus contenidos. Muchas veces el enfoque se orienta hacia la técnica, y razona la disciplina como puramente instrumental. Vale decir, aceptando que es una "herramienta de los derechos sustanciales", y dando a entender que constituye, ni más ni menos, un sistema para poner en práctica los derechos subjetivos. De este modo, se conoce la finalidad y los medios para lograrlo.

Otros, decididamente, resuelven sus temas desde la función que cumplen en el proceso judicial jueces y partes, de manera que los estudios se vinculan exclusivamente a la ciencia del proceso. Aquí se aprende el arte y oficio de abogar y juzgar, cada uno en su campo.

No faltan quienes reducen el problema estableciendo posiciones diferentes según se interprete que "lo procesal" es una parte del derecho privado de las personas que, al llevar sus conflictos al proceso, solicitan la aplicación del derecho objetivo; oponiéndose a otras posturas que sostienen que el Derecho Procesal es derecho público, porque desde el proceso se protegen los intereses de la comunidad y los bienes jurídicos individuales. Este es un terreno donde abona la política procesal.

También se define el objeto de la ciencia como el estudio de las normas y funciones del poder jurisdiccional del Estado, de manera que la perspectiva tiene una inmediata connotación de contenido constitucional.

La polémica se encuentra desde los comienzos teóricos de la disciplina y, en líneas generales, presenta la concepción ideológica del proceso, y como tal, condiciona los poderes, deberes y obligaciones de las partes y del tribunal.

Con el tiempo y el desarrollo de las ideas, el dogma se fue extendiendo para ocuparse de los procedimientos que tienen otras áreas del saber científico, provocando reclamos de autonomía desde el Derecho

Procesal Administrativo o el Derecho Procesal del trabajo, y el más reciente y encumbrado Derecho Procesal Constitucional.

Quizá la progresión no sea precisa, pero marca una tendencia en los estudios que ha ido transformando el fundamento recibido de los maestros y cultores liminares, al punto tal que hoy se vuelve a reclamar la necesidad de tener una teoría general del Derecho Procesal, una visión unitaria del proceso que evite encontrar diferencias allí donde ellas no existen.

Esta también es una discusión abierta, y tiene raíces en antecedentes remotos que se observan inclusive en simples anécdotas.[2]

3. La influencia del Derecho Romano

Fue Chiovenda quien afirmó que

> La idea romana es el alma y la vida del proceso civil moderno; oprimida por las vicisitudes de los siglos, oscurecida por la superposición de conceptos y de costumbres que derivan de la mentalidad de otras razas, la misma resiste tenazmente arraigándose en los oasis que sobreviven de pensamiento romano, en las tierras del derecho romano, en los juicios eclesiásticos, en la escuela, dispuesta a imponerse apenas las condiciones de la civilización lo permitan: la historia del proceso entre los pueblos civilizados modernos se resume en un lento retorno a la idea romana.[3]

Sostiene Luban que hasta el estudio más ligero y superficial de los códigos de procedimientos modernos tiene previsto el conocimiento del Derecho Romano; para darse cuenta con ello de que el procedimiento

2. Para referir solo a una de ellas, basta comprobar que mientras fue Chiovenda el Director de la revista italiana de Derecho Procesal (compartiendo el trabajo con Carnelutti) esta se llamó *Rivista de diritto processuale civile*, y únicamente cuando comienza en 1946 su reedición (tras el receso de tres años que había tenido a consecuencia de la segunda guerra mundial) pasa a denominarse *Rivista de diritto processuale*; pero claro, Chiovenda había muerto en 1937 y el actual director era Carnelutti. Tiempo después, dirá Carnelutti al escribir para la *Revista de Derecho Procesal*, dirigida por Hugo Alsina, "el primero de los motivos que me impresionó cuando llegó a mis manos, hace poco más de un año (1947), esta magnífica revista, fue su título, donde no se encuentra ningún límite al estudio del Derecho Procesal [...]". Gozaíni, Osvaldo A., *Los protagonistas del Derecho Procesal. Desde Chiovenda a nuestros días*, Buenos Aires, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, 2005, p. 18.

3. Chiovenda, Giuseppe, "La idea romana en el proceso civil moderno", en *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ejea, 1949, T. I, p. 352.

romano, principalmente del período clásico, constituye el meollo y la base del proceso civil actual.[4]

Señalada esta advertencia, se podría afirmar que el Derecho Procesal no es una ciencia nueva sino un conjunto de reglas y procedimientos que tiene origen en el Derecho Romano. Pero una cosa es la interpretación de esos procedimientos, y otra muy diferente es sistematizar y darle un contenido académico. Porque lo primero siempre se hizo desde el estudio del Derecho Romano científico y, con más rigor, por los historiadores del derecho. Es decir que no había una enseñanza particularizada del Derecho Procesal como hoy se lo entiende. Tampoco fue así en el tiempo siguiente.

La tarea principal no fue específicamente destinada a tener una ciencia nueva, sino a difundir las características que tuvieron los sistemas antiguos para resolver conflictos humanos.

En Roma la obra legislativa fue trascendente; basta con recordar a Justiniano,[5] y desde allí observar la influencia que tuvo en el diseño

4. Luban, Miguel, *Proceso civil romano*, prólogo a la obra de Humberto Cuenca, Buenos Aires, Ejea, 1957.

5. Justiniano fue emperador bizantino desde los años 527 a 565. Nació en Iliria en el seno de una familia de origen humilde, y se educó en Constantinopla. Fue nombrado cónsul y asociado al trono por su tío Justino I. En el año 518 fue administrador del emperador Justino, que le nombró su sucesor. Se casó con Teodora (523) antigua bailarina de circo y prostituta; su padre había sido custodio de animales salvajes en el anfiteatro de Constantinopla. Justiniano se rodeó de un estrecho grupo de colaboradores entre los que destacan Triboniano o Belisario. Al fallecer Justino en el año 527 fue elegido emperador. Gracias a los relatos de Procopio conocemos los deseos de Justiniano de alcanzar el esplendor de la Roma Imperial, motivo por el que realizó toda la amplia serie de campañas exteriores. Comenzó una política tendente a la restauración del Imperio Romano, cuya parte de Occidente se había perdido con las invasiones de los pueblos bárbaros en el siglo V. La frontera oriental del Imperio estaba asegurada por la paz eterna firmada con Persia en el año 532. Un ejército imperial inició la marcha en el año 533 contra el reino vándalo del norte de África, reincorporando esta zona al Imperio en el año 534. Otro ejército atacó, en el año siguiente, a los ostrogodos establecidos en Italia; resistieron durante veinte años. Una tercera campaña militar realizada contra los visigodos reconquistó el sureste de la Península Ibérica. El Imperio requería un sistema legal uniforme. Una comisión imperial, presidida por el jurista Triboniano, trabajó diez años para recopilar y sistematizar el Derecho Romano. Su trabajo, conocido como Código de Justiniano y promulgado en el año 534, se incorporó al enorme *Corpus Juris Civilis* (Corpus de Derecho Civil); en él se reunían todas las constituciones de los emperadores romanos desde Adriano (117-138 d.C.) hasta la fecha de su publicación; y fue actualizado mediante la adición de nuevas leyes o *Novellae*. Las otras dos partes que componían el *Corpus* eran el Digesto o Pandectas y

e implementación de los sistemas procesales que evolucionaron desde entonces. Ello solo es elocuente y no necesita más explicaciones.

La historia del derecho se ocupó de traernos información y síntesis crítica, pero no elaboró propiamente una teoría general del proceso, lo que fue lógico, desde que no era esa su finalidad. Perduró en la Roma imperial el rigor metodológico que siguió durante toda la Edad Media, cuando se refleja la influencia del *Corpus Juris Civilis*, y se consolida en torno al año 1100 cuando florece enérgica la pasión por las instituciones romanas. Inclusive se llega a hablar de una segunda época del derecho, o de dos historias del Derecho Romano: la de la Antigua Roma y la segunda en el mundo medieval.

La pujanza de las ideas se observa en la repercusión normativa de los cuerpos legales de ese segundo tiempo, que constituyen en realidad tres codificaciones surgidas a fines del siglo V y principios del VI: *Los edictos de los Reyes Ostrogodos*, la Ley Romana *Burgundionum* y el derecho romano de los Visigodos, reunidos todos en el *Breviario de Alarico*.

Francia y España siguieron el rumbo de este último, en tanto que Alemania trabajó con los pandectistas, habiéndose dicho que desde la Glosa a las Pandectas no hay una reconstrucción, sino la continuación del Derecho Romano;[6] opinión que concilia con las afirmaciones posteriores de Chiovenda.

---

las Instituciones, manual para estudiantes de derecho. Esta codificación constituye aún la base legislativa en muchos países de Europa. Se acentuó la autoridad sagrada del emperador, eslabón entre Dios y el pueblo que le estaba confiado. Esta autocracia imperial se manifestó en un suntuoso ceremonial, heredero del esplendor romano al que se añadió la pompa oriental (persa). Bajo el reinado de Justiniano I se desarrolló la conocida como "primera edad de oro del arte bizantino", que luce en las iglesias de Santa Sofía y de San Sergio y Baco, en Constantinopla (hoy Estambul, Turquía), así como en la iglesia de San Vital, en Ravena (Italia). Falleció en Constantinopla.

6. Para Biondi, se debe a la sabia y paciente obra de los intérpretes que en el curso de los siglos han sabido extraer del *Corpus Juris* aquellos elementos jurídicos tan universales que constituyen el *summun* de la *ratio scripta*, de tal guisa que el Derecho Romano, no cual fue, sino cual se entendió y elaboró por los intérpretes, puede constituir o no un derecho, sino el Derecho. Es así como después de siglos de verdadera decantación jurídica que venía perdiendo cuanto de peculiar tuviera el Derecho Romano, Domat podía considerar históricamente determinado y circunscripto, como *le depot de regles naturelles de l´ equité*. Biondi, Biondo, *Arte y Ciencia del Derecho*, prólogo de Juan Iglesias, Barcelona, Ariel, 1953, p. 7.

Lo cierto es que en la Edad Media el Derecho Procesal era el Derecho Romano puesto en práctica en sus instituciones, pese a los avatares que sufre con la influencia de la iglesia, que cambia las reglas de la defensa técnica y asigna mayores poderes y actividades al juez en el proceso.[7]

4. Las instituciones germanas

En cambio, el fenómeno era desigual en los germanos. El procedimiento no tenía el mismo lineamiento que el romano. En la Edad Media el sistema judicial era diametralmente distinto al racional que se elaboraba desde las normas del Imperio, porque dominaban juicios divinos e invocaciones supremas de corte místico.

No había procedimientos por cuestiones, sino enjuiciamientos comunes para lo privado y lo público, lo civil o lo penal. Es un proceso entre partes, configura casi una lucha de intereses. El trámite es oral y público, completamente ocupado de ritos y solemnidades, muchos de ellos de carácter religioso[8] como fueron las "Ordalías". Además, contra la sentencia no había recursos, lo que era lógico si consideramos que el fallo era producto de la voluntad divina.

En el siglo XI el proceso longobardo constituido desde el *Liber Papiensis*, que compone una suerte de colección de leyes dictadas durante

7. Reproduce la interesante obra de Silva Vallejo: "Este Imperio Romano, cuyo prestigio había fascinado a los bárbaros se mantiene como un marco ideal y no desaparece hasta 1806 con el último emperador romano de nación germánica. La tentativa de Justiniano para rehacer la unidad real alrededor del lago mediterráneo fue vana. Bizancio por otra parte, no era ya un estado romano y el occidente debía separarse. Bajo dinastías bárbaras –mientras que la Europa central es un caos sin nombre y a Inglaterra se la disputan sajones y celtas– se constituyen estados romano-germánicos. La Francia de los merovingios es una especie de protoplasma amorfo. La era de las dinastías bárbaras es, para Lot, una historia maldita y para las inteligencias, he aquí que llega la noche", en *El Derecho Procesal en la Edad Media*, Lima, Cultural Cuzco, 1998, pp. 29-30.

8. La invitación a comparecer ante el tribunal, formulada por la parte demandante ante testigos, se llamaba *mannitio* y era el acto inicial del proceso que, como dice Brunner, era esencialmente público y oral y descansaba por entero en el principio acusatorio, de manera que estaban abandonadas a las partes la iniciación y la continuación del proceso; apareciendo así como su cúspide lógica los contratos procesales entre los litigantes. La autoridad del tribunal era muy limitada y en parte venía a quedar sustituida por la coacción jurídica del formalismo. Brunner, Emil, *Historia del Derecho Germánico*, Barcelona, Labor, 1936, p. 24.

más de cuatro siglos –desde el Edicto de Rotari, año 643, hasta Enrique II de Franconia, año 1054– comienza a transformar el sistema y a generar en la Universidad de Bolonia un creciente interés de los glosadores.

La innovación más importante se alcanza en la prueba, que se torna racional abandonando deidades. Un gran cambio fue la incorporación de testigos como medios de verificación y convencimiento.

Esta reacción del derecho germano es la fuente que toman los glosadores para deducir del Derecho Romano la penetración en el proceso judicial. Primero se analizó el *Corpus Juris Civilis*, y de cada conclusión se extraían consecuencias. De ellos surgen disposiciones que trascienden y llevan a dictar ordenamientos jurídicos propios como sucede en Bolonia y Verona (1395) que tienen a la doctrina de Accursio con valor de fuente supletoria. Lo mismo llega a España, con la sanción de las Leyes de Toro.[9]

En suma, la glosa y los comentarios adquirieron una extraordinaria influencia, que permitió a Chiovenda decir que "esta elaboración ha sido el principal factor del injerto, sobre todo de instituciones germánicas en el tronco romano".[10]

En los comienzos del siglo XIX Savigny publica su famosa *Historia del derecho romano en la Edad Media*, donde dedica varias páginas a estudios de naturaleza procesal. Para Chiovenda el autor es jefe de la escuela histórica, y le asigna el mérito científico de haber coordinado los estudios históricos con los procesales, y más precisamente, de las relaciones

9. Sostiene Draper que la prueba por los milagros empezó a caer en descrédito durante los siglos XI y XII. Los sarcasmos de los filósofos hispano-árabes habían llamado la atención de los eclesiásticos más ilustrados sobre su índole ilusoria. El descubrimiento de las Pandectas de Justiniano, en Amalfi en 1130, ejerció indudablemente una influencia muy poderosa, promoviendo el estudio de la jurisprudencia romana y diseminando mejores nociones en cuanto al carácter de la prueba legal o filosófica. Hallam presenta algunas dudas sobre la historia bien conocida de este descubrimiento; pero acepta que el célebre ejemplar de la biblioteca Laurentina de Florencia es el único que contiene los cincuenta libros completos; veinte años después, el monje Graciano coleccionó los edictos papales, los cánones de los concilios y las declaraciones de los Padres y Doctores de la Iglesia en un volumen llamado *El Decreto*, considerado como la primera autoridad en derecho canónico. En el siglo siguiente, Gregorio IX publicó cinco libros de Decretales y Bonifacio VIII más tarde añadió el sexto. A estos siguieron las Constituciones Clementinas, siete libros de Decretales y un Libro de Instituciones, publicados juntamente por Gregorio XIII en 1580 bajo el título de *Corpus Juris Canonici*.

10. Chiovenda, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal Civil* (trad. de José Casais y Santaló), Madrid, Reus, 1977, T. I, p. 14.

entre el germanismo y el Derecho Romano. Para él, la aplicación de este método al Derecho Procesal fue obra de los discípulos de Savigny. Primero Bethmann-Hollweg, que trazó en 1821 el programa en una conocida prelación a la primera edición de su *Esquema de lecciones*.

> Bethmann-Hollweg afirma, precisamente, la importancia del elemento germánico como modificador del romano en el proceso: la inmisión ocurrió en las tierras romanas invadidas por la gente y por el derecho germánico, parte por obra de la costumbre, parte por obra del derecho canónico impregnado a su vez de germánico: el proceso extranjero recibido en Germania al final de la Edad Media y que subsistió allí como proceso común hasta nuestros días, es precisamente el resultado de la fusión de los dos elementos.[11] En 1834 se edita otro volumen que llama "Manual del proceso civil", mostrando que la doctrina empezaba a abordar al proceso como una institución de contenidos singulares; por entonces ya se contaba en Alemania con la Ordenanza Procesal civil de Baden (1831) que marcó el punto de partida para una serie de legislaciones con signo propio, que llevaron a la idea de unificar los sistemas, objetivo alcanzado con la ZPO de 1877.

La curiosidad sobre el Derecho Romano, y más precisamente la exégesis de la legislación, motivó a la doctrina y especialmente a los Pandectas a realizar una tarea distinta a la de los glosadores y posglosadores. Antes que interpretar, hacen propuestas que avanzan creando nuevos emplazamientos.

Por ejemplo, con la polémica entre Windscheid y Muther se trazan distancias entre el Derecho Privado y el Derecho Público que, dicho en términos dogmáticos, dan las bases para reconocer un derecho subjetivo y un derecho de acción ante la justicia (1856/7); después Bülow (1868) observará la relación que suscitaba el proceso con las partes en conflicto, estableciendo la "relación jurídica" de carácter procesal, que ampliará Kohler (1888) en un trabajo específico sobre ello.

Así se llega a Adolf Wach (1885) que elabora una teoría sobre la acción y el derecho a la tutela jurídica que va a influir en Chiovenda, al punto que sea este quien lo reconozca como maestro e inspirador.[12]

11. Chiovenda, Giuseppe, "Romanismo y germanismo en el proceso civil", *Ensayos de Derecho Procesal civil*, T. I, p. 301 y ss.

12. Cuando Chiovenda evoca a Wach (necrológica publicada en 1926 por la *Rivista de diritto processuale civile*) sostiene que los tres ilustres forjadores de la ciencia procesal son Oskar Bülow, Kohler y Wach. Del primero dice que fue, antes que nadie, quien propor-

En definitiva, el Derecho Procesal como ciencia admite tener raíces en el desglosamiento del Derecho Romano que hace la doctrina germana. Con ello, enaltece la investigación y amplía horizontes. Pero hay que tener mucho cuidado con esta afirmación.

5. Estudios sobre procedimiento y ciencia procesal

El sentido de perfección técnica que tenía el proceso romano, a partir de la etapa conocida como *extraordinaria cognitio*, va a tener un franco oponente en el modelo germano para debatir y resolver controversias.

Los filósofos alemanes del siglo XIX habían planteado que los juicios eran una lucha entre partes, donde cada litigante era un guerrero cuya arma era el derecho. Triunfaría aquel que tuviera las mejores armas y pudiera conocer con suficiencia el arte de la defensa. El demandado no es el emplazado del Derecho Romano que podía o no comparecer, sino un ofensor que por sus actos anteriores obligaba a querellar y pagar sus actos ante asambleas populares. Todo el procedimiento es formal, dominado excesivamente por solemnidades y absolutamente ritual.

Después veremos con mejor precisión las características de uno y otro modelo procesal, pero en la presentación no se puede eludir mencionar que con la invasión de los bárbaros en Italia el proceso romano queda anulado, para aflorar en el siglo XI con el llamado proceso común (*romano-canónico*) que es el resultado de la infiltración de elementos germánicos en el proceso romano[13] y que se consolida en el siglo XIV con la formación del proceso civil contemporáneo.

Esta visión trasladó a las partes en conflicto el nudo gordiano a desatar, y fue el prolegómeno de las después llamadas "teorías de la acción", donde los pandectistas se lucieron al demostrar que el derecho de fondo era la fuente, pero el ejercicio activo de la pretensión constituía el germen de otros derechos promovidos a partir de la formación

cionó a esta ciencia una sólida base dogmática y sistemática poniendo los fundamentos de la doctrina de la relación jurídica procesal. Poco después lo siguió Kohler que dio a esta doctrina un amplio y orgánico desarrollo, absolutamente lleno de geniales intuiciones, de clarísimos fenómenos que antes no habían sido observados. Adolf Wach construyó sobre la misma base su sistema, pero lo integró con la nueva doctrina de la acción.

13. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª ed., 1979, T. I, p. 83.

del proceso judicial. Nadie imaginaba todavía que esto podía constituir otra disciplina jurídica.[14]

> Es decir, había que analizar el rol de las partes que controvierten, sus posibilidades de estar y actuar en el proceso, cuánto y cuándo podían pedir; así, la *acción* se convirtió en uno de los pilares fundacionales de la ciencia procesal, pero fue mucho después del debate inicial suscitado en 1856.

En realidad, como antes se dijo, el interés doctrinario de entonces era interpretar los textos del derecho romano que se redescubren en el siglo XII y que con la escuela formada por Irnerio (maestro de gramática y dialéctica) trabajaron con la descripción gramatical del significado de los textos del *Corpus Juris Civilis*. Luego, los posglosadores modernizarán los contenidos de la obra de Justiniano provocando una influencia tan notable que perdura contemporáneamente.[15]

Los *pandectistas* se ocuparon de controvertir esa tarea de adecuación, estimulando con los esfuerzos de grandes romanistas, desde Savigny hasta Windscheid, una obra de esclarecimiento que en nuestra ciencia es famosa por la deliberación que trajo el concepto de acción y pretensión en el derecho romano. Polémica que, como veremos, para muchos es el nacimiento de la ciencia procesal.

---

14. La interpretación de los textos romanos pretendió dar actualidad al Digesto, que era el nombre que se daba a los tratados muy extensos sobre el Derecho (proviene de *digerere* [distribuir ordenadamente], o *pandectas* [de dos voces griegas que significan contener todo]. Es una compilación o colección de las decisiones más notables de los jurisconsultos romanos clásicos, encomendada por el emperador Justiniano a una comisión de dieciséis jurisconsultos, presidido por Triboniano, su cuestor palatino. Fue redactado luego de examinar más de 1600 libros en un plazo de 3 años. Justiniano dio fuerza de ley al Digesto para todo el Imperio. La obra consta de 50 libros, distribuidos en títulos, estos en fragmentos y los fragmentos en parágrafos. Por evidencia del contenido, suelen distribuirse así los distintos libros del Pandectas: I. Parte General; II. Derechos Reales; III. Obligaciones; IV. Derechos Personales; V. Derecho Sucesorio; VI. Derecho Procesal; VII. Obligaciones Especiales; VIII. Derecho Penal, y IX. Derecho Público.

15. Cueto Rúa, Julio, *Fuentes del derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1976, p. 32 y ss. El autor en esta obra sostiene que con la actualización del derecho romano mediante la incorporación de elementos escolásticos, los posglosadores le imprimieron una marca que ha durado hasta nuestros días, y que ha encontrado su expresión más acabada en la llamada *Escuela dogmática* o conceptualista alemana. El criterio de verdad es el formal. Lo decisivo es la uniformidad y la generalidad. Los principios conceptuales deben ser preservados, y si ellos se encuentran en conflicto con las exigencias prácticas, son estas las que deberán soportar las consecuencias y no los "principios" jurídicos.

La importancia del debate estribó en que puso en crisis el método exegético y permitió enfrentar la escolástica pura y los dogmas indiscutidos. De este modo, los autores alemanes y después los italianos van a desarrollar aspectos puntuales del conflicto entre partes, que encontrará en Chiovenda una verdadera sistematización.[16]

De todos modos, la orientación *sistémica* le corresponde a la doctrina alemana porque tiene en Oskar Von Bülow, en el año 1868 –cuando publica *La teoría de las excepciones y los presupuestos procesales*– un punto de arranque insoslayable, que para algunos coincide con el establecimiento de los cimientos fundamentales de la autonomía del Derecho Procesal.

En consecuencia, para reconocer los orígenes científicos del Derecho Procesal hay que recorrer el camino hecho por la doctrina alemana y analizar si la polémica entre Windscheid y Muther, la ampliación de cuestiones que hacen Kohler y Degenkolb, la teoría de la relación jurídica avizorada por Bethmann-Hollweg y expuesta magníficamente por Wach, y la definición de presupuestos de Bülow, son bastantes para admitir la paternidad científica.

Muchos sostienen que la tarea doctrinaria desenvuelta por estos autores en los hechos fue la explicación del procedimiento, y la ciencia creada no era más que un "procedimentalismo", que no habló en momento alguno de un "Derecho Procesal".[17]

16. Ibídem, p. 45 y ss. Conviene volver a Cueto Rúa por su claridad en la exposición de los hechos que se relatan. Dice el profesor argentino que hacia fines del siglo XIX estalla la crisis. El método exegético ha extenuado sus posibilidades. La voluntad del legislador es un concepto demasiado explotado y no suministra ya la riqueza de respuestas exigido por un mundo cada vez más dinámico y complejo. En Alemania se viven las consecuencias nocivas del excesivo manipuleo conceptual, y se hace evidente que el criterio legislativo no puede ser el de la mera pureza lógica y el de la abstracción no contradictoria [...]. Los juristas inician una reacción contra las formas dogmáticas, tanto racionalistas como exegéticas, que predominaron a lo largo de casi cien años. Hauriou, Geny, Saleilles y Duguit encabezan la reacción en Francia. Kantorowicz, Heck, Ehrlich, en Alemania. Todos ellos describen con vigor las limitaciones de la jurisprudencia tradicional, su creciente inoperancia para hacerse cargo de los acuciantes problemas sociales, la necesidad de prestar atención a los fenómenos reales de coexistencia humana, y de decidir los conflictos teniendo en cuenta los valores humanos y las exigencias de los hombres. Se postula la necesidad de restablecer un estrecho contacto con la experiencia de los tribunales, y de conformar los procesos mentales del razonamiento a los datos que suministra la experiencia humana de todos los días
17. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 205.

Afirmando esto con sentido crítico, el origen de la disciplina se lleva a los autores italianos; especialmente se instala la piedra basal de la ciencia en el mensaje de Chiovenda cuando critica la tesis de Bülow respecto al rol del juez en el proceso, y la establece con sus libros: *Principios...*, y más tarde con *Instituciones...*, sin dejar de anotar la famosa "Prolusión de Bolonia" del 3 de febrero de 1903.[18]

6. El Derecho Procesal en la exposición de Chiovenda

La clase inicial de los cursos del año 1903 en la Universidad de Bolonia fue dictada por Chiovenda en lo que se conoce como la "Prolusión del 3 de febrero de 1903" o "Prolusión de Bolonia".[19] En ella explica y desarrolla el concepto de la acción en el sistema del derecho, sosteniendo que idealmente la protección de los derechos subjetivos debiera surgir apenas advertido el incumplimiento o la violación; pero como la acción, o dicho en sus términos:

> ... la actividad de los órganos de Estado preordenados a la actuación de la ley en el proceso civil es el resultado de una actividad voluntaria del que peticiona, inmediatamente observa que la persona tiene un poder para

18. Durante siglos nuestra materia, hasta en su denominación oficial, ha sido "procedimiento", sin alcanzar la dignidad de llamarse "Derecho Procesal" [...] había que conformarse con la modesta denominación de "procedimientos judiciales" [...]. Con la polémica entre Windscheid y Muther debemos buscar los orígenes de la moderna ciencia del proceso, que quienes solo ven en ella una investigación de carácter romanista sitúan en el no menos famoso libro de Oskar Von Bülow... Con estas dos obras se iniciaba el camino de la que habría de ser gloriosa escuela alemana de Derecho Procesal [...]. Esta dominaba el panorama procesal hasta que llega Chiovenda, que logra sacar a los estudiosos del estudio procedimental, para formar una escuela no menos gloriosa que la germana; pero sin contar fuertes resistencias por parte de quienes no llevaban sus inquietudes científicas más allá de la interpretación exegética del texto legal [...]. Fue Chiovenda quien sacó de su sopor a los estudios procesales; mejor dicho, quien elevó a la jerarquía de Derecho Procesal al viejo procedimiento [...]. En cualquier caso, la figura de Chiovenda aparecerá siempre como la del fundador y mantenedor de la primer escuela científica italiana del Derecho Procesal, que ha podido tener continuadores tan destacados como Carnelutti, Calamandrei, Redenti, y después, Segni, Satta, Liebman, Jaeger, Costa, Andrioli; y entre los más jóvenes, Allorio, Furno y Carnacini. Sentís Melendo, Santiago, *Ensayos de Derecho Procesal civil*, pp. 13-14.

19. La conferencia se tituló "L´azione nel sistema dei diritti" (trad. de Santiago Sentís Melendo), en la obra de Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de Derecho Procesal*, T. I, p. 3 y ss.

requerir la realización de las condiciones necesarias para que se cumpla la voluntad de la ley.

Después de explicar las distintas concepciones derivadas del *jus persequendi* (derecho de perseguir en juicio lo que se debe) y dar su versión sobre las nociones de Windscheid, asumiendo las diferencias entre la *klage* y la *klagerecht*, es decir, entre la acción y el derecho de querella, afirma que la tarea de los pandectistas no ha favorecido directamente para clarificar el problema, que a su entender debe estar en explicar el significado del concepto de *Anspruch* (pretensión).

Llega así a la polémica entre Windscheid y Muther y se introduce en los desarrollos de la doctrina publicista, particularmente en la teoría de la relación jurídica de Bülow y Kohler, hasta alcanzar el derecho a la tutela jurídica que pertenece a Wach, con quien polemiza sobre la idea de aceptar un derecho subjetivo de accionar frente al Estado.

Por eso, afirma que

> … la acción existe siempre que la ley hace depender de una voluntad privada la propia actuación; y no tiene nada que ver con el derecho subjetivo, no es una parte suya, no es una potencia suya, ni un derecho que surge necesariamente de la violación de un derecho. El derecho puede nacer directamente de la norma: la acción no, si la norma no está condicionada en su actuación a una voluntad privada. Para la satisfacción de la acción la voluntad del adversario es inútil, y hasta impotente: la misma puede privarlo de objeto, no satisfacerlo. La acción se agota con el propio ejercicio, el cual es todo en la voluntad del titular de la acción, en cuanto éste puede contar sobre la actuación de la ley [...]. De cuanto se ha dicho aparece que el derecho de accionar es una figura jurídica autónoma, necesariamente coordinada como todo derecho a un interés, pero no necesariamente a otro derecho, y que puede asumir carácter privado o público, según la naturaleza del interés que se ventila.[20]

Con este emplazamiento Chiovenda debe exponer los efectos de la independencia que afirma, y en esa dirección desarrolla la "autonomía del proceso civil y los presupuestos procesales", donde se destaca el deber de actuación que tienen los jueces y las relaciones que surgen tras el emplazamiento formal para contestar la pretensión o demanda.

20. Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 21.

La prolusión de Bolonia fue el punto de partida para desarrollos posteriores, cuando señala el riesgo implícito de aceptar la teoría de Bülow, que al estudiar las relaciones entre la ley y el juzgamiento, le daba al juez un poder de creación del derecho que no tenía límites precisos (sostiene que ese riesgo había llegado a su máxima expresión con la Escuela de derecho libre, basada en la sutil sofística de Ehrlich).[21]

Precisamente, la tarea que asume en sus obras fundamentales despliega las demás cuestiones que conforman los troncos de la ciencia procesal. La teoría de la jurisdicción, que venía precedida del ingenio de Mortara, encuentra en Chiovenda el complemento necesario para esclarecer las relaciones entre la aplicación del derecho y el mismo derecho sustancial.

Cuando escribe los *Principios* recopila y sintetiza la historia italiana en este aspecto, para demostrar que la invasión de leyes extranjeras había sido un obstáculo para la evolución del Derecho Procesal. Señala entonces el *Reglamento general judicial* de José II (1781) de Austria, conocido como código lombardo; luego, el *Código de Procedimiento Civil* francés que publican varios estados italianos a partir de 1806, e indica la influencia de otras legislaciones particulares de los Estados de Parma y Piacenza, entre otros.

7. ¿Es Chiovenda el creador del Derecho Procesal científico?

Con Chiovenda se abandona el estudio puntual del procedimiento y se inicia la ciencia del proceso, propiamente dicha. Hay factores importantes que acuden en apoyo de esta afirmación, como resulta el movimiento de transformación del proceso que de manos privadas pasa a razonar el interés público; como también repercute la consideración de los poderes del juez al resolver los conflictos intersubjetivos.

El carácter público del proceso se consolida y comienza un tiempo de referencia al *aspecto publicístico del proceso*, que la doctrina posterior reconocerá como el traslado del procedimentalismo al procesalismo.

21. Allorio, Enrico, "Reflexiones sobre el desenvolvimiento de la ciencia procesal", en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediar, 1951, T. 1, p. 78.

Una de las influencias que recibe Chiovenda fue Franz Klein (1854-1926) que había adoptado para la codificación austríaca (1895) un sistema muy particular desde el cual tomará ideas para asentar la ciencia procesal.[22]

Esta tendencia asume que la tarea del juez era de conducción y no de simple juzgamiento. Por eso la importancia de tener "poderes" antes que "deberes y obligaciones". El emplazamiento quitó del centro de gravedad a las partes, y convirtió el sistema en un modelo tan aplaudido como criticado. La oralidad fue elevada como principio, aunque no tuvo la suerte de consagrarse legislativamente.

Pero también cada postulado fue objeto de replanteos. Es cierto que algunas de sus ideas debieron acomodarse al paso del tiempo y a los cambios sociales. Por ejemplo, el sistema perseveró en la correlatividad del derecho subjetivo con la titularidad de la acción, que se convierte en un poder de disposición del damnificado o perturbado en sus intereses. Pero ello no implica descalificar la magnífica tarea realizada con convicción y constancia en el marco de una enaltecedora humildad.

A la distancia creemos que muchas de las críticas que se formulaban obedecían al resentimiento por el prestigio habido por el joven catedrático que había obtenido posiciones de privilegio con apenas 29 años.

En Chiovenda, la idea del proceso como tal gira en derredor del juez sin convertirlo en un déspota ni en inquisidor. Su tarea es de conducción en un desarrollo de tipo oral. Las secuencias del proceso se elaboran con etapas bien establecidas, donde se aplica el principio de preclusión. La sentencia tiene un elaborado análisis y se profundiza el valor y alcance de la cosa juzgada, aun cuando esto último reconoce en Redenti y Liebman los mejores expositores.

22. Cipriani, Franco, *Batallas por la justicia civil*, Lima, Cultural Cuzco, 2003, p. 60. Según el autor, el Reglamento de Klein encontró no pocas resistencias y dio lugar a "encendidas discusiones" pues preveía un proceso construido "en menoscabo de las partes" (König). Algunos, los "retrógrados", lo tacharon de inconstitucional (Menestrina); otros, como el Rector de la Universidad de Viena, Schrutk, lamentaron que "a los incrementados poderes y a la ennoblecida posición del juez no correspondiera un aumento proporcional en las garantías de independencia"; otros, como Adolf Wach, valiente defensor de la concepción liberal del proceso, le reprocharon estar en contra de la naturaleza dispositiva del proceso civil, otros aun, como el trentino Francesco Menestrina, de haber sido concebido "en un momento de ingenuo optimismo"; finalmente otros, como el joven Giuseppe Chiovenda, y sin disimular su perplejidad, prefirieron no pronunciarse.

No se ocupó demasiado de la litis, como lo hará Carnelutti; ni del juicio ejecutivo, como sí lo concebirán sus discípulos. Tampoco lo hizo respecto de cuestiones menores del proceso más allá de lo expresado en las *Instituciones*.

Además, Chiovenda se ocupó de trasladar desde el Derecho Romano[23] los ejes temáticos que se debían desarrollar, comenzando por entender que había una ciencia nueva cuyo objeto era el proceso; la evolución inmediata asumió la tarea de explanar los procedimientos y sus reglas, para delinear desde ellos principios y presupuestos necesa-

23. El *Corpus Juris Civilis* es la gran compilación de derecho ordenada por el emperador bizantino Justiniano, entre 527 y 534, a la cual se añaden ciertas cantidades de leyes posteriores, expedidas por este emperador y algunos de sus inmediatos sucesores. En su primera fase se compila el derecho arcaico, el derecho campesino, patriarcal, formalista y sencillo –hasta el impacto del helenismo en la cultura romana–, que inicia en el derecho clásico, primero en forma predominantemente de discusión oral y más tarde en la forma de la detallada literatura jurídica clásica, que conocemos a través de citas en el Digesto de Justiniano y por el redescubrimiento, en 1816, de una obra casi completa, escrita por uno de los representantes menores de la escuela clásica, Gayo. Importante es para nosotros, desde luego, la última fase de la primera vida de Roma, en la que el emperador bizantino Justiniano, asistido por un eminente jurista de Constantinopla, Triboniano, a su vez circundado por comisiones de juristas seleccionados por él, intenta poner orden en el derecho mediante tres obras fundamentales a las que posteriormente añadió varias enmiendas, dando lugar así a cuatro libros de derecho que en su conjunto son el *Corpus Juris Civilis*.
La tríada inicial se compone de las siguientes obras:

a. El *Codex Justiniani*, una antología de normas expedidas por emperadores o sea *constitutiones*. Esta obra es una modernización del *Codex Theodosianus* de 438, a cuya compilación se aportaron varias modificaciones de los textos originales. En las inscripciones se encuentran para cada ley los datos sobre los emperadores, los autores de las constituciones, las personas a quienes estas se dirigen, y los años de expedición; jurídicamente estos datos no deben haber tenido relevancia.
b. Una introducción global didáctica al derecho, inspirada por la obra popular de Gayo, las *Instituciones* en 533, y
c. una antología de citas tomadas de unos 2000 libros de la inmensa literatura clásica que recibió el nombre de Digesto o Pandectas. Las citas proceden de obras de 40 autores clásicos de entre los cuales predomina Ulpiano con una tercera parte de las citas y Paulo con una sexta parte.

La vigencia de esta tríada y de la posterior legislación justiniana fue extendida hacia las regiones recién conquistadas en Italia mediante la *Sancto Pragmática pro Petitione Vigilii* de 554. A través de esta obra Justiniano esperaba simplificar el derecho positivo (*Codex*), ayudar a la enseñanza (Instrucciones) y guiar la práctica jurídica hasta su Imperio hacia la excelencia en la literatura jurídica clásica (Digesto), añadiendo enmiendas posteriores a 534; una selección de ellas se conservó en tres colecciones que dieron lugar a las *Novellae* que hallamos en la actualidad como cuarta parte del *Corpus Juris*.

rios para implementar lo que, con el discurrir del tiempo, comenzó a explicarse como "debido proceso legal".

> La "Prolusión de Parma" (1901) fue el prolegómeno, y la notoriedad se adquirirá con la "Prolusión de Bolonia" (1903) que fue el punto de partida, pero la consagración se concreta con exposiciones trascendentes como fueron los *Principios de Derecho Procesal Civil* (con varias ediciones en 1906, 1909, 1912 y 1913 en Nápoles, y una traducción al castellano en 1922), el *Proyecto de Código* redactado y publicado en 1920, y las *Instituciones de Derecho Procesal* (editado en Nápoles en 1933 y traducida al castellano en 1936).
> Antes de ello se conocen varios ensayos y nuevos trabajos que se recopilarán en idioma español como *Ensayos de Derecho Procesal Civil* en tres volúmenes editados por Ejea (Buenos Aires, 1949, prologados por Eduardo J. Couture) que fueron traducidos por Santiago Sentís Melendo. Esta labor doctrinaria se concibe entre los años 1896 y 1911, donde sobresalen el conocido como *La acción en el sistema del derecho* y *Romanismo y Germanismo en el proceso civil*, ambos de 1903.
> Tampoco se puede eludir la mención de su libro *La condena en costas*, traducido por Juan A. de la Puente y Quijano con notas de Xirau, del año 1928.

En resumen, se reconoce a Chiovenda como el creador del Derecho Procesal como ciencia, porque significa modificar totalmente los estudios del *procedimiento y la organización judicial* (materia que con este nombre dictaba en la Universidad de Roma) para dar paso con su escuela al Derecho Procesal científico.[24]

24. Gozaíni, Osvaldo, *Los protagonistas del Derecho Procesal, desde Chiovenda a nuestros días*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2005, pp. 41-42. Chiovenda era hombre de pocas palabras. No le gustaba discutir airadamente, ni ponerse abiertamente en contradicción con sus detractores. Hombre de hablar sereno y pausado, se cuenta que no era un gran expositor, no lucía con su oratoria; pero todo lo que decía era importante, y vaya si hay pruebas manifiestas. Aplicaba su técnica expositiva para sostener lo necesario, por eso sus conferencias no fueron extensas. Tampoco fue un escritor prolífico al punto que todas sus obras se han mencionado en los párrafos anteriores; sus ensayos se conocían uno, dos, a veces –pocas– tres por año, pero valga decir que eran suficientes para abrir el debate por mucho más tiempo.
Vivía en su casa de la *via* Angelo Brunetti, cerca del Tiber, en un lugar tranquilo y recogido, como anota Xirau, separada la morada del contacto directo con la calle por un espacio breve y una verja. Poseía una formidable biblioteca, no solo de Derecho Procesal, sino de otras ramas del derecho y del saber humano. Era aficionado a cultivarse con literatura clásica y moderna, y varios libros de humanidades adornaban sus lugares de descanso.

8. La evolución del Derecho Procesal

¿Se enseñaba en las universidades Derecho Procesal? La respuesta depende de los tiempos que se aborden, y de la interpretación que se tenga sobre los contenidos de la ciencia.

Vale decir, si la idea está en observar la historia de los procedimientos judiciales, esto se encontrará en una vasta obra de recopilación y derecho comparado que han hecho los historicistas. En cambio, si la visión se focaliza hacia la práctica activa y la enseñanza técnica, evidentemente hay que confrontar desde qué tiempos se educaba para esa capacitación.

Cuando la mirada se dirige al fenómeno social, probablemente la filosofía jurídica encuentre explicaciones, y hasta acuda a textos como la Biblia donde se alega sobre los exhortos, el pagaré, la enfiteusis o el hurto doméstico.[25] Pero si el objetivo es reconocer el momento en que el Derecho Procesal se entiende como sistema propio, con principios y presupuestos singulares, y se lo puede llamar "derecho", eludiendo como ha dicho Sentís Melendo[26] la reducción al "procedimiento", hay que reconocer la autonomía académica recién en el siglo XX.

Los estudios más cercanos al Derecho Procesal científico corresponden al llamado "procedimentalismo"[27] y la *procédure* simboliza el Derecho

---

Políticamente no tenía filiación, pero era franco opositor del fascismo y por eso su amistad fraterna con Calamandrei. En los últimos años de su corta vida (murió a los 65 años) fue distinguido con la Cruz de Saboya que lo reconocía como caballero de la orden.
En las fotos que de él se conservan se lo observa elegante aunque sobrio. La dignidad de su estirpe conserva todo el rasgo del noble italiano del norte de principios de siglo XX. Fue un hombre reposado, nunca expuesto a la hilaridad o la extroversión. Rindió culto a la amistad y por eso jamás contestó con indignación las críticas de sus pares. Inclusive Mortara –su acérrimo detractor–, ya resignado, reconoce en un libro homenaje a Chiovenda que su trato con el maestro no le impedía saber y admitir que fue el creador del Derecho Procesal moderno. Murió en una pequeña casa que tenía en los Alpes (Premosello) el 5 de noviembre de 1937.

25. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de teoría general e historia del proceso*, México, UNAM, 1974, T. I, p. 509.

26. Sentís Melendo, Santiago, *El proceso civil, op. cit.*, p. 12.

27. Un atrapante estudio de Alcalá Zamora y Castillo sostiene que la evolución del Derecho Procesal se debe acotar a cinco períodos: *primitivo, judicialista, práctico, procedimentalista y procesalista*. El primero llega al siglo XI de la era cristiana y se aloja en textos de tipo histórico-religioso como las Institutas de Gayo y el Código de Hammurabi, entre otros. El período *judicialista* surge en Bolonia, que comienza a estudiar las instituciones del proceso dando lugar a obras ecuménicas como el *Ordo iudiciarius* (1216), el

Procesal; tal como sucede en Francia, donde la influencia notable del código civil de Napoleón Bonaparte había otorgado una impronta a todo el ordenamiento jurídico, haciendo partir del derecho de propiedad buena parte de las acciones. La legislación se individualiza en procedimientos civiles y penales, y surgen obras de Garsonnet (1897), y anteriores de Rauter, Boitard (ambas de 1834) que no hacen más que exégesis. Sucede igual con trabajos posteriores de Japiot (1916) o Morel (1932) en los que se advierte únicamente estudios sobre los procedimientos civiles.[28]

Lo mismo puede decirse de España, sobre todo a partir de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855 que permite una producción prolífica de obras jurídicas procesales como son la señera guía práctica (un

Speculum (1271) y las Leyes de Partidas. Se trabaja sobre el derecho común y también el medieval italiano. El período siguiente, llamado *práctico*, coincide con la invención de la imprenta, y se proyecta hasta el siglo XIX, donde se comienza a dar información sobre los textos antes conocidos solamente por quienes podían leer y tenían acceso a los documentos. Hay muchas obras para destacar, aunque caprichosamente nosotros indicamos a Hevia Bolaños cuya *Curia Philipica* va a tener una fuerte influencia en América, y las obras del Conde de la Cañada. *El procedimentalismo* es de raigambre francés. Se simplifica con el estudio de la organización judicial, competencia y procedimiento. Describen los textos legales y tienen poco sentido académico porque apuntan más a la práctica aplicada de las instituciones. Napoleón Bonaparte es determinante con sus decisiones legislativas de codificar separadamente lo procesal civil respecto de lo penal. La injerencia del modelo se continúa en España e Italia, dando lugar a varias obras que comentan las leyes dictadas en consecuencia. Finalmente se llega al *procesalismo* que, según Alcalá, nace en 1868 con la obra de Oskar Bülow (*La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*). Admite entonces cuatro corrientes que expresan el procesalismo de cada país. En Francia, Vizioz; en Alemania reconoce varios continuadores, como Wach, Kohler, Hellwig, Kisch, Glaser y Klein (en Austria); y después de la primera guerra mundial marca otro período con Goldschmidt, Beling, Hegler, entre otros. En Italia señala, siguiendo la división en fases que hiciera Carnelutti, a Borsari, Ricci, Gargiulo y Cuzzeri como seguidores de la corriente francesa; a Mattirolo y Mortara con teorías particulares; a Chiovenda como autor de la teoría general del proceso de conocimiento, y al propio Carnelutti como creador de la teoría general del proceso. Finalmente, en España, donde avisa de una recepción tardía (1920) de la doctrina de Chiovenda, pero que se erige desde Beceña, pasando por Prieto Castro, Guasp, Gómez Orbaneja hasta llegar al equipo que denomina americano que integra Alcalá Zamora, Rafael De Pina y Sentís Melendo.

28. El Código de Procedimientos Civil francés es de 1806, comenzó a regir en enero de 1807 en ese país y también en varios estados italianos en los que la armada de Napoleón ejercía influencia, aunque no se prolongó por un tiempo dilatado. Cuando Italia dicta su Código Procesal Civil en 1865 esa injerencia se hizo clara, como también la poca afinidad del sistema con la idiosincrasia del pueblo, llevando a insistentes reclamos de reforma que se concretarán en el año 1942.

verdadero tratado) de José de Vicente y Caravantes (1856), o las de Manresa y Reus (1856), Gómez de la Serna y Montalbán (1856), entre otros; sin que ninguna tenga bases suficientes para formular una teoría propia. Ello se repite con los trabajos de Manresa y Navarro, y de Reus cuando acometen con la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881.

En las universidades, la designación académica se resiste por años, dándose admisiones para la *práctica forense, procedimientos judiciales, derecho judicial*, y el más moderno, *derecho jurisdiccional*.

Según Alsina, el Derecho Procesal como ciencia tardó en llegar a España. Para ello –dice– basta recordar sus propias denominaciones (práctica forense, derecho judiciario, procedimiento, etc.) no solo en la legislación positiva, sino en la doctrina, cuyos autores, influenciados por la escuela francesa, continuaban la tradición civilista del proceso.[29]

En resumen, los procedimentalistas predicaron sobre la exégesis; interpretaron las normas que reglamentaban las leyes de enjuiciamiento, y cuando debían resolver aspectos tales como la naturaleza jurídica de la acción, la función jurisdiccional o la esencia misma del proceso, lo hicieron siempre atendiendo variables o aspectos de instituciones propias del Derecho Privado.[30]

Con los alemanes la cuestión tiene una dimensión diferente. La polémica entre Windscheid y Muther dividió el derecho y el proceso (*lato sensu*); con Wach y Kohler se analiza la relación jurídica entre las partes, y entre estas con el Estado (dando lugar por su proyección a los estudios más avanzados sobre la jurisdicción); con Bülow se estructuraron principios, reglas y presupuestos que constituyen la base de la disciplina, en la sugerencia de quienes no admiten a Chiovenda como creador de la ciencia.

Sin embargo, instalar el origen de la materia en los autores alemanes puede ser riesgoso y equivocado, porque entre ellos siempre existió la idea de esbozar teorías aplicadas a los principios generales del derecho, a la filosofía y aun a la sociología del proceso. En ese momento no había un procesalismo científico, sino descubrimientos,

29. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Buenos Aires, Ediar, 1957, T. I, p. 54.

30. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 205.

ensayos y desarrollos de cuestiones procesales suscitadas dentro del trámite del conflicto entre partes.[31]

No obstante, todos, particularmente Wach, influyeron en Chiovenda, con quien comienza un tiempo de análisis científico. Inclusive los italianos predecesores del maestro de Roma, como Mattirolo y Mortara, habían reconocido a *la floreciente nueva escuela que lo aclama como iniciador y maestro*, dando cuenta que aun perteneciendo a la escuela exegética de raigambre germana, no instalaban todavía como suya o de sus pares una ciencia nueva en el firmamento jurídico.

31. Mercader, Amílcar, "La sentencia constitutiva", en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediar, 1947, p. 434 y ss. Lo cual no obsta para que Roberto Goldschmidt afirme que Wach fue considerado por Alcalá Zamora como el más genial cultivador que la ciencia procesal ha tenido, al punto que Calamandrei con razón afirmó que aquél había dado la formulación más perfecta y más enérgica de la concepción esencialmente liberal según la cual el proceso civil no es otra cosa que un instrumento de actuación de los derechos subjetivos privados. Con particular tino sostuvo Mercader que, entre el proceso romano y el que se elaboró para los pueblos germanos había diferencias objetivas y perceptibles, puesto que mientras la jurisdicción romana fue organizada como una actividad puesta al servicio de los particulares que debía comenzarse en el estrado del pretor y cuyo único destino era la *condemnatio* o la absolución del magistrado; el juicio germánico –desarrollado y decidido en la asamblea popular– se dirigió preferentemente hacia la determinación de lo justo y hacia la enmienda de lo incompatible con la justicia.

Capítulo II
Función y contenidos del Derecho Procesal

9. Funciones

El Derecho Procesal puede ser visto en el orden funcional con dos perspectivas: la del litigante que controvierte ante otro; o la jurisdiccional que disciplina el conjunto de actividades que desempeña el órgano judicial dentro del proceso. Sin embargo, no hay polaridad entre ellos, porque no son más que visiones que difieren en cuestiones mínimas como son las potestades del juez, los principios que cualquier litigio aplica, o las líneas maestras de la ideología que impera en la ciencia.

Una u otra difieren con argumentos que centralizan la problemática en la pertenencia del conflicto. Para un sector el proceso es un debate entre fuerzas que han de litigar con igualdad de armas donde el juez ha de ser dirimente; otros, en cambio, dicen que la función jurisdiccional es de dirección plena y que los objetivos son de naturaleza pública, prefiriendo fines de esta naturaleza antes que los meramente privados.

Hay posiciones intermedias que señalan, en primer lugar, la finalidad de dar efectividad al principio por el cual el Estado, al asumir la potestad de resolver los conflictos intersubjetivos, puede regular la disciplina social y un orden normal de convivencia, despejando los peligros de la autocomposición irrazonable. Seguidamente, afirman que la formación del juicio concientiza a la sociedad sobre los valores de la justicia y la equidad en la ponderación; por este consecuente se aplican las leyes y las reglas de la experiencia judicial, como también refleja la finalidad que las normas pensaron tutelar cuando fueron dictadas.

En nuestro parecer, es claro que el vínculo entre el derecho y el proceso es la fuente común de toda obra jurisdiccional; una sirve a la otra, recíprocamente. De ahí que no comulguemos con las doctrinas que proponen al Derecho Procesal como estrictamente instrumental y secundario del derecho sustantivo. La relación existente es horizontal, y como avenida entrecruzan sus móviles dando seguridad y respuesta

al justiciable. Si hubiera alguna instrumentalidad estaría en el proceso, pero no en la ciencia.

En todo caso, el límite de la actividad se encuentra en las garantías que la jurisdicción debe preservar, teniendo como norte la eficacia del servicio. En suma, la instrumentalidad del proceso no se niega con la autonomía del Derecho Procesal, solo reafirma condiciones para su puesta en práctica, donde para ello obran determinantes los fines y el objeto al que se destina.

Si fuese netamente servil o utilitario, algunas funciones jurisdiccionales quedarían invalidadas por el actuar en esa dirección. Por ejemplo: el régimen procesal de la legitimación es bien diferente de la capacidad civil, de modo que se debe resolver la admisión al proceso con las reglas técnicas del derecho adjetivo. La bilateralidad estricta que es propia del proceso civil no podría diluir las cargas y obligaciones que tienen las partes con el argumento de que sea el juez quien debe actuar en interés del Estado al que representa; o bien, la extensión de la cosa juzgada que, por vía de principio debiera ser solo para quienes litigan, se proyecte hacia todos cual si fuera una sentencia con efectos legislativos.

También, la declaración de ilegitimidad del obrar administrativo incorpora otro ingrediente, porque en algunos sistemas los jueces ordinarios actúan como equilibrios y controles del principio de legalidad. En todos estos casos, no existe función secundaria ni complementariedad de las normas de fondo, sino una actuación propia y particular de la función jurisdiccional. En consecuencia la función que tiene el Derecho Procesal es lograr la armonía y la paz social a través del proceso.

Quienes atienden las reglas del debate se preocupan por regular la actividad de las partes en el conflicto de intereses que suscita el litigio, pretendiendo una función absolutamente imparcial del juzgador. Con atinado criterio sostienen que no se le pueden dar al juez potestades que son de las partes, y que menos aún se puede empoderar al magistrado en detrimento de quienes litigan.

En las antípodas se presenta la visión pública que le asigna al juez un rol protagónico dentro de la controversia. En este aspecto las ideas se distancian. Unos argumentan que el rol es puramente neutral y desinteresado debiendo dictar sentencia tras valorar el desempeño de los litigantes en la etapa probatoria y analizar los hechos por las partes expuestos. Otros, sostienen que existe una finalidad social en el proceso

que excede el interés de las partes, a cuyo fin el objeto no radica solo en resolver las diferencias entre adversarios, sino también en controlar la constitucionalidad de las leyes que en el caso se ponderen; así como fiscalizar el desempeño de la actividad administrativa que pueda comprometer el principio de legalidad.

Esta segunda línea admite la influencia de lo constitucional en el proceso, y la incidencia que tiene el derecho supranacional, que en conjunto llegan a formar una nueva disciplina cuya autonomía reclama el llamado Derecho Procesal Constitucional.[32]

9.1 La función social del juez en el proceso

Fue Chiovenda el que disciplinó los contenidos del Derecho Procesal en tres ramas independientes que se reunían en el debate dialéctico. La función jurisdiccional; la actividad de las partes, y el proceso con su técnica. Siguiendo este camino observamos así que el Derecho Procesal tiene entre sus pilares fundacionales explicar el deber de los jueces y los poderes que tienen en el proceso judicial.

La teoría procura mostrar las opciones a valorar, y así las polaridades se reflejan entre quienes opinan que los jueces deben aplicar la ley sin importar que ella sea injusta, porque en definitiva una norma es la expresión de la voluntad general, lo que el pueblo quiere a través de sus representantes, y si tienen estos legitimidad popular no pueden los jueces convertirse en legisladores al anular la ley o invalidarla en sus fallos. Un juez que no aplica la ley –se dice– comete prevaricato; no garantiza ni afianza los preceptos constitucionales.

Otros, en cambio, han dicho que es preferible asignar a la función jurisdiccional la *jurisdictio* (decir el derecho), esto es, que se diga en el conflicto entre personas quien tiene razón para obtener una sentencia favorable; y si la ley invocada para una u otra parte apoya la decisión, pues mucho mejor, pero no es lo esencial. Lo más importante es que se haga justicia, observando la equidad antes que aplicar el brocardo *dura lex sed lex*. Predica en este sector el pensamiento de la sentencia según el leal saber y entender de quien resuelve.

32. Gozaíni, Osvaldo A., *Introducción al Derecho Procesal constitucional*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 23 y ss. También, *Tratado de Derecho Procesal Constitucional Latinoamericano*, cuatro tomos, Buenos Aires, La Ley, 2014.

Ahora bien, entre una u otra idea no hay tanta distancia, a no ser que se crea que toda ley es injusta, o se persiga lograr desde la sentencia justicias individuales. La acción de juzgar es, en definitiva, el desenlace esperado por los justiciables. El fin de los movimientos técnicos que los abogados y las partes han cubierto procurando persuadir al juez de sus respectivas razones.

La polémica que actualmente se instaura interpreta que la cuestión puesta en escena en realidad es más grave que el conflicto teórico que se plantea. Se afirma que se trata, nada más ni nada menos, de preservar a la Constitución y su régimen de garantías judiciales.

Ya no es únicamente el dilema del juez que aplica una ley injusta, sino la dimensión que adquiere el pronunciamiento judicial que contiene un alto contenido de subjetividad postergando los preceptos centrales de una ley fundamental.

En este sentido, cierto sector de la doctrina dice que el juez que desborda la interpretación de la ley es autoritario y no cumple el rol llamado a desempeñar como ejecutor de la ley. Para resolver la verdad de tan rotunda afirmación es preciso entonces observar cómo se relacionan el proceso y la Constitución, para ver si el primero puede afectar al segundo al punto de semejante desatino.

Las leyes fundamentales de cualquier nación constituyen la guía del ordenamiento jurídico. Son los principios y valores supremos que se persiguen para la formación institucional y, por eso, cada Constitución es la Ley Superior que tiene primacía sobre cualquiera otra disposición.

La supremacía de la Ley Fundamental obliga a las leyes de inferior jerarquía a respetar sus mandamientos; esto está claro y apenas tiene alguna diferencia de criterio cuando se trata de interpretar la influencia de los Tratados y Convenciones Internacionales que se incorporan al derecho interno y pueden, de alguna manera, modificar algunos preceptos constitucionales.

En el caso de Argentina, el artículo 75 inciso 22 de la Constitución no tiene interpretaciones secundarias respecto del lugar que asigna a los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos, dándoles categoría preponderante, con jerarquía superior a las leyes.

Con este marco de presentación, surge la noción de "debido proceso", el cual no ha sido indiferente a la influencia supranacional, porque cuando estuvo contemplado desde los preceptos garantistas del

artículo 18 –antes de la reforma constitucional de 1994–, siempre se afirmó en la noción invulnerable del derecho a la defensa en juicio, mientras que con la incorporación de los tratados y convenciones apareció un ingrediente antes no previsto, como es la idea de la "jurisdicción transnacional" que aporta reglas y principios comunes para todos los Estados partes que deben articular sus normas internas con los postulados de los derechos humanos.

En resumen, si tenemos en cuenta que el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional argentina establece la complementariedad de estos tratados y convenciones supranacionales con las garantías y derechos reconocidos en la primera parte de la ley superior, queda demostrado que todas las garantías enumeradas deben formar parte de los mínimos requeridos para el estudio del Derecho Procesal. De este modo, las relaciones entre el proceso y la Constitución no son ya tan lineales como antes, cuando se afirmaba que el proceso debido era el que respetaba el derecho de defensa y aplicaba el principio de razonabilidad (seguridad jurídica) en las decisiones.

Ahora bien, el proceso se integra, necesariamente, con dos partes antagónicas y un tercero imparcial que resolverá con poderes suficientes para dotar su decisión de las notas de definitividad y fuerza compulsoria propia. Es decir: poder y autoridad componen este aspecto de la práctica judicial.

Para que dicho imperio y *autorictas* no exceda límites tolerables, el procesalismo pone la valla del principio de razonabilidad, el cual supone que toda la actividad jurisdiccional se moviliza bajo la legalidad del obrar y fundamentando adecuadamente cada una de sus resoluciones.

Estas son garantías debidas al justiciable que se integran en la noción de "debido proceso formal" (o procesal). Mientras que la otra faceta del "proceso debido" que refiere a lo sustancial o material del principio, se manifiesta en el conjunto de exigencias procedimentales que se deben garantizar a cualquier persona que exige el cumplimiento de sus derechos y libertades.

De este modo, la ciencia procesal actualmente disciplina, además del estudio sobre la técnica, la naturaleza del fenómeno jurisdiccional. En este sentido, hoy es necesario avanzar sobre los comienzos que tuvo el derecho de entrada al proceso (acción, pretensión y demanda), pues actualmente la conexión no es con la titularidad del derecho

(aunque pueda tomarse como presupuesto de admisión) sino con el derecho a ser oído.

Del mismo modo, aquellas garantías del juez predeterminado, la independencia del órgano y su imparcialidad, entre otras, que siempre fueron vistas como integrantes de las garantías constitucionales del proceso, hoy sin transformar esa dimensión, impactan en cada uno de los procedimientos, fomentando un conjunto de exigencias que abandonan el programa de acción antes previsto.

Con ello se quiere demostrar que actualmente se han ampliado notablemente los deberes de la jurisdicción y, en consecuencia, los límites de la llamada *tutela judicial efectiva* no se sostienen únicamente en el respeto por el derecho de defensa en juicio. Precisamente, esta lectura de vanguardia conspira contra el modelo clásico de la estructura procesal y abre brechas que resisten el ímpetu de estas realidades que emergen del reclamo social antes que de una ilusión teórica sin fundamentos.

Por supuesto, estas líneas introductorias no deben confundir a quien lo interprete llevándolo a creer que el progreso ha diluido la imparcialidad judicial creando una independencia reforzada del Poder Judicial.

En cuanto sigue, y para evitar distorsiones, es necesario advertir las polaridades ideológicas que tiene el Derecho Procesal científico.

9.2 La visión denominada "garantista" del proceso

Esta visión sostiene que el proceso judicial se basa y argumenta desde la Constitución, de modo tal que a nadie se le puede privar del "debido proceso adjetivo", lo que supone entablar un conflicto entre dos partes, en igualdad de condición y de oportunidades, frente a un tercero *imparcial* (independiente) e *impartial* (que no ayuda ni beneficia a ninguna de las partes) que resuelve la controversia.

Este juez que dirige el debate dialéctico entre las partes debe garantizar permanentemente la bilateralidad y el derecho a la contradicción, porque esa es la base del sistema (alguien que pide ante otro que consiente, acepta o discrepa, y frente a un tercero que decide).

El proceso es un problema entre partes, y de este modo, cualquier conflicto celebrado ante jueces o tribunales se rige por el principio dispositivo, según el cual *nemo iudex sine actore* y *ne procedat iudex ex officio*, es decir que no hay proceso sin petición de parte, y no puede el juez

promover por sí mismo un conflicto entre particulares. Lo dispositivo hace a la disposición que se tiene sobre los sujetos a quienes demandar, concreta las pretensiones y encuadra el objeto de la litis.

Al ser el litigio "cosa de partes", solamente estas aportan los hechos y afirman las realidades. Estas deberán ser confirmadas o verificadas, y el juez resolver *secundum allegata et probata*, es decir, según lo alegado y probado por las partes. La prueba de las partes se convierte en una suerte de juego de persuasiones porque hay que convencer al juez de la razón, antes que demostrarle la verdad auténtica de las realidades.

Alvarado Velloso, líder de esta corriente, asegura que la finalidad del proceso es procurar y asegurar la paz social dando certeza a las relaciones sociales conflictivas. Para ello, afirma, hay que fijar nuevos paradigmas, cambiar el modo de pensar el derecho que exhiben jueces y abogados, privilegiar –y acatar– la Constitución por sobre la ley procesal, entender que todo lo atinente al valor justicia es de carácter relativo y que la búsqueda de la verdad –que tanto preocupa hoy a nuestros jueces– es problema que no interesa primordialmente al derecho, cuya finalidad primaria es lograr y mantener la paz de los hombres que conviven en un tiempo y lugar determinados otorgando certeza a las relaciones sociales inciertas.[33]

Agrega Alvarado Velloso:

> … si se comparan los dos sistemas conocidos como dispositivo e inquisitivo son franca y absolutamente antagónicos y que, por razones obvias, no se puede hablar seriamente de una suerte de convivencia entre ellos, aunque resulte aceptable que puedan alternarse en el tiempo conforme a distintas filosofías políticas imperantes en un lugar dado. Sin embargo, gracias a la persistente vigencia en la ley de la filosofía inquisitivista de la autoridad a la cual todo esto le sirve –por casi seiscientos años– hoy abundan los códigos mixtos, cosa que se puede ver con facilidad en lo civil: todos los códigos de América son, según los autores mayoritarios, ¡predominantemente dispositivos pero con leves atenuaciones inquisitivas! No obstante ello –y surge solo de la simple lectura de los anteriores párrafos– no son exactas las afirmaciones de

33. Alvarado Velloso, Adolfo, "La imparcialidad judicial y el debido proceso (La función del juez en el proceso civil)", en *Revista Ratio Juris*, Medellín, Unaula, N° 18, V. 9, 2014, p. 217.

> la doctrina, pues disposición e inquisición son posiciones que generan sistemas de procesamiento incompatibles en su esencia. Por eso es que no resulta factible concebir racionalmente el sistema mixto. Para persuadir sobre la exactitud de esta afirmación recurro a un ejemplo cualquiera: piénsese en un cuerpo legal que contenga normas claramente dispositivas en materia de prueba de afirmaciones contradichas. Supóngase que, al mismo tiempo, tal normativa consagre una sola norma que, bajo el inocente título de medidas para mejor proveer o resolver, otorgue al juez amplísimas facultades para ordenar de oficio cualquiera diligencia conducente a la investigación de la verdad real acerca de los hechos litigiosos, con prescindencia de su aceptación por las partes. En este caso, no dudo de que abundarían los más elogiosos comentarios: se hablaría del adecuado equilibrio de la norma pues, al estatuir conforme a las pautas tradicionales en materia de prueba, recoge las ideas más avanzadas que concuerdan en entregarle al juez una mayor cantidad de poderes en orden al mejor y más auténtico conocimiento de los hechos [...], etc. Afirmo que tal comentario es incoherente. Baste una sencilla reflexión para justificar este aserto: la norma que le confiere al juez la facultad de acreditar por sí mismo un hecho litigioso, ¿no tiene la virtualidad de tirar por la borda toda la regulación dispositiva referente a cargas, plazos, negligencia, caducidad, etc., en materia de ofrecimiento y producción de la prueba?[34]

Desde otra perspectiva se dice que esto es por demás peligroso porque deja al proceso como un juego de ficciones, donde quizás ninguna esté diciendo la verdad (por ejemplo: un juicio de responsabilidad civil por daños), indicándose por eso la conveniencia de auspiciar en el juez cierta iniciativa probatoria, de modo que pueda requerir de las partes la prueba que necesita para encontrar la verdad.

A esta iniciativa el garantismo dice: "estas ideas llegan del código italiano de 1940, heredero de un ideario fascista, y con una clara tendencia publicista, autoritaria e inquisitiva".[35] Montero Aroca afirma que frente a la idea de que el proceso es cosa de partes, a lo largo del siglo XX se ha ido haciendo referencia a la llamada publicización del proceso, estimándose que esta concepción arranca de Klein y de

34. Ibídem, p. 218 y ss.

35. Cipriani, Franco, "El proceso civil entre viejas ideologías y nuevos eslóganes" en *Proceso civil e ideología*, AA. VV., Montero Aroca, Juan (coord.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 89 y ss.

la Ordenanza Procesal Civil austríaca de 1895. Las bases ideológicas del legislador austríaco, enraizadas en el autoritarismo propio del imperio austro-húngaro de la época y con extraños injertos, como el del socialismo jurídico de Menger, puede resumirse en estos postulados: 1) el proceso es un mal, dado que supone una pérdida de tiempo y de dinero, aparte de llevar a las partes a enfrentamientos con repercusiones en la sociedad, y 2) el proceso afecta a la economía nacional, pues impide la rentabilidad de los bienes paralizados mientras se debate judicialmente sobre su pertenencia.[36]

Estos postulados llevan a la necesidad de resolver de modo rápido el conflicto entre las partes, y para ello el mejor sistema es que el juez no se limite a juzgar sino que se convierta en verdadero gestor del proceso, dotado de grandes poderes discrecionales, que han de estar al servicio de garantizar, no solo los derechos de las partes, sino principalmente los valores e intereses de la sociedad.

A partir de Klein puede seguirse toda una evolución en la que, de una u otra forma, se destaca una pretendida función social del proceso, su conversión en un fenómeno de masas, en torno al que se consagra la publicización del mismo, y sobre la que la doctrina ha debatido y sigue debatiendo.

Dice Benabentos[37] que en ese nivel de discusión se ha llegado a sostener la conveniencia de suprimir el principio de iniciación del proceso a instancia de partes, como se hizo en los países comunistas.

Naturalmente –agrega– que

> … en el mejor desarrollo del proceso civil está interesado el Estado es algo obvio, y lo es tanto que no ha sido negado por nadie, pero desde esta obviedad no puede llegarse en el razonamiento posterior a la conclusión de negar la plena aplicación del principio dispositivo en el proceso civil, pues ello implicaría negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales en juego.

36. Montero Aroca, Juan, "El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia autoritaria'", en Díez Picazo Giménez, Ignacio; Montero Aroca, Juan; Alvarado Velloso; Adolfo; *Proceso Civil e Ideología*, Barcelona, Tirant lo Blanch, 2ª ed., 2011, p. 129 y ss.

37. Benabentos, Omar, *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Rosario, Juris, 2001, p. 23 y ss.

Sobre esta argumentación, el garantismo sostiene que los jueces inspirados en la publicización en realidad esconden un autoritarismo manifiesto que se hace mucho más evidente en los procesos penales.

> El fenómeno de la publicización se ha basado –entiende Benabentos– en una gravísima confusión entre las facultades materiales y las facultades procesales de dirección del proceso. Una cosa es aumentar los poderes del juez respecto del proceso mismo (en su regularidad formal, en el control de los presupuestos procesales, en el impulso, por ejemplo) y otra, aumentarlas con relación al contenido del proceso y de modo que pueda llegarse a influir en el contenido de la sentencia.[38]

En alguna medida, el garantismo no cuestiona la dirección procesal que se manifiesta en acciones propias del impulso procesal, el control de la conducta de las partes, las facultades disciplinarias, el control de la admisión formal y sustancial de la demanda, la regularidad de los presupuestos procesales, entre otras facultades generadas por la publicización. En cambio, se opone rotundamente a que el juez se entrometa en el material litigioso, en la investigación de los hechos, en la determinación de prueba no ofrecida por las partes, en la declaración de la existencia de un derecho que no tenga previa contradicción, en la inversión de reglas procesales como la carga de la prueba.

En definitiva, el garantismo concreta su posición afirmando que un juez con muchos poderes es un juez que inexorablemente se alejará de la labor cognoscitiva de la causa que debe resolver. Se corren graves riesgos de que ese juez "poderoso" imponga su voluntarismo sobre la racionalidad. Queda claro que la racionalidad proviene del saber, no del poder, y el desprecio por el conocimiento es hijo directo del poder, que tiende a sustituir los espacios cognoscitivos por espacios decisionistas de los magistrados.

9.3 La publicización del proceso civil

El origen histórico del publicismo se encuentra en Franz von Klein, y se instala a través de la ordenanza procesal austriaca de 1895 de clara influencia en el Código Italiano de 1940, que fue el que consagró el paso de lo privado a lo público. Es decir, sacó la mirada del litigio entre par-

38. Ibídem, p. 24.

tes para observar al proceso como un conflicto de naturaleza pública. Klein entendió el proceso como un mal social que generaba ingentes gastos al Estado cuya administración quedaba en manos de las partes; por ello, y con el fin de mudar esa relación, entendió necesario acrecentar los poderes del juez para transformarlo en director del proceso.

El proceso judicial tiene dos variables. Por un lado se puede interpretar que es una actividad política del Estado por medio de la cual ejerce el poder de resolver el conflicto que tienen las personas que habitan en su suelo. Ese poder es una derivación de la confianza de las personas que antes resolvían por sí mismas las diferencias (siendo una evolución que va desde la venganza privada a la confianza en un tercero que puede ser el más anciano, el buen padre de familia, el jefe del clan, etc.) y por ello, la recepción de esa delegación del poder de juzgar se convierte, al mismo tiempo, en un deber inexcusable.

Por otro lado, el proceso judicial es una garantía constitucional. Preexiste al conflicto y es la reserva de justicia que tiene asegurada cualquier persona cuando encuentra que sus derechos están afectados. Esta garantía puede ser vista desde un modelo estanco y simple, que asegura el derecho de defensa en juicio y con ello, dejar en manos de las personas el ejercicio activo de esa defensa y en el poder del Estado la facultad de ofrecerle un instrumento, medio o lugar donde debatir en igualdad de condiciones y bajo un sistema de absoluta imparcialidad. O bien, se puede exigir del Estado algo más, es decir, que la justicia que ofrece sea útil y efectiva. Que no se destine a un formalismo simplista de dar u ofrecer el instrumento o medio de debate, sino que esos jueces estén atentos y vigilantes al contenido de la contienda, para dar un servicio activo, basado en la prudencia, donde la oportunidad y la justicia deben llegar juntas. Es decir, el proceso judicial es una esperanza que no se puede desvanecer por su ineptitud para llegar a tiempo con sus respuestas.

La dirección del proceso significa establecer un poder jurisdiccional que, al mismo tiempo, impone una responsabilidad profesional del juez que lo ostenta. La vigilancia activa sobre los presupuestos procesales tiende a impedir nulidades; la valoración del comportamiento habido por las partes y sus letrados, dispone una regla moral en el proceso. La iniciativa probatoria del juez persigue que la verdad no sea una ilusión, y en conjunto, a sabiendas de que las normas de

procedimiento, esto es, las reglas técnicas no son de orden público; no obstante crean un conjunto de poderes y deberes que resaltan la función del juez en el proceso.

En definitiva, la publicización fue el pasaje del proceso en manos privadas hacia el interés público. El *quid* no está asentado, desde entonces, en la mera facultad de ejecutar lo juzgado, sino en un conjunto de atribuciones que dinamizan la función jurisdiccional convirtiendo al juez en director del proceso.

El publicismo tiene como consecuencia directa una reducción del principio dispositivo, en términos de Claudio Palavecino la "jibarización" del principio dispositivo, de modo tal que –sin discutir la vigencia del principio dispositivo– va a ponerse en tela de juicio el de aportación de parte, al menos por lo que respecta al reparto de funciones entre el juez y los litigantes. Esto puede explicarse del siguiente modo: la formulación liberal clásica concebía al principio dispositivo de manera amplia, conteniendo en él la aportación de parte; el impulso procesal para el inicio y avance del proceso y la determinación de su objeto. El movimiento publificador reduce su contenido, separando el principio de aportación de parte y el impulso procesal y como consecuencia de tal operación pasa a ser compatible con el principio dispositivo un sistema con un juez que cumple un rol activo, que puede investigar oficiosamente y un impulso procesal compartido, si bien los litigantes son libres de disponer de los intereses deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no lo son respecto del proceso mismo. De la misma manera el movimiento trajo consigo una serie de reformas orientadas a darle celeridad al proceso: oralidad, deberes de buena fe procesal, inmediación, concentración, reestructuración de los recursos, facultades probatorias del juez, etcétera, autocomprendidas como opciones técnicas, como la mejor manera de cumplir con el modelo de entender el rol del tribunal.[39]

9.4 El llamado "neoprocesalismo"

En todo el estudio se deberá tener en cuenta que el Derecho Procesal fue construido para responder a requerimientos individuales (el

39. Tapia Alvial, Claudio, "Garantismo procesal: Un debate ausente y una advertencia clara", en *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, V. 1, N° 2, Santiago de Chile, editor Claudio Palavecino Cáceres, 2010, pp. 233-251.

proceso es lucha entre partes, se afirmó antaño); la actuación judicial no podía exacerbar las pretensiones de cada litigante (principio de congruencia), de modo que nunca fue posible remediar situaciones donde los hechos estuvieran fuera del marco litigioso; la prueba se adopta como una carga individual del que afirma; la sentencia crea un derecho individual para quienes han sido las "justas partes" en la controversia, o el peticionante en un juicio voluntario; la cosa juzgada se idealizó como una proyección del derecho de propiedad y hasta se afincó en las garantías del debido proceso. Y así, numerosas características más que demuestran la edificación teórica sobre el individualismo.

Y no está mal. Es lógico que estas formas y tradiciones conserven el diseño de un litigio entre partes singulares. Después de todo, son intereses particulares los que debieran ser resueltos, y en el marco de la bilateralidad y contradicción, ajustando debidamente el control jurisdiccional sobre las actuaciones que se susciten, el juez tendrá que decidir *secundum allegata et probata*, vale decir, según lo alegado y probado por las partes.

Pero cuando nos despojamos de esta visión, y pretendemos que se haga justicia en todos los casos; rápidamente advertimos que las estructuras actuales no se adaptan al conflicto masivo donde no es fácil encontrar la individualidad satisfecha. La idea de agrupamiento no significa acumular intereses en un litisconsorcio infinito, sino encontrar un mecanismo que trascienda la respuesta al grupo afectado, a la comunidad alterada, a la sociedad en general.

Además, hay una transformación de los derechos que van mostrando cierta necesidad de regular situaciones particulares que no encuadran en el formato tradicional de la bilateralidad estricta, o de la aplicación sin debate de los principios y presupuestos procesales. Esta tendencia se demuestra en la promoción de nuevos "procesales", como el Derecho Procesal Constitucional, el Derecho Procesal Administrativo; el Derecho Procesal Tributario; el Derecho Procesal del Trabajo; entre muchos más.

Finalmente, este cambio en la mirada supone reconsiderar, una vez más, los poderes y deberes de los jueces. La responsabilidad, prudencia, equidad, atención, etcétera son valores que no estuvieron encolumnados en la independencia e imparcialidad que tradicionalmente bastaron para estimar la idoneidad. La figura del juez tiene y necesita evaluarse bajo estas consignas novedosas.

La prevención estará en los límites que se quieran encontrar para esta aventura de la confianza. Porque un juez que se extralimita es peligroso por el exceso discrecional o la arbitrariedad de sus decisiones; mientras que un juez desinteresado que potencia su neutralidad padece y hace sufrir a los demás la ineficacia de sus propias aptitudes.

En cualquier caso es conveniente analizar la función jurisdiccional en los tres pilares de la ciencia procesal, y que se estudien estos con visiones novedosas. Veamos:

a. La acción: el dilema del acceso a la justicia

La *acción* nos instala en los presupuestos de entrada al juicio. En otras oportunidades hemos señalado las dos alternativas que se dan en el acceso a la justicia: o se interroga ¿Ud. quién es? O se pregunta ¿Ud. qué quiere? En un caso, hay que acreditarse; en el segundo, hay que fundamentar la causa de pedir.

Con esta perspectiva se advierte que en la teoría general del proceso la legitimación en la causa supone solicitar al que pide una suerte de refrendo de la personalidad y del interés que reclama. Es una antesala donde se debate el acceso al tribunal y en el que se puede postergar *sine die* la decisión de tener un juez que entienda en la causa. No son cuestiones de competencia, sino de representación del derecho subjetivo y de la afectación que sufre el que pretende.

La expansión del interés (derechos difusos, intereses colectivos, derechos de masas, acciones de grupo, etc.) ha flexibilizado la posibilidad de debatir en la causa, pero el modelo procesal (de trámite, propiamente dicho) no ha tenido cambios; de modo tal que en los procesos se discute aún con este resabio incongruente que solo atiende los problemas del afectado conocido y con un daño directo e inmediato, sin remediar ni dar soluciones a otros conflictos (sociales, colectivos, de la víctima indirecta, etc.).

No queremos decir que se deba abandonar el presupuesto de admisión (legitimación para obrar) solamente planteamos su inconsistencia con el movimiento en pro del acceso a la justicia.

Esta característica agrega un elemento más para ponderar por qué, cuando el tema de la acción se estudia desde la influencia de lo constitucional en el proceso, se encuentran respuestas diferentes a las tradicionales del proceso civil. Por ejemplo, cuando se proclama el

derecho de toda persona a ser oída, no se establecen requisitos para hacerlo, pues se presenta como una garantía sin obstrucciones.

Lo mismo cabe agregar con aspectos proyectados del derecho de entrada. El derecho de petición (de naturaleza constitucional) no se reduce a un asunto de consistencia jurídica del que reclama, porque la atención se dirige al conflicto antes que a la persona. Es más importante lo que se pide que cuestionar el interés que tiene el que demanda la actuación jurisdiccional.

El derecho de peticionar ante las autoridades no descansa en el remedio simple de escuchar porque, además de la prerrogativa fundamental que tiene toda persona de ser oída, se necesita integrar la garantía con el deber de respuesta. Ahora bien, cuando se trata de peticiones hechas ante una autoridad judicial, el tema se ha enfocado desde una sola perspectiva: *la del litigante*.[40]

La idea establece desde sus orígenes que el Estado, a través de los jueces, solamente actúa cuando hay una causa concreta y específica que debe resolver un conflicto o una controversia entre partes. De este encuadre, quien pide debe acreditar el interés que tiene, porque no es cualquier derecho el que se tutela ante la jurisdicción, sino aquel que resulta verosímil y fundado.

Solo quien es dueño del interés (derecho subjetivo) puede acceder a la justicia, y para demostrar la personalidad que se tiene, es necesario superar los presupuestos de admisión reconocidos como legitimación *ad causam* y legitimación *ad processum*.

Estas condiciones necesarias para ejercer el derecho de acción se adoptan como reglas implantadas, de imposible alteración en el proceso civil, y se han justificado en la teoría general del proceso. Sin embargo, en algunas controversias (constitucionales: amparo) el conflicto se suscita con normas antes que con personas, de modo que el presupuesto de admisión está *prima facie* modificado.

En los juicios de amparo, por ejemplo, a sabiendas del emplazamiento formal que pone la valla de la legitimación, se pretendió esquivarlo con el carácter de *afectado*, pero ello sirvió únicamente para fortalecer el criterio restrictivo que terminó, en la mayoría de los casos,

40. Para ampliar este tema ver nuestro *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*, Santa Fe/Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2004, Cap. II. Y también *Legitimación, capacidad y representación en juicio*, Santa Fe/Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2018, p. 35 y ss.

fortificando el carácter subsidiario del proceso constitucional; lo que es francamente inaceptable.[41]

Algunas legislaciones han ensayado un esquema teórico distinto, separando el derecho de petición (como simple ejercitación del derecho de pedir) de la práctica plena de promover una demanda ante la jurisdicción. De este modo, se clasifican las peticiones según la naturaleza que lleven y el órgano ante el que se presentan. Habría así *acciones populares* que obligan al obrar jurisdiccional; *quejas* que derivan en la actuación administrativa; recursos distintos que originan el desempeño procedimental; *iniciativas ciudadanas* o *propuestas populares* que tienen como fin la producción legislativa ordinaria; y cada una a su vez, promueve un procedimiento, una instancia, donde la respuesta puede, inclusive, formalizarse a través del silencio.

Otros, en cambio, crean diferencias entre el derecho de petición y el derecho a la jurisdicción, interpretando que el primero queda satisfecho con la permisión de entrada al proceso, pero como esto no es esencial para la garantía, lo verdaderamente importante está en el modelo de la jurisdicción.

De esta forma, la distancia a cubrir entre modelos de jurisdicción o justicias de competencia múltiple, respecto de los que dividen prolijamente la cobertura de materias a ocupar, es significativa por la diversidad de intereses en juego.

Por ejemplo, un juez argentino puede encontrarse al llegar a su tribunal que entre los expedientes a resolver tiene procesos constitucionales (amparo, hábeas data, etc.), administrativos (impugnación de

41. Esta incoherencia, al mismo tiempo, es propia de la legislación y también se instala en nuestra Constitución Nacional, obligando a interpretaciones constantes que, por la dinámica que tiene nuestro sistema de control de constitucionalidad, permanentemente reitera contradicciones y resultados disímiles. Por eso, en nuestro *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*, sostenemos esta premisa conductora: el acceso a la justicia es una parte del derecho que tiene toda persona al debido proceso. Es una garantía judicial y un derecho individual de carácter constitucional (subjetivo público) que no admite limitaciones. No obstante, no es un pórtico tan amplio que pueda traspasarse sin necesidad de abrir puertas; estas son requeridas como presupuestos formales de admisión, pero jamás podrán tener tantos cerrojos que obliguen a superar con esfuerzo aquello que, en realidad, es la bienvenida a los que piden justicia, y aun para aquellos que, abusando en el derecho de petición, puedan requerir la intervención de los jueces. En todo caso, es una cuestión de análisis particular, y una muestra de la confianza a depositar en el Poder Judicial para que sea este quien resuelva el derecho a estar en el proceso.

una licitación); sociales (diferencias de haberes mal liquidados), familiares (divorcio, tenencia de hijos) etcétera, y aplicar en todos los casos el mismo sistema procesal, con sus reglas y precisiones. En cambio, un juez español, por el caso, sabe que la competencia constitucional le corresponde al Tribunal Constitucional; que lo administrativo se deriva a la justicia administrativa; que lo social es del fuero respectivo, y así sucesivamente; en consecuencia, además de desprenderse de lo que no le es propio (como sería también en nuestro caso), reconoce que los sistemas (el tipo de enjuiciamiento) son diferentes y con reglas autónomas (lo que causa la diferencia).

Vale decir, no solo la competencia se fracciona, sino también el modelo procesal de cada jurisdicción. Son varios códigos (leyes reglamentarias de cada procedimiento) y no solo uno.

Lo cierto es que, cualquiera sea la explicación formal que se ofrezca, la mirada tiene que dirigirse al resultado que consigue quien necesita ejercer el derecho de petición, porque como se dijo al comienzo, una pretensión que se escucha y queda sin resolver provoca desconcierto e injusticia, más allá de la violación por desconocimiento de una garantía fundamental.

Por eso, el tema del acceso a la justicia, y particularmente de la acción procesal, es un contenido del Derecho Procesal que repercute notablemente en las garantías constitucionales. Por eso, nosotros consideramos que es un tema base del Derecho Procesal Constitucional. No se trata de propiciar esquemas estériles que socaven el derecho de pedir ante los jueces (como es la legitimación procesal activa y pasiva), ni de auspiciar una entrada masiva de reclamos que pueden ser inconsistentes o manifiestamente improponibles.

La acción es una garantía formal; una facultad que contrae con su práctica un deber de respuesta jurisdiccional, porque de otro modo no habrá práctica del ejercicio del derecho a un recurso (vía judicial idónea) simple y eficaz.[42]

42. Gozaíni, Osvaldo, *La legitimación en el proceso civil*, Buenos Aires, Ediar, 1996. La acción no es más que un acto de contenido estrictamente procesal destinado a presentar un reclamo a la autoridad jurisdiccional. Esta, conocida la petición, iniciará un proceso y, de este modo, cerrará el circuito característico, propio e inconfundible, del proceso jurisdiccional. Este acto de pedir informa al mismo tiempo una manifestación típica del derecho constitucional de petición. Como tal, el carácter abstracto que pondera se refleja en la posibilidad de lograr un litigio donde pueda ser oído y, en ese caso,

Por otra parte, es necesario abordar desde esta perspectiva social la entrada al proceso, porque los modelos estandarizados de conflictos entre partes, cada día más, pierden la esencia que los justifica.

Actualmente sostener que la controversia solo interesa a las partes que litigan es una mirada egoísta y unilateral que no observa la trascendencia que tienen los procesos en el desarrollo de un país. Además, la clásica respuesta que se deduce de la cosa juzgada entre partes, también elude la dimensión *in genere* que puede tener la sentencia (*v. gr.*: la tutela del consumidor no admite soluciones únicamente para el afectado porque, habitualmente, el daño está masificado). Inclusive, la aparición de los procesos colectivos no significa alterar el modelo de entrada al proceso, como sí promover un cambio sustancial en los derechos que se han de considerar y resolver más allá del interés personal y acotado que supone continuar con la tutela del interés dañado (derecho subjetivo).

En definitiva, la acción –repetimos– es un contenido del Derecho Procesal constitucional, al punto de alterar la teoría general del proceso porque obliga a trabajar en una superficie distinta a las consabidas reglas de la personalidad y representación en juicio.

Este es un cambio sensible que conmueve los paradigmas. Obviamente, si pensamos en una misión constitucional para el proceso estamos razonando en una actuación activa y atenta del juez, quien debiera trabar sobre el modelo del acceso a la justicia, pero sin resignar sus potestades de repulsión inmediata cuando la pretensión es infundamentada o improponible.

b. El proceso

En orden al resguardo técnico, la teoría general se conforma con la asistencia letrada del litigante; le basta con tener abogado para que

habrá obtenido el ansiado acceso a la justicia. Ahora bien, para obrar en el sentido apuntado basta con el ejercicio reflejo de una demanda; es decir, quien acude al proceso no necesita estar respaldado de razón o derecho alguno; es suficiente que el Estado le garantice el acceso, le brinde la posibilidad. De este modo, la acción será también un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica. Aun así, en esencia, la acción tiene carácter intrínsecamente constitucional (podríamos decir, de Derecho Procesal constitucional), porque más allá de la garantía que supone, tiene como finalidad la protección jurisdiccional. Por ello es que la evolución conceptual del tema culmina con el derecho a la jurisdicción.

se garantice el derecho de defensa. Igual exigencia tiene la parte contraria, de manera que el conflicto se arma sobre la base de partes enfrentadas donde una será victoriosa y la otra derrotada.

En perspectiva, esta dialéctica que implementa una regla para el debate mantiene al proceso como un sortilegio de aciertos y formalidades.

En lo constitucional, o dicho de otro modo, cuando se pretende revertir la lucha para buscar verdades y justicias compartidas, el proceso se acompaña con un deber de cooperación entre partes para encontrar una solución justa y adecuada al conflicto.[43]

Esta fue la impronta que trajeron los sistemas alternativos para la resolución de disputas, y la incidencia que se refleja con actitudes propias del conflicto judicial. Vale decir, por vez primera se acentuó el principio de solidaridad en lugar de la enemistad; de la reflexión antes que la posición irreductible; de merecer una justa composición en vez de una victoria a cualquier precio.

Esta faceta se diluye cuando se observan los dogmas del *proceso*, o la regla técnica para debatir.

El paradigma está en el principio de contradicción permanente, el que afirma debe probar, congruencia entre lo pedido y lo que se resuelve, no hay juicio sin actor, no puede el juez promover de oficio una causa, la sentencia alcanza solamente a quienes son partes litigantes, la cosa juzgada excepcionalmente afecta a terceros, derecho al recurso, agotamiento de todas las instancias posibles, ejecución a instancia del interesado, etcétera.

Estos principios no tienen adaptación plena a todo tipo de controversias que pueden suscitarse, menos aun cuando hablamos de procesos constitucionales. Lógicamente, como todo proceso, el derecho de defensa es un principio incanjeable, de manera que corresponde oír a las partes en sus respectivas alegaciones. Pero la controversia supone tener partes enfrentadas en posiciones diversas, donde el juez debe actuar como equilibrio entre las fuerzas en conflicto.[44]

43. Oliveira, Carlos Alberto Alvaro, "Poderes del juez y visión cooperativa del proceso", en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 7, Perú, Estudios Monroy, 2004, p. 11. Disponible en: http://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=12436

44. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional - Amparo*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 528. En este libro sostuvimos que si este presupuesto se sostiene a pie juntillas, probablemente otro principio procesal desajuste la finalidad del

Ahora bien, el marco previsto en torno a las características del procedimiento establece que debe tratarse de un trámite rápido y expedito, sencillo y eficaz. La celeridad es primordial, es cierto, pero deben respetarse los demás principios y garantías del "debido proceso". Esta es una "garantía" nueva porque en la teoría general del proceso el principio de economía (que internamente se integra con la acumulación de pretensiones y procesos, el establecimiento del principio de perentoriedad, la inclusión de plazos y términos, etc.) toma a su cargo una suerte de consignas dirigidas a las partes (en función del principio dispositivo, o de avance del proceso de acuerdo al interés de los litigantes), características que no se dan en otros procesos, como el constitucional, donde las normas transnacionales claman por un proceso rápido y breve, y con recursos sencillos y eficaces.

En definitiva, el *debido proceso* consagra nuevas reglas técnicas que sortean los formalismos tradicionales. No se trata de afirmar que los elimina, sino que los considera desde una óptica más funcional y efectiva.

¿Qué sentido tiene la letra negra o azul negra en los escritos judiciales? ¿No es acaso un formalismo inútil? La hora judicial hábil e inhábil ¿no es incongruente con el principio de la justicia ágil, rápida y sencilla? Las notificaciones judiciales ¿no persisten en esquemas rituales del siglo XVIII? La intervención de terceros ¿sigue sorteando la dificultad de entablar un proceso entre partes múltiples con pretensiones diferenciadas? El derecho de defensa en juicio ¿tolera todo el arsenal de recursos que los códigos implementan?, ¿dónde comienza y termina el abuso en y con el proceso?; en fin, tantas son las fisuras que presenta el modelo de enjuiciamiento actual que es lógica la perplejidad de los jueces y su acusada incertidumbre.

En este campo, en consecuencia, la conclusión es que el proceso vernáculo (y también los demás latinoamericanos) no atiende la dimensión actual del conflicto entre partes. Es cierto que la controversia nace

proceso de amparo: el principio dispositivo. Según él, el proceso es cosa de partes y el juez debe juzgar sin apartarse de lo propuesto en el marco de la demanda y la contestación, esto es, de la congruencia que reclaman los escritos constitutivos del proceso. En el proceso constitucional es fundamental y hace a la esencia de su función controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos de las autoridades –públicas y privadas– de forma que la interpretación de los hechos y del derecho no puede tener el condicionante de lo alegado por las partes. Es imperioso ver hacia adelante los efectos, las consecuencias y las circunstancias que tiene el caso concreto frente a toda la sociedad.

y se desarrolla como una cuestión entre derechos subjetivos que colisionan, y que el modelo de enjuiciamiento se restringe a las alegaciones y pruebas que los litigantes proponen; de suyo, la sentencia es un derecho nuevo, de contenido individual y sin trascendencia para otros; pero esta verdad no se puede llevar, sin más, a procesos colectivos, a acciones de grupo, al llamado amparo colectivo, entre otras manifestaciones de afectaciones múltiples que coinciden en el detrimento que se padece.

El litisconsorcio no resuelve el problema de partes múltiples; la legitimación no responde con su diseño formal y estructurado para dar cauce a un reclamo distinto al que reglamenta la legitimación para obrar; las técnicas de alegar y probar son diferentes; a veces la prueba hasta resulta absurda ante lo manifiesto de la crisis; obviamente es insuficiente la sentencia individual, como también lo es aplicar al caso los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada.

c. La jurisdicción

Justamente donde se profundiza la distancia es en los poderes-deberes de los jueces. En efecto, es bien conocida la evolución del proceso civil y la penetración ideológica que significó en Latinoamérica traer el sistema de enjuiciamiento europeo (particularmente el español). Se recordará que el comienzo de la historia radica en el Código de Procedimiento Civil de 1865, que tomaba el esquema del Código Procesal francés de raigambre napoleónica –con lo que ello significaba– y del sistema piamontés del Código sardo de 1859.

Este reglamento, dice Comoglio:

> … resulta claramente inspirado en la ideología del Estado mínimo. Al mismo tiempo, lleva visiblemente impresa la cifra genética de una época anterior en la cual el proceso tenía un propósito secundario de dar justicia y aquel principal de extraer rentas parasitarias a favor de los titulares de cargos judiciales venales y hereditarios. Se trata de un código que deja el proceso al total dominio de las partes, o mejor, de sus abogados, libres para competir en la arena, determinando el desarrollo del juego, para conducirse esencialmente a través del intercambio de escritos ante un juez inerte, cuya pasividad venía exaltada como garantía de imparcialidad del juicio.[45]

45. Comoglio, Luigi Paolo, "La efectividad de la tutela jurisdiccional en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea", en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 5, 2002, pp. 33-46.

Contra este modelo reaccionó Chiovenda, quien inspirado en la oralidad creyó encontrar el remedio para los males que traía aquel proceso tan formal y complicado. No era solo un enfrentamiento dialéctico, también significó variar el centro de gravedad del conflicto. La dirección y conducción del proceso se entregó al juez, y los hechos alegados y controvertidos fueron el eje del litigio a desarrollar.

El garantismo afirma que este cambio tiene resabios de la inquisición española de la edad media, al centrar la discusión en las verdades afirmadas que debían ser demostradas con prueba verosímil y en juicio sumario. Piensan que es el producto de una "cultura autoritaria" que despojó a las partes de su "derecho a luchar por el derecho" en pie de igualdad con el adversario.

El tiempo histórico que consagró las grandes reformas italianas (1940/1942) conspiró con su propuesta, del mismo modo que ha dado argumentos para sostener que el ideal plasmado en el código pergeñado por Carnelutti, Calamandrei y Redenti, tenía una clara prosapia fascista.[46]

La premisa del "juez director" fue la bandera que levantó la publicización del proceso civil. Ello significó abandonar el rol mecánico del magistrado que simplemente controlaba las reglas del juego, subsumía los hechos afirmados por las partes en las leyes que debía aplicar, y resolvía sin más. Esa era la función pensada para el juez, claramente inspirado en la aplicación de la ley.

Dice Zagrebelsky que esta observación hecha desde la forma como el Estado se organiza supone entronizar el "principio de legalidad", que en definitiva traduce en términos constitucionales la hegemonía de la burguesía, que se expresaba en la Cámara de representantes, y al

46. Charloni, Sergio, "La justicia civil y sus paradojas", en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, Nº V, 2002, p. 54. El autor dice que esta acusación es claramente instrumental y llegó impulsada por una doctrina casi unánime en su tiempo. Ocurrió que, en los años posteriores a la guerra, se organizó un fuerte movimiento de oposición, que alcanzó, en su punto más extremo, a pedir la inmediata abolición del nuevo código, tildado de autoritario y fascista y el retorno del que fue derogado por este [...]. Aparte de la disciplina de las controversias colectivas de trabajo, rápidamente caída con la desaparición del ordenamiento corporativo, no se puede en ningún modo afirmar que el código de rito del 42 es un código fascista o del tono ostentosamente fascista de la Relación al Rey. Al régimen como tal no le interesaba intervenir sobre la disciplina de las controversias entre privados, por el simple motivo que, a diferencia de cuanto acaecía con los regímenes del socialismo real, el fascismo no intervenía en las relaciones de mercado, dejando inalterados sus caracteres fundamentales.

mismo tiempo hace retroceder el poder de los jueces y del ejecutivo, quienes pasan a estar subordinados a la ley.[47]

De este modo, la ley ocupa la posición más alta, sin tener por encima regla jurídica alguna. El orden y la seguridad venían de la mano con esta hipótesis impuesta.[48]

Hay ejemplos manifiestos de esta acentuada tendencia que no admite discusión. Una de las más claras es la consagración en Europa, en las primeras décadas del siglo XX, de los Tribunales Constitucionales, que con magistraturas especiales (en esencia no son puramente jurisdiccionales al carecer de los poderes que al juez ordinario se le reconocen) organizadas fuera del Poder Judicial, tienen la única misión de salvaguardar la primacía de las normas fundamentales de cada Estado[49] evitando con ello la interferencia del juez ordinario.

Sin embargo, la auspiciosa finalidad de proteger la supremacía constitucional condujo a demasiadas incertidumbres, porque la "ley de leyes" como se llamó a las cartas constitucionales, pensó que podían aplicar sus preceptos de una vez y para siempre. No pensaron en las renovaciones sociales y en las necesidades que importaba actualizar sus contenidos.

47. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Madrid, Trotta, 4ª ed., 2002, p. 30.

48. Ibídem, p. 31. Agrega Zagrebelsky que en este sistema la ley lo podía todo, porque estaba materialmente vinculada a un contexto político-social e ideal definido y homogéneo. En él se contenían las razones de los límites y del orden, sin necesidad de prever ninguna medida jurídica para asegurarlos. El derecho entra en acción para suplir la carencia de una ordenación expresada directamente por la sociedad, y no era este el caso. Una sociedad política "monista" o "monoclase", como era la sociedad liberal del siglo pasado (siglo XIX) incorporaba en sí reglas de su propio orden.

49. Bayón, Juan Carlos, "Derechos, Democracia y Constitución" en *Discusiones*, N° 1, Año 2000, pp. 65-94. Disponible en: http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcg4551.
Por supuesto hubo resistencias a los Tribunales Constitucionales, que en líneas generales abastecieron dos objeciones: La primera apunta a la idea misma de primacía constitucional, ya que si la democracia es el método de toma de decisiones por mayoría, la primacía constitucional implica precisamente restricciones a lo que la mayoría puede decidir. Y la segunda, que afecta al control de constitucionalidad, consiste en preguntar qué legitimidad tienen jueces no representativos ni políticamente responsables para invalidar decisiones de un legislador democrático. En suma: si como ideales morales se parte no solo del de los derechos, sino también del valor de la democracia, entonces el camino hacia el constitucionalismo es quizá menos llano de lo que parece.

Es cierto que la dinámica reformista aligeró este problema, pero también lo es que gran parte de las Constituciones eran (son) rígidas, estableciendo una suerte de núcleo duro de declaraciones, derechos y garantías que se consideraban incanjeables.

La Constitución se aplicó como Norma Fundamental, y se dejó a cargo de Tribunales Constitucionales su resguardo y protección.

No fue diferente la filosofía aplicada en Norteamérica, cuya contribución básica se cifra en la idea de la supremacía constitucional y en su consiguiente garantía jurisdiccional. Son los jueces, todos los jueces, quienes velan por su cumplimiento.

Prieto Sanchís explica el modelo constitucional sosteniendo que la Constitución se postula como jurídicamente superior a las demás normas y su garantía se atribuye al más "neutro" de los poderes, a aquel que debe y que mejor puede mantenerse al margen del debate político, es decir, al poder judicial. La idea del poder constituyente del pueblo, se traduce aquí en una limitación al poder político y, en especial, del más amenazado de los poderes, el legislativo, mediante la cristalización jurídica de su forma de proceder y de las barreras que no puede traspasar en ningún caso.[50]

A diferencia de Europa, el sistema americano judicializa el control pero permite que sean todos los jueces (inclusive los que se agrupan concentradamente como Tribunales especiales, ya sea en Salas o en Cortes, pero siempre dentro del Poder Judicial) quienes sean baluartes del sistema. En cambio, Europa prefiere la división jurisdiccional y no permite más que al Tribunal Constitucional la actuación en asuntos propios de su competencia.

En pocas palabras, cuando un juez cualquiera tiene que actuar dentro de un proceso judicial no puede desentenderse de esta cultura jurídica que condiciona sus poderes.

En América, la amplitud de potestades le permite declarar la inconstitucionalidad de las leyes o inaplicarla en el caso concreto que resuelve, demostrando con hechos y sentencias, porque es un "Poder". Mientras que Europa, de la que tomamos el esquema de enjuiciamiento (recordemos que nuestras bases procedimentales están en

50. Prieto Sanchís, Luis, "Neoconstitucionalismo y Ponderación Judicial", Universidad de Castilla-La Mancha, AFDUAM N° 5, 2001, p. 125.

la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855/1881) fracciona claramente la potestad estableciendo barreras infranqueables que pocas veces pueden trasponerse.

No es muy distinta la actuación que le cabe al juez ordinario: su función es desplegar su eficacia a través de la ley. Sin embargo, se aclara que esta ley se aplicará siempre que sea respetuosa de principios y valores superiores. Con lo cual la normativa constitucional deja de estar "secuestrada" dentro de los confines que dibujan las relaciones entre órganos estatales, deja de ser un problema exclusivo que resolver entre el legislador y el Tribunal Constitucional, para asumir la función de normas ordenadoras de la realidad que los jueces ordinarios pueden y deben utilizar como parámetros fundamentales de sus decisiones. Desde luego, concluye el autor, las decisiones del legislador siguen vinculando al juez, pero solo a través de una interpretación constitucional que efectúa este último.[51]

9.5 Conclusión

En suma, estamos ante un cambio de paradigmas; la pregunta sigue siendo la del inicio ¿han cambiado los pilares del Derecho Procesal? O solamente necesitan reforzar sus cimientos al conjuro de los modelos novedosos de controversias.

Por eso, así como en el derecho constitucional se ha pensado que desde el "neoconstitucionalismo" se avizoran algunas respuestas para esta suerte de cambio en la formación de los valores constantes y trascendentes que proclaman las normas fundamentales, donde los derechos humanos y la jurisprudencia de los tribunales que los interpretan, provocan una influencia innegable en las funciones de los demás poderes (en especial el ejecutivo y parlamentario); también creemos que existe un "neoprocesalismo" que con iguales estándares de seguimiento y observación tiende a crear un emplazamiento renovado para nuestra ciencia.

El llamado de la hora parece radicar en las responsabilidades compartidas. Un abogado idóneo que eleve desde su función técnica

51. Ibídem, p. 130. También Ferrajioli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2001, p. 26, donde agrega que "la sujeción del juez a la ley ya no es, como en el viejo paradigma positivista, sujeción a la letra de la ley, cualquiera que fuese su significado, sino sujeción en cuanto válida, es decir, coherente con la Constitución".

la lealtad en el debate; y un juez atento que se comprometa con la justa resolución del conflicto.

Uno controla al otro, y entre ambos podrán colaborar para que la justicia se consiga confiando en las instituciones.

10. Contenidos

A través del proceso se quiere la resolución de conflictos de naturaleza jurídica. Estos pueden llegar de la controversia entre partes, o de la necesidad de que la justicia intervenga con función notarial allí donde la ley lo exige (*v. gr.* declarar heredero a un sucesor; aprobar un testamento, etc.).

Procesos contenciosos y procesos voluntarios dinamizan así los modelos clásicos; pero también desde el proceso se pueden concretar otras funciones, como el control de la constitucionalidad de las leyes, que en los sistemas de control difuso permiten hacerlo en todo tipo de litigios y no solamente en los llamados procesos constitucionales.

En consecuencia, el primer espacio que cubren los contenidos de la ciencia lo ocupa el proceso. Este cumple una función abstracta, como garantía exigible que consagra presupuestos ineludibles que afianzan la tutela judicial efectiva, o derecho al debido proceso. Y, al mismo tiempo, ese proceso tiene reglas y principios que constituyen una suerte de derechos del proceso, sobre los cuales se debe implementar el enjuiciamiento.

Como sucesión ordenada de actos, el procedimiento tiene condiciones que reglamentan el acceso a la justicia (legitimación para actuar), las formas de los actos procesales; los tiempos y lugares donde se deben cumplir; y, en general, todo lo vinculado con la regularidad de las actuaciones. Por eso, el estudio de la actividad procesal nos conduce hacia los sujetos que los realizan, dando lugar a dos elementos más que se introducen como contenido de la disciplina: las partes y el juez.

Dice Ramos Méndez que

> … el desarrollo de la actividad de las partes en el proceso constituye lo que por antonomasia se conoce con el nombre de *acción procesal*. Este término, cargado de honda significación histórica y dogmática, induce el estudio de la actividad de las partes, es decir, de los individuos que claman por

> su derecho en el proceso. La determinación e identificación de las partes procesales supone estudiar los problemas que integran el *status* de parte: quien puede ser parte en el proceso, la capacidad para ser parte y los modos de suplirla cuando falta, la legitimación y el problema de la pluralidad de partes; también la postulación procesal, que comprende el estudio de las figuras del Abogado y del Procurador de los Tribunales, y que versa sobre la asistencia técnica de las partes en el complejo mundo del proceso. En fin, en contraposición a las partes, se estudia la significación de terceros y sus posibilidades de intervención en el proceso.[52]

Ahora bien, estos lugares de interés a veces se difuminan cuando la materia sobre la que se encuentra planteada la incertidumbre tiene orígenes diferentes. Un conflicto ante la administración; en la empresa; un incumplimiento contractual; crisis en la situación familiar; en fin, el sinnúmero de posibilidades que otorga la vida de relación, todos pueden originar un proceso judicial, y en estos casos, es indudable el interés por captar ese contenido. Pero ¿qué ocurre si las partes en conflicto recurren a una forma de proceso que no tiene como órgano decisor a un juez con jurisdicción, esto es, con poder y autoridad constitucional? El sometimiento a arbitraje, amigable composición, juicio de peritos y demás fórmulas de heterocomposición ¿son materias del Derecho Procesal? Entendemos que sí, y sus razones las aportamos más adelante.

Similar problema se crea en los procesos sin conflicto, donde aparece la figura del juez resolviendo situaciones de derecho, casi administrativas. Son también estos cometidos del Derecho Procesal.

Finalmente, el contenido intrínseco de cada uno de los actos procesales contrae un nuevo compromiso de explicación; aquí es común ingresar en los deberes primarios y secundarios de la conducta del proceso; como en los requisitos procesales que particularizan cada procedimiento.

11. Características del Derecho Procesal

Existen notas singulares que perfilan al Derecho Procesal con autonomía suficiente. La más importante radica en el método que

52. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Bosch, 5ª ed., 1992, T. I, p. 5.

incorpora para solucionar los conflictos humanos, donde el papel del Estado obra determinante para configurar la disciplina al asentar en la jurisdicción el poder-deber de resolver los dramas de la sociedad. El cuadrante se desplaza hacia fórmulas personales que contornean principios y presupuestos propios, tales como los referidos a la legitimación, la capacidad, la regularidad, etcétera

Precisamente esa independencia de contenidos demuestra la peculiaridad en el análisis de cuestiones intrínsecas, centradas en temas como la prueba, la cosa juzgada, la impugnación, entre otros, denotando cierta inclinación hacia los problemas particulares del derecho.

Sin embargo, resulta imperioso destacar que los contenidos del proceso no terminan explicando la fisonomía del procedimiento; existen también aspectos filosóficos que ocupan a los valores que pondera y moviliza todo conflicto humano, como aquellos referidos a los alcances de la sentencia y la cosa juzgada; asimismo, la técnica dispuesta detalla aspectos que muestran el fenómeno del método citado. Pero también existe una atención sobre la política procesal, donde anidan valores referidos a la organización del poder judicial tanto interno como externo.

Cada uno de esos soportes coincide en que el proceso es un método y una garantía. Como tales, resisten el asedio de otras fórmulas que evaden el compromiso de la igualdad resintiendo, en consecuencia, el aspecto constitucional enlazado.

Si el proceso es una garantía fundamental, su finalidad inspira la defensa de la justicia y demás valores que vivifican el carácter de la norma básica.

En síntesis, la principal característica del Derecho Procesal reside en su función como garante de los derechos, basada en principios y presupuestos que dan vida a las finalidades previstas en los ordenamientos constitucionales y demás leyes de organización estadual.

Inmediatamente, el Derecho Procesal verbaliza valores, un conjunto axiológico de fundamentos que, inspirados en aquellas premisas básicas, consagra un régimen y explica los componentes donde la ciencia se estructura.

Jurisdicción, acción y proceso contraen, cada una en su ámbito, los designios conceptuales que deben respetarse. Aisladas en el análisis, cada una reporta principios propios, regulares y de esencia, donde interesa observar el movimiento de cada una, no solamente

en el andar del juicio, sino en cada parcela que labra para la organización jurídica del Estado.

Así, por ejemplo, la jurisdicción eleva la consideración de aspectos tales como la debida constitución del tribunal, la competencia y las funciones del órgano. La acción es el resorte del individuo para comunicarse con el Estado activando el aparato jurisdiccional; y el proceso es, una vez más, el método que ambos utilizan para descalificar consecuencias de sus controversias.

12. Naturaleza del Derecho Procesal Civil

La naturaleza privada de los conflictos que, por vía de principio, resuelve cualquier órgano jurisdiccional en el ámbito del Derecho Procesal Civil, no sirve para conceptuar el carácter privado de la ciencia.

La materia no es buen punto de partida para adscribir a una u otra corriente. En efecto, el Derecho Procesal pertenece al derecho público porque el método disciplinado responde a la posición que tiene el órgano frente a los particulares para representar la voluntad estatal. No podrían las partes dirigir el proceso de acuerdo a sus propios intereses, porque existe un conjunto de principios de inspiración superior a la convencional que no tolera la autorregulación. Por ello, el marco del arbitraje, de la conciliación extrajudicial y de otras fórmulas alternativas de composición es diferente, en tanto el sometimiento a un procedimiento pactado subordina el carácter. No obstante, para decidir si es público o privado el concepto debe partir de la autoridad y el poder investido, de modo tal que el sometimiento a la voluntad de un tercero caracteriza la noción de derecho público que armoniza con el carácter pensado para el Derecho Procesal.

Sostiene Palacio que la ciencia del proceso tiene naturaleza pública

> … en consecuencia del carácter predominantemente público del derecho procesal, la de que esté prohibido a las partes derogar o alterar, mediante pactos, las normas que disciplinan la composición y funcionamiento de los órganos judiciales, así como aquellas que reglamentan los requisitos y efectos de los actos procesales.[53]

53. Palacio, Lino E., *Derecho Procesal, op. cit.*, p. 28.

Por ello, el sentido público del Derecho Procesal determina que sus reglamentos sean absolutos cuando refieren a garantías, pudiendo ser dispositivas algunas reglas, y mantener en la dimensión del derecho público los principios orientadores de la ciencia.

El carácter público mencionado suele confundirse con el principio de publicización del proceso que, en su dimensión, atiende el poder del juez en la investigación de la verdad. En este sentido, se establecen diferencias a partir de la disponibilidad del órgano para resolver la contienda: si sus facultades son limitadas y restrictas al principio dispositivo se dice que el proceso es privado; en cambio, si el juez cuenta con iniciativa probatoria, dirigiendo sin menoscabar el principio de igualdad, se habla de Derecho Procesal público.

13. Autonomía científica

Dentro del derecho público el Derecho Procesal es una rama autónoma, hecho que destaca un elemento más para afirmar que no es un derecho instrumental, ni secundario, ni complementario de otros.

Es verdad, como lo menciona Guasp, que la tesis de la dependencia se encuentra por demás extendida,[54] pero también lo es que, en esta hora, el proceso ofrece la razón fundamental para creer en una ciencia pura y autónoma. Obsérvese que el curso de la historia demuestra que el derecho material no se agota con su violación ni se consume por un ejercicio antifuncional; a su vez, los derechos fundamentales son simples declaraciones genéricas si no aseguran prácticamente su ejercicio efectivo; en estos supuestos opera cada rama del orden normativo, siendo posible constatar que ninguna disciplina se arrincona en sus particularidades. La unidad del ordenamiento es fruto y consecuencia de esta movilidad jurídica, y allí está inserto el Derecho Procesal.

Lo que ocurre es que algunos pretenden crear ramificaciones a partir del fenómeno que acontece en cada área: hay un Derecho Procesal civil y otro penal, administrativo, laboral, internacional, constitucional, etcétera, interpretados a partir de la jurisdicción que los activa. Nada más erróneo.

54. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, p. 35.

Volver a Mercader para calificar esta diatriba es una obligación inmediata:

> … la ausencia de criterios estables, o de un mínimo de conclusiones teóricas anunciadas con alguna correcta verosimilitud que las torne defendibles, sume en pleno desconcierto a los estudiosos y retrasa de manera particular los esclarecimientos que el proceso reclama con prisa.[55]

El proceso aislado de la acción y la jurisdicción solo reporta para la disciplina procesal la explicación de los fenómenos que suceden en su curso. Así ocurría en el derecho romano donde se consideraba simple jurisprudencia, o más tarde con la aparición de las escuelas (germanas o romanas) que lo tildan como un derecho secundario. Siempre, además, el proceso era supuesto posterior, no tenía contenido apriorístico. Era contingente y supletorio, superficial y secundario. No aparece definición alguna que le otorgue un lugar en el cuadro del ordenamiento jurídico, era simple procedimiento, nada más.

La cientificidad del Derecho Procesal no permite continuar aquel desatino, pero tampoco autoriza a proliferar sus consagraciones. En realidad el éxito que personaliza al derecho está en el proceso, pero cuidado, no el proceso entendido como un simple engranaje para el gobierno del trámite procedimental, sino en el debido proceso: aquel que bajo la formación de una teoría general inspira y da fundamento al Derecho Procesal moderno.

En tal sentido, no hay varios derechos procesales, ni ramificaciones con diferencia de principios y presupuestos. Existen, en cambio, manifestaciones que desarrollan ciertas especialidades de la materia en conflicto (*v. gr.* civil, comercial, penal, administrativo, laboral, etc.) pero que concilian un fundamento superior, único, que lo transportan a cada una de esas exposiciones. Allí está la teoría general del proceso, que enlazada con el estudio de la jurisdicción y la acción, diseñan la teoría general del Derecho Procesal.

Ahora bien, una teoría general no significa unificación absoluta, sino verificar que las llamadas garantías judiciales no se pueden alterar en cada proceso disciplinado, aunque los principios y las reglas admitan variaciones.

55. Mercader, Amílcar, *El proceso y la unidad del orden jurídico*, *JA* 1968-III-746.

Capítulo III
Las normas procesales

14. Normas sustanciales y normas adjetivas

Como las demás normas que integran el ordenamiento jurídico, las procesales están destinadas a regir una determinada situación. La particularidad puede centrarse en que quien las aplica es un tercero imparcial en la relación que traban dos individuos en conflicto que han sometido su crisis a la solución de aquel.

El problema surge porque las normas procesales están dispersas en distintos ordenamientos jurídicos; no solamente las contienen códigos y leyes adjetivas, sino que aparecen también en los códigos sustantivos, en normas provinciales y hasta en la misma Constitución Nacional.

Para trazar distancia y diferenciarse de otras, las normas procesales son enfrentadas generalmente a las materiales o sustanciales. Carnelutti lo entendió así, agregando que las primeras resuelven conflictos de intereses con la intervención mediata de un juez que dicta la obligatoriedad de seguimiento, a diferencia de las normas materiales que componen inmediatamente la controversia.[56]

Sin embargo, la caracterización de la norma procesal no resulta ni se identifica con estas pretensiones. En un caso, porque la sede legislativa de donde parte la norma no reporta utilidad alguna y menos aún esclarece el problema. De seguir este criterio, serían normas procesales las que provienen de códigos y leyes adjetivas, y normas sustanciales las derivadas de ordenamientos de fondo.

Ahora bien, si la distinción se referencia con la manera de aportar soluciones (directas e inmediatas o indirectas y mediatas) es evidente que todas las normas caerían en una u otra categoría pero sin responder al porqué son de uno u otro carácter. Por eso, parece apropiado referir a normas procesales de acuerdo al objeto y finalidad

56. Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Uteah, 1948, T. I, p. 57.

que persiguen. De este modo la subsunción del derecho en los hechos podrá deducir el presupuesto que a la norma ocupa y el consecuente jurídico previsto para esa hipótesis fáctica. Si el supuesto de hecho se refiere a una circunstancia procesal y busca de ella una consecuencia de tal tipo, la norma es procesal.

Distinto sería si la norma tiene como supuesto de hecho un acto procesal, pero su consecuencia es material (*v. gr.* interpelación fehaciente para constituir en mora) porque en este caso, aquella sería indudablemente material. O, en el caso inverso, hay normas procesales cuyo supuesto de hecho lo constituye una realidad extraprocesal (*v. gr.* muerte del procurador o del poderdante como causa de extinción de la representación procesal, etc.).[57]

> Otra interesante diferencia la presenta James Goldschmidt, luego completada por Roberto Goldschmidt. Se basa en el denominado *derecho justicial* por el cual divide las aguas en un conjunto integrado con los derechos políticos, constitucional y administrativo que forman el *derecho justicial estricto*, fraccionado a su vez en un derecho *formal* y otro *material*. El primero ocupa el derecho procesal civil y penal, y el restante a la totalidad de las normas relativas a la pretensión de tutela jurídica dirigida contra el Estado.[58]

Como vemos, la posibilidad de encuadrar la norma de Derecho Procesal dentro de un esquema particular obliga a resolver un sinfín de situaciones en las que transitan la capacidad y actitud de los órganos y los sujetos que las utilizan; la regularidad de su emisión; la naturaleza de la prestación que realiza el tribunal, etcétera. En todo tiempo, no obstante, hay un elemento conciliador que es la consecuencia. De este modo, si la incidencia recae sobre individuos *in genere* sin advertir la existencia de proceso, las normas serán materiales. En cambio, podrán ser procesales cuando sus consecuencias jurídicas se proyecten sobre el órgano jurisdiccional, sobre las partes y los actos procesales.

Encontrado el referente, la primera operación necesaria para aplicarla requiere de una investigación para ubicar el precepto, desentrañar

57. Montero Aroca, Juan; Ortells Ramos, Manuel; Gómez Colomer, Juan-Luis, *Derecho Jurisdiccional*, Barcelona, Librería Bosch, 1989, T. I, p. 641.

58. Goldschmidt, James, "Derecho Justicial material. Pretensión de tutela jurídica y derecho penal", en *Revista de Derecho Procesal*, 1946-I, p. 35; Goldschmidt, Roberto, "Derecho justicial civil", en Castro, Máximo, *Estudios de Derecho Procesal en honor de Hugo Alsina*, Buenos Aires, Ediar, 1946, p. 317 y ss.

su contenido y proporcionarle un sentido crítico. De ello puede suceder que la disposición no reúna las condiciones necesarias para dar solución al conflicto, y como el juez debe siempre fallar (sentenciar) aun en ausencia de preceptos específicos, podrá ejercitar la composición a partir de la integración del derecho. Ahora bien, si el resentimiento resulta sobre la validez de la norma, el cuestionamiento será referido a su imperatividad para un tiempo, o para un lugar; o bien, por el valor intrínseco que verbaliza, donde anidan presupuestos de inconstitucionalidad o ilegalidad, condiciones todas ellas, que son analizadas desde la interpretación del derecho.

15. Interpretación de las normas procesales

La interpretación es una tarea destinada a esclarecer los dichos de una norma que va a insertarse en la realidad. Significa desentrañar el contenido que el texto tiene con relación a esa realidad.[59]

En la búsqueda de una intelección correcta pueden seguirse distintos caminos. Uno de ellos conduce a la denominada *interpretación auténtica*, que responde al verdadero concepto de la interpretación, porque proviene del mismo sujeto que emite la disposición;[60] en otro se puede derivar la lectura a terceros que prestarán su opinión particular sobre el alcance que puede asignarse. De este tipo son la *interpretación judicial* y la *doctrinaria*.

A su vez, cada una de estas posibilidades tiene un sistema que se aplica de formas distintas. Se puede analizar el espíritu de las normas (fin querido); deducir lo dispuesto sobre la base del sentido gramatical; o derivar sus conceptos de la lógica empleada en cada uno de los elementos, pudiendo entonces corresponder a los antecedentes que le dieron origen (interpretación histórica) o a la comparación con otras similares para concluir consecuencias semejantes (interpretación sistemática) que correspondan a la unidad del orden jurídico.

59. Couture, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1979, T. III, p. 15.

60. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal*, *op. cit.* p. 65.

Esta enumeración, lacónica y concisa, reseña particularidades para interpretar cualquier tipo de normas, por ello puntualiza en la teoría general del derecho.

El problema es que las normas procesales son habitualmente descriptivas del proceso; solo tienen utilidad cuando a este referencia y precisa.

Por lo tanto,

> ... por su propia naturaleza, solo tienen razón de ser en cuanto son aplicadas al proceso, salvo escasas excepciones susceptibles de producir efectos indirectos en el derecho material (por ejemplo, las normas relativas a la valoración de las pruebas, que, pese a su carácter procesal, pueden, indirectamente, por su simple existencia, conducir a un arreglo o transacción que evite el proceso y modifique la relación jurídica entre las partes).[61]

La diferencia entre la norma procesal y la civil impide que se apliquen iguales sistemas de interpretación. Ya sean sustanciales o adjetivas, las normas son interpretadas por los jueces como una misión más en la tarea de decir y crear el Derecho. Esto es justamente lo que debe distinguirse: de un lado, la interpretación de la norma procesal que si bien asienta en los principios generales que ponderan el valor de toda normativa, cuenta con particularidades que diseñan una metodología propia; por otro, la interpretación judicial de las leyes, vale decir, la interpretación en el sentido más puro de adecuar la sensibilidad de las normas con el medio donde va a insertarse y en el cuadro coordinado de todo el ordenamiento jurídico.

Serra Domínguez considera que es en esta última donde adquiere relevancia la labor del juzgador, porque al aplicar la ley en un caso concreto, forzosamente debe preguntarse cuál es el sentido, significación y alcance de la norma.[62]

Divididas las cuestiones, analicemos lo que ocurre cuando el juez interpreta una norma procesal. Es en este campo donde el intérprete realiza una función eventualmente técnica pero sin rigideces en la aplicación de las normas en juego. En efecto, precisamente es en el área de la interpretación donde se debe insistir acerca del rol funcional de la jurisdicción, propiciando una lectura abierta de las normas, sin

61. Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Ariel, 1969, p. 11.
62. Ibídem, p. 12.

privarlas del sentido que llevan. Una orientación a la justicia antes que a la aplicación simplificada.

No ha de extrañar, por consiguiente, que el menoscabo de la verdad jurídica objetiva quede patentizado si el tribunal de grado deja de resolver sobre el mérito en razón de la insuficiencia de las constancias de la causa, circunstancia que, reunida con otras conclusiones jurisprudenciales, construyen una verdadera obra de interpretación que persigue evitar los apartamentos equívocos del juez al motivar sus pronunciamientos.

> Se privilegia el norte esencial del quehacer hermenéutico cuando se postula que la sentencia lo menoscaba: a) ante el evidente apartamiento de las circunstancias comprobadas de la causa; b) si se hace prevalecer la interpretación de las normas procesales sobre la necesidad de acordar primacía a la verdad jurídica objetiva, que es concorde con el adecuado servicio de la justicia y compatible con la garantía del art. 18 de la CN; c) cuando se violenta por irrazonable y mecánico acatamiento a las formas o a la rigidez operativa de la técnica procesal, el plafond propio con que juegan esas disposiciones, circunscribiendo su margen de maniobra. Entonces se recae en un exceso ritual manifiesto que destruye al fallo del fundamento suficiente para sustentarlo.[63]

La elaboración de las doctrinas sobre la arbitrariedad de la sentencia; la gravedad institucional y el exceso ritual comentado son otras deducciones de la interpretación dinámica que debe realizarse en las normas procesales.

En este contexto se incluye la obligación del juez de estar a las realidades que lo circundan, dando preeminencia a los fines que informan las leyes, más que a la letra fría del precepto que, no obstante su consagración introducen una limitación angustiante que frena la posibilidad de realizarla.

La Corte tiene dicho que

> … por encima de lo que las leyes parecen decir literalmente, es propio de la interpretación indagar lo que ellas dicen jurídicamente, es decir, la conexión con las demás normas que integran el ordenamiento general del país. En esta indagación no debe prescindir, por cierto, de las palabras

63. Morello, Augusto Mario; Sosa, Gualberto Lucas; Berizonce, Roberto Omar, *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación*, Buenos Aires, Platense - Abeledo Perrot, 1982, T. I, p. 499.

> de la ley, pero tampoco atenerse rigurosamente a ellas cuando la interpretación razonable y sistemática así lo requiere.[64]

Como agudamente lo destaca Puig Brutau:

> … puede tener más fuerza creadora el valor persuasivo que se desprende de los fundamentos de unas decisiones justas que el autoritarismo abstracto de una disposición legal cuya razón de ser se haya olvidado.[65]

La interpretación de la norma procesal da cuenta de una relación inmediata entre quien aplica, crea y recrea las normas que utiliza. Si las normas procesales abastecen la movilidad del proceso, lo diseñan y estructuran, el destinatario de ellas resulta el órgano que las realiza. Es cierto que la adjetivación en los procedimientos registra transformaciones creativas o mutantes según quien las aplique, por lo que resulta criterioso establecer el control de aplicación a través del mecanismo de los recursos (*v. gr.* nulidad, casación, etc.).

Por lo demás, la autonomía que persuade la dicción de las normas procesales no priva la utilidad de cualquier sistema para investigarla. En verdad, es común observar en este esquema un método que va recorriendo, secuencialmente, cada aspecto de la norma.

El llamado método *gramatical* o *exegético* no hace sino rendir testimonio de lo que cada palabra expresa y transmite. A su vez, el tiempo histórico de su dictado muestra una circunstancia particular que reconoce la oportunidad y necesidad de su época. Esta interpretación progresiva transporta la realidad histórica del tiempo de la sanción al futuro proyectado para la generalidad.

Con igual intensidad debe analizarse el conjunto de las leyes, porque no existe norma procesal que no se recueste en otra o le sirva de fundamento. Finalmente, la voluntad que inspira la norma no puede quedar desprendida del estudio global.

Cossio sostiene que la labor del juez no es nunca la interpretación de la ley, sino de interpretación de la conducta humana mediante la ley. El mérito de esta distinción radica en destacar el empeño del órgano jurisdiccional por adecuar las conductas humanas en el marco de las

64. CSJN, Fallos: 241:227; 244:129; 263:230, entre otros.

65. Puig Brutau, José, *Introducción al Derecho Civil*, Barcelona, Bosch, 1981, p. 257.

normativas aplicables, pero no incorpora más que una sutil diferencia establecida al afirmar que lo aplicado es el Derecho que parte de la ley.

En cambio Chiovenda traza distancias notables con la autonomía para interpretar las normas procesales, considerando que esta tarea debe elaborarse sobre lo actuado en los principios generales del derecho.[66]

Rosenberg comparte y agrega: "La interpretación de las leyes procesales sigue los mismos principios que informan la de la teoría general del derecho; en particular, la exposición de las teorías generales del Derecho Civil".[67]

Emplazados en cuanto ocupa la interpretación judicial de las leyes, los estudios generalmente han descripto fluctuaciones entre el dogma de la autoridad de la ley y el de la voluntad de los jueces; o sea entre la escuela del derecho como exigencia impuesta por el legislador en nombre del Estado y la escuela de derecho libre.[68]

Evidentemente esta dualidad ha jugado un rol determinante en la vida del derecho, cohonestando otras cuestiones, estrechamente vinculadas como el control de la constitucionalidad de las leyes.

16. La norma procesal en el tiempo

Las leyes procesales no tienen un mecanismo diferente del que rige para todo el orden jurídico. Es decir, se guía por los principios generales del derecho que, para nuestra legislación, reposa en el artículo 7º del Código Civil y Comercial, que dice:

> ... a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, salvo disposición en contrario. La retroactividad establecida no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.

66. Chiovenda, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal civil* (trad. de José Casais y Santaló), Madrid, Reus, 1977, T. I, p. 151.

67. Rosenberg, Leo, *Tratado de Derecho Procesal civil* (trad. de Angela Romero Vera), Buenos Aires, Ejea, 1955, T. I, p. 37.

68. Cfr. Mercader, Amílcar, "La función interpretadora del juez en la sentencia", *JA* 1947-II-498.

Esta disposición es orientativa pero no consagra la irretroactividad expresa de la norma procesal, salvo en materia penal cuando la novedad legislativa sea más beneficiosa. No hay que olvidar que el principio según el cual las leyes solo disponen para lo futuro carece de jerarquía constitucional, siendo por consiguiente inobjetable su aplicación retroactiva siempre que no comporte lesión a derechos adquiridos, es decir, definitivamente incorporados al patrimonio de la persona a la que dichas normas se pretende aplicar.[69] Esta idea se sustenta en la necesidad de dar solución y respuesta a los efectos jurídicos deducidos de la relación procesal trabada en el proceso, que se verían alterados con el dictado de una ley procesal nueva.

En rigor, no existe tal retroactividad, porque las consecuencias que se modifican son las adjetivas, es decir las que refieren al procedimiento, sin que incidan en el curso de la relación material que continúa en el norte de las normas sustanciales.

El principio de ejecución, por ejemplo, se da en los siguientes supuestos:

a. La retroactividad implícita de la norma procesal no puede afectar la validez de los actos procesales ya cumplidos. Sin embargo, puede modificar la competencia asignada y las formas que deben adecuarse al nuevo proceso.
b. Los actos procesales que se encuentran en curso o tienen "principio de ejecución" requieren de análisis propio porque pueden generar consecuencias diferentes según el acto de que se trate. Algunos se cumplen en un solo momento (*v. gr.* contestación de la demanda), otros son secuenciales y progresivos (*v. gr.* recurso interpuesto que se funda posteriormente) y algunos más se desenvuelven en etapas consecutivas (*v. gr.* prueba); por eso cada uno debe analizarse al conjuro de su peculiaridad para deducir cuándo se inicia y en qué momento la ley lo afecta o no.
c. Si fuesen dictadas normas procesales que estructuran nuevos tipos de procedimientos, estos solo podrán aplicarse hacia el futuro.

En conjunto se persigue afianzar el principio de protección a la seguridad jurídica que establece la continuidad de un régimen conocido y en

69. CSJN, Fallos: 251:78; 256:537; 302:263 entre otros.

curso de ejecución. No obstante, la jurisprudencia tiene dos posiciones al respecto. Por un lado, uniendo el principio de la irretroactividad con la seguridad jurídica para darle alcance de garantía (y en consecuencia sostener la irretroactividad); por otro, autorizar la nueva legislación cuando la anterior socava principios superiores que no benefician a las partes.

El sistema del efecto inmediato consiste en que la ley nueva toma la relación o situación jurídica en el estado en que se encontraba al tiempo de ser sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos, en tanto que a los concluidos se los considera regidos por la ley vigente al tiempo que se desarrollaron.

Este mecanismo, a nuestro entender, es el que mejor protege la seguridad jurídica, y es la lectura axiológica que se propone para las normas procesales. Acompaña la interpretación la inteligencia que acuerdan los principios generales del derecho.

17. Vigencia de la norma procesal en el espacio

Las normas procesales están sujetas al principio de territorialidad de la ley, *lex fori*, que impide remitir efectos fuera de la jurisdicción donde se aplica. Ello no obstruye que otra norma (extranjera) procesal tenga efectos ante los jueces nacionales si hubiese atravesado el procedimiento del exequátur, aun cuando en este supuesto,

> … no media la recepción o adopción de normas extranjeras en el ordenamiento jurídico del país, sino que este se limita a remitir tales normas, que no pierden por ello su condición de extranjeras, y solo actúan como presupuesto establecido para la aplicación de las normas propias.[70]

Igual es posible constatar que, como sucede en gran parte de las vinculaciones humanas, los actos no siempre se desarrollan en solo un territorio. Puede ocurrir que deba practicarse una prueba en el extranjero; una notificación en extraña jurisdicción; etcétera. Para Guasp la solución tiene dos posibilidades: o que todo el proceso se rija por el principio de unidades legislativas, es decir el principio de la regulación conjunta; o bien por leyes diferentes que llama principio de la regulación aislada.[71]

70. Palacio, Lino, *Derecho Procesal, op. cit.*, p. 56.
71. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal, op. cit.*, p. 65.

La práctica demuestra la necesidad del segundo sistema. No obstante, existe en el Derecho Internacional Privado la regla *locus regit actum*, por el cual los actos del proceso se rigen por la ley del lugar donde se practican, condición que hoy se mecaniza a partir de distintos convenios de cooperación procesal.

18. Integración de la norma procesal

El Código Civil y Comercial dice en el artículo 8 con el título de Principio de inexcusabilidad que: *La ignorancia de las leyes no sirve de excusa para su cumplimiento, si la excepción no está autorizada por el ordenamiento jurídico*. Esta norma introduce un problema ajeno a la interpretación, porque el déficit acusado radica en la ausencia de una solución práctica en la ley; la consecuencia que de los hechos se espera no existe y si la tiene, es ambigua y confusa impidiendo su aplicación.

Son las denominadas lagunas de la ley, que el Derecho Procesal trata de superar sobre la base de la posibilidad creadora que tiene en la realización del derecho.

Para Carnelutti, se trata de actos imprevistos a los que pueden darse solución con la analogía o el juicio singular:

> En teoría se habla de autointegración o de heterointegración para significar que la primera obtiene la soldadura del sistema con la ley misma; la segunda, con un medio diverso, que es la intervención del juez. Cuando se recurre a este segundo expediente, el juicio en torno al valor del acto corresponde exclusivamente al juez; en estos casos se habla de juicio de equidad en lugar de juicio de legalidad.[72]

La diferencia con la interpretación es cualitativa, porque cuando se infiere el alcance de una norma, el juez pondera los valores de un tiempo y de una inspiración pasada, aun sabiendo que el pensamiento jurídico otrora asignado a la ley no transporta con absoluta identidad las necesidades concretas del ayer al presente. Pero esa permeabilidad a la transformación consigue enriquecer la labor jurisdiccional.

En cambio, el esfuerzo de integración pone en marcha todo un mecanismo de asistencia que colabora solidariamente y mutuante en

72. Carnelutti, Francesco, *Derecho y Proceso* (trad. de Santiago Sentis Melendo), Buenos Aires, Ejea, 1971, p. 20.

la búsqueda de una solución justa. Aquí hay deducción, y como dice el artículo 2 del Código Civil y Comercial, que ha de servir como norma guía: "La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento".

Esta investigación conduce a ver que la analogía, viejo procedimiento interpretativo de la ley, debe aplicarse con prudencia y exige que concurran las siguientes condiciones: a) que el caso no esté expresamente previsto; b) que haya afinidad de hecho y relación precisa entre el caso contemplado por la ley y el conflicto llevado ante los tribunales; c) que haya identidad de razones para resolver el conflicto en la misma forma en que lo hace la ley análoga; d) que la diversidad de hipótesis afecte solo aspectos no esenciales y, finalmente, e) que el resultado sea racional (art. 3 del Código Civil y Comercial).

Además, uno de los extremos a los que debe responder la aplicación de toda consecuencia jurídica está en su adecuación a los principios de un orden justo; o principios del derecho natural, o generales del derecho, mediante cuya sujeción reciben las leyes positivas su sustancia de justicia y su intrínseca y absoluta obligatoriedad.

La ley, para ser tal, debe subordinarse a esos principios cardinales –universales y necesarios– porque la ley injusta no es una verdadera ley.

Capítulo IV
Acción

19. La acción como fundamento del Derecho Procesal

La acción es uno de los capítulos más importantes de la teoría general del proceso, porque desde ella se interpretan cuestiones como el acceso a la justicia, quiénes pueden ser partes en una controversia judicial, la capacidad exigida para postular ante los tribunales, entre otros temas de interés que se desarrollan en este capítulo.

Es evidente que el término "acción" contiene diversas acepciones que se apartan del vocablo original del cual proviene (latín: *actio* y este de *agere*: actuar), por eso confunde al investigador y produce la dispersión de conceptos según el ángulo que focalice el estudio.

Al Derecho Procesal le importa la acción como actividad de las partes y, más concretamente, del que formula el reclamo al órgano jurisdiccional.

Si en sus orígenes el hombre no necesitaba de los jueces dado que primaba la fuerza como respuesta y composición a los disturbios entre ellos; con la sociedad organizada, el Estado cobra una importancia singular, trascendente. Se apropia de esa posibilidad de autotutela y legitima el uso de la fuerza en instituciones legalmente establecidas.

Los jueces son producto de esa organización que viene a sustituir la voluntad de los particulares. Se origina la jurisdicción, como un poder independiente al que se le debe respeto y sumisión; pero obligada al mismo tiempo a resolver con justicia y equidad los conflictos de intereses que suceden en esa comunidad organizada. El proceso civil germina sobre esta idea: todo proceso se inicia a solicitud de parte ante un tribunal que debe oír sus pretensiones.

Ahora bien, la escasez de los bienes de la vida origina naturalmente el conflicto entre individuos. Aun obteniéndolos, pueden a su vez

ser desconocidos o cercenados por otros, lo que da motivo para que el hombre reclame la protección jurisdiccional del derecho que ostenta.

El interrogante que plantea el Derecho Procesal es si ese derecho subjetivo es el mismo derecho que permite el ejercicio de la acción o, en su caso, si la acción deriva del derecho sustancial, o es su proyección.

La cuestión trasciende la ciencia del proceso, insertándose en otras disciplinas como el Derecho Constitucional y el derecho político, e interesa sobremanera a la teoría general del derecho.

20. La *actio* del Derecho Romano

Saber si para actuar ante los jueces se necesita la titularidad en el derecho afectado o basta con el interés legítimo o fundado para hacerlo es una cuestión que tiene origen en el Derecho Romano.

Ello es consecuencia lógica de la organización y método que impuso a sus instituciones, sobre todo en lo referente a la unidad del sistema jurídico establecido que, en perspectiva política, importó la consagración del orden y la justicia.

La idea de *dar a cada uno lo suyo*, en el marco de convivencia de una comunidad, fue la identificación práctica del principio de organización de la estructura de la sociedad. Nunca fue puesto en duda el Derecho como instrumento de realización externa de la utilidad de ese orden, imponiendo al desventurado que infringía lesión a ese presupuesto ideal el castigo en su persona y, tiempo después, en sus bienes.

Por eso el Derecho gestó dos fines inmediatos: su servicio al destino del hombre, y su naturaleza francamente institucional de la paz que definió el orden social.

No obstante, jamás podría afirmarse esta conclusión como natural y consecuente de la obra del Derecho Romano. Tal confirmación supondría relegar la inseguridad de los antecedentes e, inclusive, la posibilidad de que el Imperio hubiera tomado como modelo la filosofía o esquema de otra sociedad. Recuérdese que, en materia procesal, las principales investigaciones son del siglo XIX, robusteciendo algunas hipótesis el descubrimiento de Niebuhr, en Verona, en 1816.

En suma, tal como dice Ihering y reproduce Mercader, si la creación del derecho responde a procesos largos y lentos que se dan en

instantes determinados, no sería razonable ir a buscar el momento histórico en que nace la acción.[73]

La ausencia de certidumbre obliga a una observación metódica y cauta respecto del Derecho Romano.

La historia refiere a tres períodos que regularon diversamente sus sistemas judiciales. Originariamente, las acciones de ley (*legis actionis*) reglamentaron la actividad procesal sobre la base de tres principios inalterables: precisión, solemnidad y formalismo. Esto suponía que la invocación a la justicia guardaba cierta esencia divina, lo cual es evidente en el Derecho Civil donde la ley es sagrada y secreta, quedando en manos de los pontífices la posibilidad de conceder su señorío. El individuo que deseaba la protección debía acudir a ellos para que les enseñaran los modos de presentación del reclamo, insinuándose la conveniencia de estar asistidos por patronos.[74]

Esta conjunción entre el ejercicio del derecho ostentado como miembro de la colectividad y la acción ante la justicia lleva a que los historiadores establezcan una absoluta identidad entre ambos. La actitud oculta y jactanciosa que hacían los pontífices de su función privilegiada motivó serias resistencias en las familias patricias y más tarde, también en los plebeyos. Los progresivos ataques hacia esa ritualidad exacerbada que emanaba del secreto favorecido por el Estado dieron lugar al primer cuerpo orgánico escrito de Derecho: las XII Tablas. No obstante, la interpretación y funcionalidad de estos preceptos no cambiaron de manos.

Empero, cuando accede la plebe al Colegio Pontificial, los privilegios se evaporan en secuencias sucesivas, hasta llegar a la publicación de las *legis actionis* que eran una especie de repertorios generales relativos al modo de entablar y resolver negocios jurídicos.

La actividad judicial, en tanto, continuaba secularizada y solemne, para caer en un absoluto descrédito por la inutilidad que suponía su funcionamiento ritual.

La Ley Aebutia suprimió las acciones de la ley dando lugar al procedimiento formulario que representaba un sensible cambio en las

73. Mercader, Amílcar, *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*, Buenos Aires, Depalma, 1944, p. 33.

74. El término "honorario" encuentra justificación en el honor que dispensaba el *advocatus* al individuo, que por no conocer el derecho ni su técnica de exposición, necesitaba de asistencia.

tradiciones. En primer lugar se apartó el carácter sacramental de la postulación, aunque el sistema no perdió su condición formal. El proceso judicial se cumple en etapas; la primera de ellas suscita la intervención del pretor, quien como funcionario conocedor del Derecho redactaba previamente modelos de presentación que estaban a disposición de los litigantes.

La fórmula era, en cierto sentido, un "esquema de acción" –como dice Wenger– y trasunta propiamente la demanda.

> De acuerdo con la opinión más corriente, la fórmula se originó en la costumbre del Pretor peregrino de redactar, con ayuda de las partes y de los testigos presenciales del acto de la *litis contestatio*, un resumen estricto, con el nombre de las partes, el objeto de la controversia, las razones alegadas, etc. que debía servir de norma al juez en la investigación de la verdad. El Pretor peregrino juzgaba a los extranjeros conforme al derecho de gentes y puesto que el sistema de las acciones de ley, era inaccesible a los peregrinos, la verdad es que no podían valerse de este procedimiento, exclusivo de los ciudadanos romanos.[75]

Las partes que contenían la fórmula representan, cada una, el esbozo de la pretensión reclamada: a) la *demonstratio* era el fundamento jurídico; b) la *intentio*, la petición concreta; c) la *adjudicatio* fue la alternativa del magistrado para resolver en una u otra de las formas que se proponía y, d) la *condemnatio* era la potestad del juez de condenar o absolver.

De esta época es la definición de Celso: *nihil alliud est actio quam jus quod sibi debeatur iudicio persequendi* (la acción no es sino el derecho a perseguir en juicio lo que a uno se le debe), demostrando que la acción residía en el *ius persequendi*, permitiendo al pretor conceder o negar la fórmula. Evidente fue que el actor tenía una opción de ejercicio independiente del derecho que asistía.

Cuando este procedimiento es reemplazado por la *extraordinaria cognitio*, se suprime definitivamente la fórmula y con él la separación entre el derecho y la acción.

Ahora el Estado unifica en la sentencia ambos conceptos, pues en ella descargó prácticamente toda la actividad litigiosa. Inclusive, la *litis contestatio* pierde su fisonomía contradictoria que hacía a la naturaleza esencial de la controversia, para sumirse en un acto más del procedi-

75. Cuenca, Humberto, *Proceso Civil Romano*, Buenos Aires, Ejea, 1957, p. 55.

miento. Obsérvese que la identidad referida llega al punto de permitir al magistrado –por razones de equidad– innovar en el planteo originario.

Sobre la base de este tercer período romano se ha desenvuelto toda la teoría posterior de la acción; favorecida además por la entronización que se eleva del derecho positivo, especialmente, del derecho civil.

21. La escuela clásica

Precisamente, sobre la base orquestada por el derecho privado tiene origen la denominada doctrina civilista de la acción. El concepto arraigadamente privado que se asigna al proceso tiene como fundamento la equivalencia absoluta entre el derecho y la acción.

No se distingue entre ambas nociones, sencillamente porque sostienen que la acción no es otra cosa que el derecho mismo deducido judicialmente.[76] Otros sin llegar a la plena confusión pensaron que tal ejercicio no era un derecho de la categoría jurídica tradicionalmente reconocida, pero suponía la posibilidad de realizarlo a través del juicio.[77] Criterio que comparte la doctrina civilista francesa, en especial Demolombe, Demante y Aubry y Rau.[78]

Entre los autores de habla hispana, comparten el concepto con alguna variante (derecho en ejercicio), Manresa, Reus y Miquel, en tanto Vicente y Caravantes dijo que "la acción era el medio legítimo de reclamar en juicio los derechos que nos competen".[79]

Savigny fue el primero que intentó restituir al derecho la verdadera posición, dando primacía al derecho sustancial y dejando a la acción como una función de garantía. Si el derecho era violado, se ponía en mo-

76. Planiol, Marcel; Ripert, George, *Traité élémentaire de droit civil Français*, París, 1928, T. I, p. 733 y ss.; Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Civil (Jurisdicción, acción y proceso)*, Buenos Aires, Ediar, 1992, T. I, p. 68.

77. Pothier, Robert, *Pandet y Traité de la communauté*, reg.: iuris nº 1436, p. 70; Mercader, Amilcar, *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*, pp. 52 y 53.

78. Demolombe, Jean-Charles, *Cours de Codice Civil*, Tomo IX, N° 388. Demante, Antoine Marie, *Cours analytique de Codice Civil*, Tomo II nº 151. Aubry, Charles; Rau, Charles, *Droit civil français*, Tomo VIII, p. 118; todas citas de Mercader, *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico, op. cit.*, pp. 52 y 53.

79. Vicente y Caravantes, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil según la nueva ley de enjuiciamiento con sus correspondientes formularios*, Madrid, Gaspar y Roig, 1856, T. II, p. 6 y ss.

vimiento la acción. De aquí su elocuente expresión por la que ve en ella "... el aspecto particular que todo derecho asume a consecuencia de su lesión". Gráficamente era "el derecho en estado de defensa, pertrechado para la guerra que vivir en el proceso no como un derecho autónomo sino como un momento más en la vida del derecho".[80]

La idea es continuada por comentaristas de la talla de Garsonett, Bru y Japiot. También Glasson y Tissier, que apuntaron que "era el derecho mismo ejercido judicialmente; el derecho en su estado de lucha".[81]

Vélez Sarsfield, en nuestro país, no se manifestó expresamente sobre el tema, pero la filosofía que surge de los ya derogados artículos 515, 2558, 2765, 2757, 3955, entre otros, parece indicar la sinonimia entendida entre la acción y el derecho.[82]

Resulta claro el trasfondo que capitaliza el derecho material en toda esta teoría. La relación subjetiva trabada en las estipulaciones particulares originó siempre un señorío de la voluntad sobre las cosas o la persona obligada, y por consecuencia, llevaban implícita la acción para hacerla efectiva. "El derecho era pura acción, y la acción el derecho subjetivo por antonomasia".[83]

Es propio de la teoría clásica emparentar la acción de pedir ante los jueces con el derecho de propiedad que, por su carácter subjetivo que impone afectación directa y titularidad, estaba presente en las codificaciones de la época. El Código Civil francés testimonia la influencia.

De todos modos interesa observar que a medida que pasa el tiempo va ocurriendo cierta diferencia en los autores, sobre todo a partir de Savigny. La concepción enraizada que identifica el derecho de fondo con su reclamo jurisdiccional fue tomándose como algo diferenciado; así por ejemplo Glasson, en su obra sobre los procedimientos civiles,

80. De Savigny, Federico Carlos, *Sistema de derecho romano actual* (trad. de Jacinto Mesia y Manuel Poley), Madrid, Góngora, T. I, p. 293 y ss.

81. Garsonnet, Eugene, *Traité théroque et practique de procédure*, París, 1989, (2ª ed.), T. I, p. 483. César-Bru, Charles, *Traité de procedure civile*, París, T. I, p. 530; Japiot, René, *Traité elementaire de procedure civile et comerciale*, París, 1935.

82. Lascano, David, *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico*, prólogo a la obra de Mercader, p. X.

83. Ibídem, p. XI.

expresa que: "la acción es la sanción de otro derecho sea un derecho real, personal o de crédito".[84]

22. Autonomía de la acción. La teoría moderna

En 1856 comienza la separación entre los conceptos. Por entonces Windscheid,[85] pandectista alemán, publica en Düsseldorf su libro *La acción del derecho civil romano desde el punto de vista del derecho actual*, sosteniendo que cuando los romanos ejercían el derecho de acción procurando de este modo la tutela jurídica, no identificaban el derecho vulnerado con el acto cumplido; en realidad dirigían una pretensión contra el adversario; que se transformaba en acción al hacerla valer en juicio. Esta pretensión, *anspruch*, podía reconocerse por el Estado a

84. Glasson, Ernerst, *Précis théorique et practique de procedure civile*, París, 2ª ed., T. I, 1908, p. 223.

85. Nació el 26 de junio de 1817 en Düsseldorf y murió en Leipzig el 26 de octubre de 1892. Cursó estudios en las Universidades de Berlín y Bonn, doctorándose en esta el 22 de diciembre de 1838. Hizo la "libera docencia" en 1840, y en 1847 fue nombrado profesor de Derecho Romano y de Derecho Civil francés de la Universidad de Bonn; en el mismo año fue llamado como catedrático en la Universidad de Basilea, de donde pasó luego a las de Greifswald (1852), Munich (1857), Heidelberg (1871) y Leipzig (1874), donde murió. En 1874 fue nombrado miembro de la comisión encargada de redactar el proyecto de Código Civil alemán, en la cual trabajó desde 1879 hasta 1833. La obra que le dio más fama fue el *Lehrbuch des Pandektenrechts (Tratado del Derecho de pandectas)* Düsseldorf 1862-70; 9° ed., con interesantes adiciones de T. Kipp, Francfort del Main (1906), que influyó en gran medida sobre el CC alemán y que indudablemente constituye el mejor resumen de la doctrina pandectista. Por esta razón sus trabajos influenciaron extraordinariamente la labor doctrinaria de muchos países, como Italia, donde se hizo una traducción anotada por Fadda y Bensa, que luego continuó P. Bonfante. Además del Lehrbuch, escribió otras monografías que pueden considerarse preparatorias o desarrollos del mismo. Son: *Die Lehre des romischen Rechts van der Varaussetzung (La teoría del presupuesto –de los negocios jurídicos– en el derecho romano)*, Düsseldorf, 1850; "Die Singularsuccessian in Obligatianen" (La sucesión singular en las obligaciones), en Krit Ueberschau, Munich 1853; "Recht und Rechtswissenschaft" (Derecho y ciencia del Derecho), Greifswald 1854; "Die Aktie des römischen Civilrechts van Standpunkt des heutigen Rechts" (La acción del Derecho civil romano desde el punto de vista del Derecho actual), Düsseldorf 1856; "Die Actia. Abwehr gegen T. Muther" (La acción. Réplica a Muther), Düsseldorf 1857; "Grundriss zu Pandekten Vorlesungen" (Compendio entre las lecciones de Pandectas), Munich 1858; "Wille und Willenserkliirung" (Voluntad y declaración de voluntad), Leipzig 1878 (publicado también en Archiv I. de. civil. Praxis 1880), etc. Algunos discursos y monografías de Windscheid fueron reunidos por Paul Oertmann en la obra *Gesammelte Reden und Abhandlungen* (*Discursos y trabajos reunidos*), 1904.

través de la sentencia correspondiente, o por el mismo particular que decidiera por sí mismo componer el conflicto. Por eso la acción no era otra cosa que la pretensión jurídica deducida en el proceso.

Al diferenciar el concepto romano de la *actio* resalta que el cambio estaba en que el concepto moderno no era similar aunque existía un paralelismo. Para los romanos la *actio* era el *prius*, porque tenía un valor creador; en cambio, el Derecho el *posterius*, era solamente una consecuencia. El Derecho estaba al servicio de la *actio*. Para los modernos, el Derecho es el *prius*, la acción el *posterius*; el Derecho es lo que crea, la acción es lo creado. Por eso la acción está al servicio del Derecho. La *actio* moderna está en el lugar del Derecho, vinculada a un derecho subjetivo material violado, del que asegura su tutela. La *actio* es la expresión del Derecho. Las fuentes romanas reconocen la *actio* –dice Windscheid– a quien no ha sufrido aún ninguna violación.

Con anterioridad a Windscheid, el romanista francés Ortolan advirtió los cambios de significados que el término *actio* tenía con relación a los diversos sistemas procesales, pero nadie había pensado poner en duda ni la sustancial afinidad entre la figura tradicional y la denominada "moderna", ni la legitimidad de subsumir ambas en una definición comprensiva. Los romanos entendían la acción como un poder de accionar en el proceso, de promover a través del juicio un resultado que comúnmente consistía en la tutela de una situación sustancial preexistente, o sea, en la actuación de la sanción por ella prevista.

Con la teorización de Windscheid se separa definitivamente la investigación histórica del Derecho Romano, de los estudios de la dogmática civil y procesal, sustrayéndola en adelante de la directa influencia de las fuentes romanas.

Explicando la teoría, Chiovenda señaló que, para la época en que se emite la exposición, existía en Alemania una doble terminología: la *actio* y la *klage*. La primera representaba el derecho mismo, concebido como una potestad derivada de la reacción que surge contra la violación de derecho. A su vez, la *klage* era un concepto creado por los juristas medievales *klagerecht*: derecho de accionar) que no tenía reconocimiento en el Derecho Romano. La idea partía de ver en la acción un derecho contra el Estado (querella, queja) tendiente a provocar la actividad del poder público; la *actio* romana era predominantemente

una afirmación del derecho contra el adversario, en tanto que la *klage* era una invocación al juez.[86]

Windscheid, entonces, había descartado a la *actio* para asumir con la *klage* la fundamentación de su idea. En suma, la pretensión transformada en acción al hacerla valer en juicio daba la posibilidad de exigirle al oponente un comportamiento determinado.

La posición mereció la crítica de Muther, quien en 1857 edita en Erlangen (Baviera): *La teoría de la acción romana y el derecho moderno de obrar*, sosteniendo que la acción es un derecho público subjetivo mediante el cual se obtiene la tutela jurídica *(rechtssutzanspruch)* y se dirige contra el Estado para la obtención de una sentencia favorable, y contra el demandado para el cumplimiento de una prestación insatisfecha. La acción tiene como presupuesto la existencia de un derecho privado y su violación, pero aunque está condicionada por el derecho subjetivo es independiente de este y su regulación corresponde al derecho público.[87]

Con esta concepción se genera la famosa polémica que da origen a la autonomía de la acción. En realidad, compartiendo la opinión de Mercader, más que un debate ideológico existe una integración entre ambas teorías, porque la figura de la *anspruch* (pretensión) a la que Windscheid asignó un solo sentido, fue completada por Muther en un doble aspecto: como acción dirigida hacia el Estado en demanda de protección jurisdiccional; y otra que se vuelve hacia el deudor para que cumpla la prestación a que se obligó.[88]

La obra de los pandectistas sirvió para desplazar el procedimiento del cuadrante hasta entonces signado por el derecho material. Se demostró la heterogeneidad de este respecto de cada medio de defensa de los particulares y, esencialmente, para revelar la importancia del proceso como ciencia autónoma diversa del derecho civil.

Referidos concretamente al problema de la acción, es probable que la lectura de esta confrontación no clarifique la distinción entre la acción y el derecho subjetivo, máxime cuando introduce un concepto nuevo como es la pretensión. Sin embargo, el camino de la escisión

86. Alsina, Hugo, "Naturaleza jurídica de la acción" en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, 1952-I, p. 189.

87. Ibídem, p. 192.

88. Mercader, Amílcar, *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico, op. cit.*, p. 62.

quedó trazado, y a partir de ahora las referencias serán de contenido moderno, sin relacionar al Derecho Romano.

23. Proyecciones de la polémica. La acción como derecho abstracto

En 1878 Degenkolb pretende ir más allá de la autonomía alcanzada; quiere conseguir la total y absoluta desvinculación entre el derecho y la acción.

Hasta entonces, toda la suerte del proceso había estado marcada por el Derecho Civil, tomando de él sus preconceptos y concreciones para deducir un determinado resultado. Para este autor, la acción no es el derecho, ni lo supone, simplemente es la afirmación de su existencia. De este modo, la expectativa de obtener una sentencia favorable es absolutamente contingente; tanto ejerce la acción quien resulta triunfador en el proceso como quien lo pierde.

La teoría quiere demostrar que la acción es un derecho abstracto, que le corresponde a cualquiera, tenga o no razón. Por eso, es posible pensar en una demanda infundada. En síntesis, la acción sería una facultad que de instaurarse se plantea contra el Estado y contra la otra parte, siendo suficiente para ello creerse asistido de razón.

Por primera vez, se explica la posibilidad de tramitar todo un proceso, desde la demanda hasta la sentencia, sin necesidad de relacionar al derecho que tiene quien lo ha promovido, de ahí el carácter abstracto.

En 1880, Plosz considera también a la acción como un derecho autónomo y abstracto, y en la misma línea aparecen Alfredo y Ugo Rocco, Carnelutti, Zanzuchi, Mortara, Kohler y Couture, todos ellos con matices particulares. Por ejemplo, Ugo Rocco participó de la corriente, pero le criticó su carácter pasivo, afirmando que tanto al actor como al demandado, la ley procesal les reconoce verdaderas "pretensiones" frente al juez, que se dividen en tantas *facultas exigendi* cuanto sean los actos que aquel está obligado a cumplir o realizar a solicitud de las partes.[89]

En este sentido, define a la acción como:

> … un derecho subjetivo público del individuo para con el Estado, que tiene como contenido sustancial el interés abstracto a la intervención del

89. Rocco, Ugo, *Derecho Procesal Civil*, México, Porrúa, 1939, p. 161.

> Estado para la eliminación de los obstáculos, que la incertidumbre o la inobservancia de la norma aplicable en el caso concreto, pueden oponer a la realización de los intereses protegidos.[90]

Para Alfredo Rocco, la acción es un derecho subjetivo público contra el Estado, en orden a la actividad jurisdiccional de este para eliminar la incertidumbre del derecho;[91] como se ve, prácticamente una identificación total con el pensamiento de su hermano.

Carnelutti califica a la acción como un derecho subjetivo público de las partes, que es independiente del derecho subjetivo material y netamente diferenciable de este último tanto en el contenido como en el sujeto pasivo:

> ... el derecho subjetivo material –dice– tiene por contenido la prevalencia del interés en *litis*, y por sujeto pasivo a la otra parte; el derecho subjetivo procesal tiene por contenido la prevalencia del interés en la composición de la *litis* y por sujeto pasivo al juez, o en general, al miembro del oficio a quien corresponde proveer sobre la demanda propuesta por una parte.[92]

La teoría abstracta de la acción significó la consagración publicística de la ciencia procesal. El proceso encuentra su fundamento a partir de la iniciativa particular, y es el interés el que va a determinar la naturaleza jurídica. Años después, esta posición se relacionará con el Derecho Constitucional, cuando el derecho de acción resulta explicado como un derecho de petición a las autoridades.

La crítica de esta posición sostiene que ella confunde el proceso de acción con la mera facultad jurídica de obrar; además, para compartir la tesis es preciso poder dar razón a quien la tiene y a quien no la posee, pues este último puede pedir que el juez declare si la tiene o no; pero en cualquier caso la acción obtiene como fundamento una pretensión que, si progresa, hace que aquella sea admitida, y en caso contrario determinará su rechazo.[93]

---

90. Ídem.

91. Rocco, Alfredo, *La sentencia civil* (trad. de Mariano Ovejero), México, Porrúa, 1944, p. 127.

92. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ejea, 1973, T. I, p. 315 y ss.

93. Alsina, Hugo, *Naturaleza jurídica de la acción*, *op. cit.*, pp. 196-197.

24. La acción como derecho concreto

La teoría anterior estableció una notoria diferencia entre el derecho y la acción, que obligó a un ajuste de conceptos más conciliable con la realidad. No era tan cierta la afirmación efectuada respecto de que cualquiera, con o sin razón, tenía derecho al proceso. En los hechos, quien formulaba una demanda portaba implícitamente un derecho subjetivo que consideraba afectado, y le daba razones más que suficientes para actuar ante la justicia.

Bien dice Ramos Méndez que

> … el litigante no presta atención a su derecho de acudir a los tribunales de justicia. Lo que verdaderamente interesa al particular es obtener un fallo judicial a su favor y para el caso incoa el proceso.[94]

Con esta realidad confrontada, Wach sostiene en 1885 el carácter concreto de la acción. En efecto, la acción resulta para el autor –que sigue la inspiración de Muther– un derecho de carácter público y concreto, en la medida en que, respectivamente, se dirige contra el Estado y solo pertenece a quienes tienen derecho a una sentencia favorable.

En cambio se aparta de Muther al observar que la acción no tiene como presupuesto necesario la violación de un derecho subjetivo, como en las acciones declarativas donde es suficiente ostentar interés en su promoción, de manera que con ella fundaría el derecho a la tutela jurídica.[95]

Sin embargo, la vinculación que entabla entre la posibilidad de tutela sujeta a la razón de la demanda, que permite esperar con expectativa resuelta y favorable una sentencia a su favor, cae sin pensarlo en una natural incongruencia: fuera del derecho protegido, o del derecho que después ha de triunfar en la sentencia, la acción no existe.[96]

A pesar del reparo señalado, apoyándose en la teoría desenvuelta, numerosos autores siguieron la línea. Goldschmidt recibió la noción de tutela jurídica, pero le dio más importancia a la función del Estado que a la obligación personal del adversario. Denomina así a la acción como un derecho público subjetivo (con el contenido de pretensión de

94. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho y proceso*, Barcelona, Bosch, 1979, p. 66.
95. Wach, Adolf, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ejea, 1962, p. 46.
96. Mercader, Amílcar, *La acción. Su naturaleza dentro del orden jurídico, op. cit.*, p. 56.

sentencia) dirigido contra el Estado para obtener la tutela jurídica del mismo mediante sentencia favorable.

Agrega el profesor de Berlín que Wach había afirmado que existe un deber del demandado de soportar los actos de tutela jurídica del Estado; pero este deber no es tal frente al demandante sino frente al Estado, y en verdad, al menos a primera vista, no supone sino la situación ordinaria de sumisión al Estado, aunque delimitada jurídicamente. En suma: el derecho a la acción, por la relación en que se encuentra con el estado de sometimiento a la soberanía estatal, será un derecho contra el Estado, cuya carga recae sobre el demandado.

Por eso concluye que

> La acción procesal como objeto concreto del proceso, es un derecho justiciario de carácter material, no de carácter procesal. No es una pretensión (acción o derecho) preprocesal o supraprocesal más que desde el punto de vista de la concepción civilística corriente, que supone la existencia de presupuestos. Para la concepción procesalista, según la cual el fin del proceso es hacer evidente el derecho discutido, es, antes y durante el proceso, la posibilidad de obtener una sentencia favorable, y después de terminados los debates, la expectativa de la misma.[97]

La doctrina de Wach encontró eco también en autores como Hellwig, Weismann y Laband[98] entre otros, pero va a ser Chiovenda quien la desarrollará convincentemente.

25. La acción como derecho potestativo

En 1903, Chiovenda expone la famosa prolusión sobre la acción en el sistema de derechos, en oportunidad de hacerse cargo de su cátedra en la Universidad de Bolonia (Italia). Vuelve el insigne maestro a colocarse en el punto de partida para demostrar que toda acción se ejercita cuando el derecho ha sido menoscabado.

97. Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil* (trad. de Leonardo Prieto Castro), Barcelona, Labor, 1936, pp. 96 y 97

98. Hellwig, Konrad, *Klagerecht und Klagemoglichkeit*, Leipzig, 1905; Weismann, August, *Lehrbuch des deutschen Zivilprocessrechts*, Stuttgart, 1903.

En efecto,

> … las normas jurídicas tienden a actuarse. La coacción es inherente a la idea del derecho, no en el sentido de que para tener un derecho se deba poder actuarlo efectivamente, sino en el de que aquel tiende a actuarse mediante todas las fuerzas que de hecho se encuentran a su disposición. Siendo el fin principal de una obligación jurídica la ejecución de la ley, dícese cumplir la ley quien se conforma con sus mandatos. Pero no todas las normas que regulan las relaciones entre los sujetos jurídicos son ejecutables por el obligado, ni todas esas normas tienen una naturaleza adecuada para poderse ejecutar por el particular. En muchos casos la actuación del derecho es realizada por órganos públicos. Pero estos órganos ya proveen a la aplicación de la ley por su iniciativa, por deber de oficio, ya pueden hacerlo solamente a petición de parte; en estos últimos casos la actuación de la ley depende de una condición: de la manifestación de voluntad de un particular, el cual decimos que tiene acción.[99]

De esta forma califica a la acción como el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley. Este carácter potestativo que le atribuye, le corresponde frente al adversario sin que él pueda hacer algo para evitarlo, es decir, se sujeta a la acción pues desaparece con su ejercicio. Ello determina que tenga naturaleza pública o privada, según lo sea la norma cuya actuación produce; por eso "la acción es un bien y un derecho autónomo."[100]

Sin embargo, de la doctrina esbozada surge cierta confusión cuando vincula la acción con la obligación (esta última, en el sentido de que todo derecho supone una prestación, positiva o negativa, que se presenta como obligación en el momento del proceso), pues afirma que ellos "son dos derechos subjetivos distintos, que unidos llenan absolutamente la voluntad concreta de la ley que llamamos derecho objetivo".[101]

Advertido de la proximidad, y preocupado por su desvinculación, insiste en que la independencia y la autonomía de la acción se manifiesta con evidencia en los casos en los cuales la acción se encamina a obtener un bien que no puede ser prestado por ningún obligado, sino que únicamente en el proceso puede conseguirse, o tiende a un bien

99. Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Reus, 1922, p. 68 y ss.
100. Ibídem, p. 69.
101. Ibídem, p. 71.

sin que exista o sin que se sepa que existe ningún otro derecho subjetivo en quien tiene la acción.[102]

Con la teoría de los derechos potestativos se descarta el carácter público de la acción y se acentúa la condición de obtener sentencia favorable. La fuente de inspiración puede tomarse de la tesis de Wach aunque se aparta dudando de la existencia de un derecho contra el Estado y el adversario, corrigiendo la definición por un derecho que se tiene contra el oponente y frente al Estado.

El planteo fue receptado por Lanza, Brugi, De Luca, y principalmente por Calamandrei. El mérito de esta teoría radica en la sistematicidad de la investigación y en el método que por primera vez adquiere el estudio del Derecho Procesal. Este desarrollo, unido a la doctrina del proceso como relación entre partes y juzgador, consolida el cientificismo moderno.

Las observaciones que pueden formularse registran posiciones diversas según el tema puntual que se analice. Por ejemplo, con relación al carácter privado que se atribuye a la acción se funda en la particular relación entre la voluntad individual que ejercita el derecho y la organización jurídica. Al eliminar al Estado en la dirección de la tutela jurisdiccional que se persigue, se profundiza el contenido privado, y las críticas a ello provienen con sutilezas y matices.

La evolución posterior de las ideas lleva a controvertir el carácter público o privado de la acción y a desentrañar el destinatario a quien se dirige. Si bien ello ocurre a partir de Chiovenda, es indudable que

> … la neta separación entre la pretensión sustancial o derecho de exigir una prestación, que se dirige contra el obligado (sujeto pasivo) y la acción como derecho subjetivo público (que se dirige contra el Estado para obtener de él la tutela jurisdiccional) se debe principalmente a Wach.[103]

26. La acción como derecho público o privado

La discusión sobre la naturaleza pública o privada de la acción se puede corresponder con el carácter de las teorías expuestas, de modo

102. Ibídem, p. 73.

103. Reimundín, Ricardo, *Los conceptos de pretensión y acción en la doctrina actual*, Buenos Aires, Víctor P. de Zavalía, 1966, p. 35.

tal que sería pública para los autores que compartieron la naturaleza abstracta de la acción, y privada para quienes la analizaron como derecho a una sentencia favorable. Sin embargo, ello no puede ser más que una coincidencia, pues desde el punto de vista científico tal relación no importa un supuesto necesario.

Ocurre que, desde el planteo de Wach hasta el desenvolvimiento teórico de Chiovenda, fue acentuándose el carácter privado de la acción, fundamentalmente porque se tenía en cuenta la voluntad individual del que ponía en marcha el mecanismo de tutela judicial. No obstante, la doctrina posterior, a partir sí del reflejo provocado por la tesis abstracta, inicia un camino distinto.

Ugo Rocco, Alfredo Rocco, Carnelutti, Zanzuchi revelaron los puntos de vista de esta adopción.

Zanzuchi dijo que

> ... como consecuencia de la prohibición de la autodefensa, el Estado había asumido la obligación de hacer justicia y había concedido a los ciudadanos el derecho de acción. Por ello, no predomina en ella el derecho subjetivo sino una potestad consistente en el poder de poner los presupuestos necesarios para el ejercicio, en el caso concreto, de la función jurisdiccional, que corresponde al ciudadano como tal y al Estado mismo en la persona de uno de los órganos, el Ministerio Público; y si la potestad se ha hecho valer en la forma dispuesta por la ley, nace a favor de quien la ha ejercitado un verdadero derecho subjetivo frente al Estado, y por lo mismo frente a uno de sus órganos jurisdiccionales, a que este desarrolle su actividad jurisdiccional. El Estado tiene una obligación genérica y potencial de administrar justicia; el órgano invocado en el caso específico tiene una obligación actual y concreta. La potestad de actuar no corresponde solo al demandante, sino también al demandado, y puede hacerla valer del modo establecido por la ley, es decir, mediante la contestación de la demanda.[104]

También Carnelutti señaló que

> ... la acción se dirigía contra el Estado y no contra el demandado. Cuando se incoa la demanda, se produce un efecto inmediato que consiste en la providencia que debe emanar de la jurisdicción; por consiguiente, no sería lícito hablar de sujeción a la ley sino de sometimiento a la jurisdicción.

104. Zanzuchi, Marco, *Diritto processuale civile*, Milano, T. I, 1955; Montero Aroca, Juan, *Introducción al Derecho Procesal*, Madrid, Tecnos, 1976, p. 123.

> De este modo, la acción conserva su carácter público y se distingue del derecho subjetivo porque en aquel prevalece el interés en la justa composición del litigio, en tanto en el derecho material prevalece el interés en litigio; en suma: el interés protegido mediante la acción no es el interés en litigio sino el interés en cuanto a la justa composición del litigio.[105]

En esta línea se ubica Alfredo Rocco, al diferenciar un interés primario que es el derecho subjetivo material tutelado por el ordenamiento jurídico y un interés secundario, abstracto, independiente del anterior, a que el Estado intervenga para que sea posible la realización de los derechos subjetivos. Este interés secundario sería la acción, que corresponde a todos los ciudadanos en cuanto tales e incluso, a los extranjeros, es decir a todas las personas, y que constituye un verdadero derecho subjetivo que, considerado desde el aspecto sustancial, es el interés de obtener la intervención del Estado para la eliminación de los obstáculos que la incertidumbre o la inobservancia de la norma pone a la realización de los intereses tutelados, y que a su vez está protegido por el Derecho Procesal objetivo.[106]

27. La acción como derecho cívico

A esta altura, en los desarrollos analizados la doctrina comienza a reelaborar sus principios; existen nuevos planteos generados, sobre todo, por la transformación política de los Estados y la conmoción creada por el incesante intervencionismo estatal.

Fue así que los juristas observaron el papel que hegemónicamente cumplía el juez en el proceso, para desplazar la explicación de la naturaleza de la acción que otrora fuera a partir de las partes, ora se cumplía en la actividad jurisdiccional y en el fin que ello importaba.

> Una teoría que trate de explicar la naturaleza jurídica de la acción (el "qué es la acción") debe partir de la base necesaria de que cualquier súbdito tiene derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere su pretensión expuesta con arreglo a las formas dadas por la ley procesal.

105. Carnelutti, Francesco, *Derecho Procesal, op. cit.*, p. 356.
106. Rocco, Alfredo, *La sentencia civil,* Milano, 1962, p. 32 y ss.

> Este derecho es la porción mínima indiscutible de todo este fenómeno: el derecho a la prestación de la jurisdicción.[107]

Por primera vez la acción es colocada dentro de los derechos cívicos, esencialmente como una forma del derecho de petición. Es cierto que ya se hablaba de un derecho genérico de recurrir a los tribunales,[108] concibiendo tal ejercicio como un derecho abstracto. Pero es Couture quien fundará la importancia de esta posición sobre la base de considerar a la acción como un atributo de la personalidad y por ende, de carácter privado. No obstante, como al mismo tiempo en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, cobra inmediatamente carácter público.

Luego de diferenciar a la acción del derecho y de la pretensión, se dirige a demostrar que aquella nace con la supresión de la violencia privada, de manera que con la colectividad organizada sea posible advertir el carácter público de la acción. Esta, entonces, no procura la satisfacción de un interés particular sino también la satisfacción de un interés público.[109] En consecuencia, el derecho de acción es un derecho cívico fundamental que viene a impostarse en la parte dogmática de las Constituciones contemporáneas.

Carnelutti, quien durante varios años había planteado la problemática desde puntos de vista diversos, terminó por reconocerle a la acción carácter de derecho cívico, donde el interés protegido era el público, preocupado por la justa composición del litigio, desplazando al interés privado de las partes.[110]

Fairén Guillén, inspirado en la tesis de Carnelutti llega también a igual conclusión y afirma: "La acción es un derecho público subjetivo; el poder de mando en que él mismo consiste, está atribuido a uno de entre todos los interesados: al ciudadano que la interpone; se trata pues de un derecho cívico singular".[111]

---

107. Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1987, p. 71.

108. Furno, Carlo, *Disegno sistematico delle oposizione nel processo executivo*, Firenze, Apéndice, 1936, pp. 96 y 97.

109. Couture, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1979, T. I, p. 19.

110. Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Unión Tipográfica Editorial Hispanoamericana, T. I, p. 356.

111. Fairén Guillén, Víctor, "Acción", en *Revista de Derecho Procesal*, 1950-I, p. 48.

De este modo, agrega, quien interpone acción ejerce una función pública.

En la misma línea autores como Almagro Nosete y Montero Aroca, en España, Devis Echandía en Colombia, y entre los argentinos Alsina, Bidart Campos y Di Iorio, han actualizado el criterio, para emparentarlo profundamente con el derecho constitucional y hablar sin giro alguno de la existencia de un derecho jurisdiccional.

Almagro pone de relieve la necesidad de la jurisdicción para la certeza del derecho:

> Frente a la evidencia de que los derechos subjetivos pueden ejercitarse pacíficamente es preciso admitir que este ejercicio puede impedirse u obstaculizarse; bien sea porque sea dudosa la existencia del mismo, bien porque no están fijados sus límites y alcances, bien porque existen voluntades de incumplimiento, opuestas o resistentes a quien pretende el cumplimiento voluntario. Por tanto, habrá que conocer implícitos en la doctrina general de los derechos subjetivos dos fundamentales que se resumen en uno: el primero actúa como prius lógico del ordenamiento jurídico, un derecho a la certeza jurídica, a la seguridad jurídica, para saber el alcance da facultades y deberes; el segundo es un corolario de aquel, el derecho a la imposición coercitiva de prestaciones equivalentes cuando el derecho cierto no se satisfaga. Ambos integran el fin del derecho a la jurisdicción.[112]

En el mismo sentido Montero Aroca refiere a la constitucionalización del derecho de acción, trabando en su discurso distancia entre el derecho de petición y el derecho a la jurisdicción. El primero pertenece a la órbita del derecho constitucional y no genera un deber correlativo de respuesta. En cambio, el derecho de acción provoca una relación inmediata entre particular y autoridad, sin afectar a un tercero. La acción es el primer paso de la pretensión y esta implica siempre la

112. Almagro Nosete, José, "El libre derecho a la jurisdicción", en *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Madrid*, Madrid, 1970, p. 95 y ss. Agrega el autor: "Este (el derecho a la jurisdicción) es un derecho subjetivo público de reclamar la intervención del órgano jurisdiccional, tiene carácter constitucional y sobre todo es una exigencia de derecho natural. El derecho a la jurisdicción es la instrumentación formal de un derecho fundamental y natural de la persona humana: el derecho de defensa jurídica, que a su vez es el sustituto de un proceso anterior y primario que es el derecho de legítima defensa [...]. La acción es, pues, derecho a la jurisdicción, pero también ejercicio del derecho a la jurisdicción"; Ramos Méndez, Francisco, *op. cit.*, pp. 73 y 74.

existencia de un tercero, de otra persona frente a la que se formula la declaración de voluntad petitoria.[113]

Con Montero se llega a una notable variante; al Derecho Procesal no le interesaría tanto encontrar la esencia del proceso como sí el modelo de la jurisdicción. Por eso, partiendo de que el proceso es una categoría jurídica propia, lo que importa descubrir es su porqué, y la respuesta se halla en considerarlo un instrumento necesario.

En efecto:

> Si los órganos jurisdiccionales han de cumplir su función, necesitan en primer lugar de un estímulo: la acción, y, después, realizar una serie de actos sucesivos en el tiempo, cada uno de los cuales es consecuencia del anterior y presupuesto del siguiente, a cuyo conjunto llamamos proceso. Este, por lo tanto, es el medio jurídico para el cumplimiento de la función jurisdiccional.[114]

Resulta así que la jurisdicción es el ente principal y el proceso el ente subordinado, y no parece razonable que la ciencia que los estudia se denomine con referencia al segundo.[115]

Sobre esta base Di Iorio plantea que la acción es un verdadero derecho subjetivo de carácter público en tanto va dirigido a una prestación estatal, y como todo gira y se asienta sobre esta función jurisdiccional, cabe concluir que "este derecho a la jurisdicción es precisamente la acción, es decir, un derecho subjetivo público de raigambre constitucional, que se ejercita de acuerdo a la reglamentación que al afecto se dicte".[116]

Ya en 1965, Bidart Campos habló del derecho a la jurisdicción, marcando tres tiempos de realización: antes del proceso, como obligación del Estado de suministrar justicia; durante el proceso manteniendo la idoneidad de vías procesales y la garantía de defensa en juicio en todas las instancias hasta llegar a la sentencia y, finalmente, en la integridad de requisitos que tendría que contener el acto resolutorio jurisdiccional para considerarlo válido. Durante este transcurso la explicación del fenómeno parte también de la jurisdicción. El presupues-

113. Montero Aroca, Juan, *La reforma de los procesos civiles*, Madrid, Cívitas, 1993, p. 162.

114. Montero Aroca, Juan, "Del Derecho Procesal al Derecho Jurisdiccional", en *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, 1984-1, pp. 40 y 41.

115. Ibídem, p. 41.

116. Di Iorio, Alfredo, *Una nueva formulación de la teoría de la acción y las pretensiones procesales*, Buenos Aires, La Ley, 1988-A-667.

to necesario es la jurisdicción, y ella tiene que existir para que existan la acción y el proceso; como tiene que haber jurisdicción y acción para que haya proceso.[117]

Alsina fue, en cierta forma, el precursor de toda esta corriente a nivel nacional. Su inspiración fue continuada por numerosos juristas de entonces y hasta hoy afloran sin otras variantes.

Decía entonces que

> El ejercicio de la acción corresponde a cualquiera que pretenda la protección jurisdiccional, sin el requisito de la previa legitimación, el que ser considerado recién en la sentencia. Quien la ejerce tiende a la obtención de una sentencia favorable, es decir, al reconocimiento de una situación regulada por el derecho privado, pero esa protección solo puede ser acordada por el órgano público encargado de la función jurisdiccional, el que resuelve la *litis* aplicando las normas del derecho objetivo. Desde este punto de vista puede decirse entonces que la acción tiende a la protección del derecho subjetivo mediante la actuación del derecho objetivo.[118]

Con el derecho a la jurisdicción pareció abandonado el dilema teórico de la acción. De algún modo el punto de partida era otro, ahora, radica en observar el papel de la jurisdicción.

28. Unidad de la acción

Cuando la acción superó sus interrogantes y encontró la autonomía necesaria para no confundirse con el derecho material, sucedieron las ideas persiguiendo emerger la naturaleza jurídica. Claro fue, como hemos visto, que se polarizaron las doctrinas; por eso no faltaron quienes procuraron una síntesis del esfuerzo buscando una coordinación o un complemento entre las teorías.

Liebman soslayó la crisis entre el derecho y la acción para recordar que el orden jurídico estaba constituido por dos sistemas de normas distintas y coordinadas, que se integran y completan recíprocamente: el de las relaciones jurídicas sustanciales representadas por los derechos y las obligaciones correspondientes, a tenor de diversas situaciones en

117. Bidart Campos, Germán, *El derecho a la jurisdicción en Argentina*, Buenos Aires, Editorial Depalma, T. 11, p. 969.

118. Alsina, Hugo, *Naturaleza jurídica de la acción*, *op. cit.*, p. 207.

que las partes vienen a encontrarse; y el del proceso, que proporciona los medios jurídicos para tutelar y actuar el sistema de los derechos.[119]

Esa misma relación observa entre el derecho subjetivo y la acción, si bien ambos se distinguen en cuanto al objeto y función que cumplen. Precisamente, porque el derecho de acción es un derecho subjetivo diverso de los derechos sustanciales, reviste fisonomía propia. Él va enderezado hacia el Estado, sin estar dirigido a una prestación suya: "es más bien un derecho de iniciativa y de impulso, con el cual el individuo pone en movimiento el ejercicio de una función pública".[120]

Mercader, en un profundo estudio de los antecedentes romanos, plantea la posibilidad de equívoco en los desarrollos hasta aquí desenvueltos. Insiste en la crítica hacia el "gregarismo intelectual" que da por ciertas afirmaciones resultantes de investigaciones precluidas que no gozan de confirmación científica. De este modo, aún sin renegar de la certeza que trasunta el contenido de los estudios cumplidos, llega a destacar la conveniencia de conceder que el ordenamiento jurídico constituye un plexo unitario integrado por la naturaleza necesariamente acumulativa de toda y cada una de las normas.[121]

Prieto Castro participa también del nexo que tienen necesariamente acción y derecho. En la última edición de su tratado dice que

> Para completar el concepto del Derecho Procesal es conveniente efectuar su delimitación frente al derecho material (también llamado sustantivo), es decir, del que se ocupa de los objetos jurídico-materiales del proceso [...]. Los criterios de distinción entre una y otra clase de normas viene determinado por el contenido y la finalidad de las mismas, según la doctrina científica.[122]

De esta situación surge que la regulación de una materia instrumental tendrá carácter adjetivo, como todo lo atinente a los requisitos necesarios para la obtención de justicia o tutela jurídica y a la clase,

119. Liebman, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ejea, 1980, p. 111.

120. Ibídem, p. 114.

121. Mercader, Amílcar, "El proceso y la unidad del orden jurídico", *J.A.*, 1968-III, Sección Doctrina, p. 744.

122. Prieto Castro y Ferrandiz, Leonardo, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 47.

forma y procedimientos para lograrla. En cambio, sería derecho material el que regula el fondo del proceso o de algún modo se refiera a él.[123]

De esta interrelación nace la armonía entre el derecho material y el Derecho Procesal, que conduce al fin último del proceso cual es la satisfacción de un derecho o un interés reconocido en la norma sustancial.

Serra Domínguez reduce el problema, centrando su hipótesis en el punto crucial que interesa al justiciable: la iniciación del proceso mediante la acción debe encaminar hacia una resolución jurisdiccional. Como tal la acción es solo un hecho y siempre será un acto de parte dirigido a la obtención de una sentencia.[124]

29. Relatividad de las teorías de la acción

Calamandrei se interroga: ¿Cuál es la trascendencia de estas teorías sobre la acción? ¿Cuál de estas teorías es preferible?[125] Vincula la cuestión con el momento histórico y la circunstancia política que atraviesa el preciso instante en que se emite la tesis, para dar cuenta de la relatividad que adquiere el concepto y de lo permeable que puede resultar su captación en la transformación de las cosas y del mundo.

Sin embargo, el maestro italiano no deja de lado la seducción que le provoca la teoría de Chiovenda, mostrándola como la más adecuada para el código generado en su país en 1940; pero con esto, no niega que también las otras teorías hayan podido en el pasado o puedan todavía en el porvenir aparecer como históricamente más adecuadas para explicar la realidad que afrontan.

Nos parece indudable que teorizar es importante cuando el dogma se puede llevar a la realidad práctica, de allí que simplificar las teorías de la acción en un solo modelo puede ser inconveniente porque el acceso a la justicia, especialmente en su faceta de acceso a los jueces y al proceso, queda comprometido con las pretensiones que se deducen. No es igual plantear un conflicto de constitucionalidad que demandar por daños y perjuicios. La tarea judicial es diferente y el rol de los sujetos también difiere. En consecuencia es necesario realizar algunos replanteos.

123. Ídem.

124. Serra Domínguez, Manuel, *op. cit.*, p. 154.

125. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ejea, 1986, T. I, p. 252.

30. Replanteos en la teoría de la acción

Pareciera que después de Calamandrei nada quedaba por discutir; mucho menos cuando Liebman manifestó su conclusión respecto de que ninguna teoría había podido superar los argumentos que le eran opuestos. Muchos han aceptado la propia no tanto por estar convencidos de su exactitud como por estimarla simplemente mejor que las otras: "Así se explica esta especie de punto muerto a que ha llegado la discusión, del que cada uno trata de salir con afirmaciones que tienen el sabor de una profesión de fe."[126]

Sin embargo, la desilusión en tan prestigiosos juristas llevó a repensar la cuestión. La mayoría optó por reducir notablemente el problema de la acción y su nexo o distracto con el derecho de fondo. Otros, en cambio, volvieron al planteo de origen, retornando con ideas monistas.

En nuestro país Palacio siguió a Guasp, adoptando la acción como un problema extraprocesal y concentrando su interés en el contenido de la pretensión.[127]

Morello aceptó la relatividad histórica del concepto, aun cuando destacó su inserción en el Derecho Constitucional (derecho de petición) y la supletoriedad que tiene la noción de pretensión procesal. En suma, la acción para el maestro platense, "es nada más que el medio técnico jurídico que posibilita el planteamiento de pretensiones procesales."[128]

Esta síntesis de la acción como acto, muy próximo al derecho a la jurisdicción, es defendida también por Cappelletti y Vigoriti.[129]

Focalizando el desarrollo alcanzado, puede verse que, aun sin quererlo, se retorna al *quid* de la identificación entre el derecho y la acción. Es evidente que tanto la relatividad del concepto como el carácter extraprocesal que se asigna no resuelven la naturaleza jurídica. Tampoco lo hace plantear el tema desde la mira de la actividad procesal de las partes en el proceso, para decir que tal ejercicio es un poder, una facultad, una

126. Liebman, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil, op. cit,* p. 122.

127. Palacio, Lino, *Manual de Derecho Procesal Civil,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1973, p. 111.

128. Morello, Augusto Mario, "La acción, la jurisdicción y el proceso", en *Problemática actual de Derecho Procesal,* La Plata, Librería Editora Platense, 1971, p. 517.

129. Vigoriti, Vincenzo, "I diritti costituzionali delle parti nel processo civile italiano", en *Revista de Derecho Procesal,* Italia, 1971, p. 622.

posibilidad, un simple hecho o un mero acto. El problema entre el derecho y la acción no puede ser tal, si no se comprende que la respuesta a los interrogantes de la justicia se encuentra en la unión que tienen las diversas disciplinas que integran un ordenamiento jurídico.

Esta depuración de ideologías resulta correctamente planteada por Fenech,[130] quien deduce la crisis de identidad a partir de la ausencia de una teoría general del proceso. Sostiene que los conceptos que debieron construirse en la teoría general del derecho lo hicieron en la teoría general del derecho privado (*v. gr.* la capacidad y la relación jurídica), de modo tal que la confusión llevó a sus extremos más notables.

La fórmula de entendimiento hasta podría reducirse a una tautología: la acción no es más que la acción, esto es, la expresión de la actividad trascendente al sujeto: un *agere* dinámico y activo que exterioriza al individuo en movimiento, sin resultado material.[131]

La acción como acto encontró una feliz recepción en la doctrina; así, Guasp, Serra Domínguez, Moron y Palacio tomaron el concepto, aunque desplazando el núcleo hacia la noción de pretensión.

La realidad práctica de la acción la ejemplifican Briseño Sierra en México y Alvarado Velloso en Argentina.

> La acción procesal es una instancia de típico contenido pretensional, por lo que no puede darse en el plano jurídico una acción sin la correlativa y conjunta pretensión (ello sí puede ocurrir en el plano de la realidad, donde es factible imaginar una pretensión sin acción) y que siendo elemental el concepto de acción y, por ende, no susceptible de clasificación alguna, todas las diferencias que el legislador establece y puede eventualmente establecer en orden de las tareas de procesar y sentenciar se basan con exclusividad en el concepto de pretensión.[132]

Esta conjunción necesaria entre acción y pretensión compromete a otro personaje, también necesario, para caracterizar el proceso jurisdiccional: el juez. En este aspecto la acción procesal ostentaría la singular particularidad de provenir de un sujeto (actor) que provoca la conducta de otros dos (juez y demandado) en tiempos normativamente

130. Fenech, Miguel; Carreras, Jorge, "Notas previas al estudio del Derecho Procesal", en *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona, Bosch, 1962, p. 36 y ss.

131. Ibídem, p. 39.

132. Briseño Sierra, Humberto, *Tratado de Derecho Procesal*, México, Cárdenas, 1969, T. I, p. 145.

necesarios. Por eso, tal ejercicio es definido como una "instancia proyectiva o necesariamente bilateral."[133]

Otra vez nos enfrentamos a una lucida exposición que muestra la acción como un acto. Si se quiere, esa es la única y verdadera condición: la acción representa un estado dinámico; exterioriza la voluntad de un individuo. Ahora bien, esa reducción de la hipótesis, como decíamos, vuelve a dejar planteada su diferencia con el derecho.

Inclusive, algunos autores reciclan el desarrollo y otra vez caracterizan a la acción como un neto derecho de carácter privado, y hasta existen quienes resuelven el planteo sobre la base de la concepción monista.

Satta entronizó el contenido privado de la acción, preocupado quizás por el avasallamiento que paso a paso iba cubriendo el Estado sobre el desenvolvimiento de las situaciones particulares. Llegó a decir que la acción era fundamentalmente un derecho sustancial, una acción privada.[134]

La posición provocó una dura crítica de Carnelutti y Cristoffolini en la que intercedió Calamandrei con su conocida teoría sobre la relatividad del concepto. La destrucción que en el fondo surgía hasta la publicización de la ciencia del proceso fue arduamente criticada, pero no podemos relegar el objeto pensado por el profesor de Roma, quien luego de esas meditaciones elaboró y cimentó su teoría de la acción en la unidad de ordenamiento jurídico.

El carácter monista que se atribuye a Redenti se concreta en sostener que la acción tiene contenido y carácter sustancial. Es el mismo derecho que se hace valer en el proceso y constituye nada más que una posición diversa motivada por el incumplimiento.[135] Desde luego, tal concepción solo podía tener andamiento en una acción fundada; por eso, tal como lo había hecho Savigny, definió al ejercicio como una pura actividad instrumental.

La idea es recogida por Pekelis, quien exige un replanteamiento de las doctrinas tradicionales. Para él, la multivocidad del término ac-

133. Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1989, T. I, p. 87.

134. Satta, Salvatore, *Derecho Procesal Civil: Soliloquios y coloquios de un jurista*, Buenos Aires, Ejea, 1971, T. III, p. 199 y ss.

135. Cfr. Pekelis, Alejandro, Acción, en *Revista de Derecho Procesal*, 1958, N° 2, pp. 115 y ss.; Redenti, Enrico, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ejea, 1957, T. I, p. 67.

ción, tiene, no obstante, una comunidad de significado: la acción se entiende como una cierta situación de ventaja, en la cual se encuentra o puede encontrarse el respeto singular a la actividad jurisdiccional o procesal del Estado o de la sociedad jurídicamente organizada.[136]

Desde esta noción ocurre la potestad jurisdiccional como un medio sustitutivo de la fuerza, pero algo no cambia y es que solo se activa el mecanismo de protección a pedido del interesado. En tal sentido, la voluntad particular no es otra cosa que la norma jurídica, la cual es precisamente la disciplina de la acción.[137]

El mecanismo de esta acción radica en el funcionamiento del ordenamiento jurídico como tal y en la consistencia misma del derecho objetivo. De allí que cualquier ejercicio de protección individual sea la suma de protección del sistema y, en consecuencia –sostiene el autor– resulta errado encuadrar a la acción en el sistema de los derechos subjetivos.

Más adelante, cuando señala que la acción es el único derecho subjetivo que corresponde en realidad a cada individuo, aclara el sentido de su construcción:

> El llamado derecho subjetivo sustancial privado no es más que una situación refleja que crea la propia acción al actuarse. Esta situación secundaria y refleja no debería llamarse derecho subjetivo, aunque así se haga por razones históricas. Al fin y al cabo no se trata más que de una especie de sombra que proyecta en el mundo jurídico el derecho subjetivo primario que es la acción.[138]

31. Derivaciones teóricas: el derecho a la sentencia favorable

Uno de los principales debates se concentró en definir si el ejercicio de la actividad de petición suponía o no el derecho a una sentencia favorable. Von Bülow había dicho que la acción era la posibilidad concreta de dirigirse al Estado para obtener una justa solución a su conflicto (también Muther y Wach). En cambio, hubo quienes sostuvieron que la acción no podía dirigirse sino contra el adversario,

136. Pekelis, Alejandro, *op. cit.*, p. 123.

137. Ídem.

138. Ibídem, p. 134; ver Ramos Méndez, Francisco, *op. cit.*, p. 101.

que era quien debía soportar la actuación de la ley y por ende, para alcanzar una sentencia que comulgase con la pretensión interpuesta era necesario estar asistido de razón.

Otros prefirieron reconocer la complejidad del acto y su participación y sentido en una y otra dirección.[139]

La síntesis muestra tres líneas de atención en la elaboración teórica. Después de aislar la noción de derecho subjetivo del correspondiente al ejercicio de la actuación judicial (derecho de acción), el objeto de análisis se referencia con relación a la naturaleza que tiene el principio de disposición que le corresponde al interesado cuando promueve una petición ante la justicia. Algunos sostuvieron que esa facultad era intrínseca al derecho (abstracto) y por eso no tenía mayor importancia la razón o el fundamento de la demanda. Para actuar el derecho de acción era suficiente pedir al Estado la puesta en marcha del aparato jurisdiccional.

Después, se observará que el simple derecho de petición no era bastante ni podía quedar simplificado en el primer movimiento. La acción se extendía hasta el derecho a lograr una sentencia favorable, de manera que tenía un carácter concreto.

Ambas corrientes atendieron el derecho del que peticiona y en esta línea se dieron en el siglo XX algunas normas fundamentales, como la Constitución española, que en el artículo 24 reconoció en el derecho a la tutela judicial efectiva dos partes importantes: el derecho de acción y el derecho a la jurisdicción.

La tercera línea estudia el significado que tiene la acción interpuesta ante el órgano jurisdiccional. Se trata de ver qué tipo de obligaciones nacen desde la petición y cómo se resuelve el hecho en sí mismo. Vale decir, si el solo ejercicio obliga a actuar todo el proceso, o la jurisdicción conserva potestades suficientes para regular el acceso y el derecho a llegar a una sentencia favorable.

32. Nuestra crítica

Llegados a esta instancia cuadra interrogar ¿para qué sirve esclarecer la naturaleza jurídica de la acción?, pues aparentemente, cualquier

139. Fazzalari, Elio, *Note in tema di diritto e processo*, Milán, Cedam, 1957, p. 112. En nuestro país, Podetti, Ramiro, *Teoría y Técnica del Proceso Civil*, Buenos Aires, Ediar, 1963, p. 335 y ss.

respuesta derivada de las posiciones antes resumidas nos conducen a similares resultados. Habrá un proceso incoado, un procedimiento cumplido, una sentencia lograda y ¿con la acción, qué?

Estos interrogantes son los que despejan las teorías sucesivas a la formulación que hiciera Chiovenda cuando explicó a la acción como un derecho potestativo; es decir, que a partir de este autor el problema fue determinar la naturaleza pública o privada de la acción.

Sintéticamente la cuestión se presenta para definir las consecuencias que siguen al planteo teórico. Mientras algunos sostienen que ella se dirige al adversario debiendo continuarse con las reglas que cada ordenamiento establezca; otros indican que tal ejercicio se formula contra el Estado para que actúe su deber de administrar justicia en el caso concreto.

De este modo, ambas teorías tendrán múltiples reflexiones que trasuntarán la verdad de cada una; sin embargo, en cuanto a nosotros interesa, superaremos la etapa para avanzar un paso más.

El desarrollo doctrinario del siglo XX se caracterizó, fundamentalmente en la ciencia procesal, en resolver qué rol tiene el juez en el proceso: la acción se desplazó del interés de las partes hacia la actividad jurisdiccional. Es decir, del estudio liminar de la acción, se pasó con mayor énfasis al estudio de la jurisdicción.

Una teoría que trate de explicar la naturaleza jurídica de la acción (el "qué es la acción") –decía Couture– debe partir de la base necesaria de que cualquier súbdito tiene derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere su pretensión expuesta con arreglo a las formas dadas por la ley procesal. Este derecho es la porción mínima indiscutible de todo este fenómeno: el derecho a la prestación de la jurisdicción.[140]

De este modo, al acto de pedir se lo vinculó con el derecho planteado a la autoridad. Por ello, la acción es colocada dentro de los derechos cívicos como una forma del derecho de petición.

Es cierto, también, que ya se hablaba de un derecho genérico de recurrir a los tribunales, concibiendo tal ejercicio como un derecho abstracto; pero es Couture quien fundará la importancia de esta idea sobre la base de considerar a la acción como un atributo de la personalidad y, por ende, de carácter privado.

140. Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 86.

No obstante, como al mismo tiempo, en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, cobra inmediatamente carácter público.

33. Nuestra opinión acerca de qué es la acción

La acción no es más que un acto de contenido estrictamente procesal destinado a efectuar un reclamo a la autoridad jurisdiccional, para que actúe consecuentemente, contra un adversario a quien tendrá que emplazar para someterlo a las reglas del proceso judicial. Este acto de pedir informa al mismo tiempo una manifestación típica del derecho constitucional de petición. Como tal, el carácter abstracto que pondera se manifiesta en la posibilidad de optar por la vía del litigio, antes que en las soluciones individuales de tipo autocompositivas. Para obrar así, basta con el ejercicio de la demanda, se tenga o no razón o respaldo normativo alguno; el Estado garantiza el acceso.

Por eso, también la acción es un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica, y para que esta se cumpla, la acción no solo afianza el primer espacio abierto, es decir, la entrada al proceso, sino toda la instancia, lo cual significa llegar a la sentencia sobre el fondo del problema planteado. Pero entre el comienzo y el final se abren espacios que deben explicarse independientemente.

Por un lado aparece el derecho subjetivo público que dirigido al Estado le obliga a abrir las puertas de la jurisdicción. Sería esto, ni más ni menos, que el deber estatal a prestar la actividad jurisdiccional. Es decir, un deber de contenido abstracto que depende de la voluntad de los particulares, por eso, no hay juicio sin actor que lo promueva *(nemo iudex sine actore)*. No hay otro vínculo en esta etapa que la emergente del acto de pedir y la obligación de proveimiento del Estado a través de sus jueces.

Empero, tal autonomía carece de total relevancia si queda en el marco de la posibilidad sin expresión concreta, al punto que correspondería adoptar el silogismo de que no hay derecho sin acción, y una acción sin derecho que amparar no tiene significación jurídica.

De esta manera, decir que la acción es un derecho sin otro resultado que la apertura de un proceso no tiene justificativos lógicos, es preciso oponer estas consecuencias con la otra parte de la cuestión.

Hasta ahora, solamente se vería la cuestión constitucional: aquella que obliga al Estado a otorgar el acceso a la justicia.

Del otro lado aparece la naturaleza procesal de la acción, con sus presupuestos necesarios para dar vida al proceso incoado y llegar a una sentencia válida entre las partes que no debe ser necesariamente favorable para quien demanda.

La acción cobra naturaleza procesal porque más allá de la garantía que supone, tiene como finalidad la protección jurisdiccional. Es el derecho a la jurisdicción de que nos hablan algunos autores españoles, con gran tino y verdad, al evidenciar el desarrollo de la teoría que tratamos de simplificar. Entonces, si por la acción existe el proceso, el desarrollo de este también sucede por la actividad de las partes, de tal manera que la acción resulta del conjunto de las actuaciones de quienes están en el litigio.

En su juridicidad la acción es petición del juicio y, en último extremo, exigencia del derecho. Si el derecho no existe sin el juicio, este no existe sin la acción. Según este razonamiento, el destinatario de la acción sería el Estado, pues a él se recurre persiguiendo la tutela jurídica (derivación del concepto sustitutivo del Estado que se apropia de la facultad de juzgar y por ende debe componer los conflictos que se le plantean); pero también la otra parte, el demandado, es objeto de nuestro interés; procuramos que se someta a una obligación.

La dificultad que surge de esta presentación aparece para encuadrar a la acción como derecho concreto o abstracto.

Pensamos que ni uno ni otro son conceptos que cubren totalmente la dimensión planteada. Ambos criterios interesan tanto al Estado como al particular según refieran a la relación sustancial que se traba entre las partes del proceso; o consideren el derecho subjetivo público que contra el Estado se tiene para obtener la tutela del derecho.

Si la acción fuera solamente un derecho contra el Estado quedaría sin sustento la cuestión de fondo que vincula a las partes con un derecho material; en tanto que invertir los conceptos dejaría aislados a los contradictores ante un juzgador sin obligación que cumplir hacia ellos.

Todo parece indicar que la acción es un derecho que se dirige contra el Estado en su deber de afianzar la tutela jurisdiccional; y que concreta con la otra parte el vínculo necesario que caracteriza a la relación jurídica procesal.

Aceptado este contenido corresponde fijar el alcance dentro del sistema de derecho.

Respecto del Estado, el deber correspondiente no puede ser otro que la "justa composición de la litis (Carnelutti); y en este aspecto, la jurisdicción podrá obrar en el terreno propio de la actividad procesal, es decir, con facultades suficientes para denegar su intervención (*v. gr.* cuestiones de competencia; rechazo *in limine* de la demanda; recusaciones o excusaciones; etc.). Por eso se advierte que en este campo no pude hablarse aún de un derecho a la sentencia favorable, ni a la sentencia de fondo. En realidad, nos instalamos en la antesala del proceso, y para que la justicia dé satisfacción plena a los preceptos fundamentales que de ella se esperan, ningún proceso podría cancelarse en esta etapa.

Todo nos lleva a justificar por qué el derecho al proceso que la acción provoca no se detiene en este pasillo de espera que propicia el acceso. Cuando se promueve la acción procesal, se quiere desarrollar un proceso que resuelva las cuestiones de fondo, este es el derecho concreto que a través de la acción se pide.

Es un derecho frente al Estado, no porque acuse un capricho del justiciable, sino, como dice De la Oliva:

> … porque se parte de la existencia del derecho a la tutela jurídica concreta y, desde este presupuesto, el destinatario de la acción, el sujeto pasivo de ese derecho, no puede ser otro que quien está en condiciones de otorgar la tutela, que es, justamente, el Estado.[141]

Ello no importa que al otorgar la acción, o derecho a tramitar en una instancia útil y efectiva, se conceda otro derecho paralelo al éxito. Esto es diferente, depende de otras condiciones que nada tienen que ver con el derecho de acción, y sí con la pretensión procesal y material.

Para la acción no existen condiciones para ejercerla, en todo caso los requisitos corresponden a la pretensión, que es el objeto propuesto en la demanda ante la jurisdicción. Por eso el deber del Estado consiste en otorgar el acceso a la justicia toda vez que el acto de pedir tiene sustento constitucional.

141. De la Oliva Santos, Andrés, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona, Bosch, 1980, p. 22 y ss.

De algún modo se trata de anular del temario del Derecho Procesal el problema del acceso a la justicia, porque este no es una cuestión que pueda ser resuelta con condiciones formales de admisibilidad, toda vez que en el derecho de petición va implícito el derecho a la justicia.[142]

142. El voto concurrente de Cançado Trindade en el caso "Cinco Pensionistas vs. Perú", que emitió la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dice claramente que el acceso a la justicia no se reduce al acceso formal, *stricto sensu*, a la instancia judicial; el derecho de acceso a la justicia, que se encuentra implícito en diversas disposiciones de la Convención Americana (y de otros tratados de derechos humanos) y que permea el derecho interno de los Estados Partes, significa, *lato sensu*, el derecho a obtener justicia. Dotado de contenido jurídico propio, configúrase como un derecho autónomo a la prestación jurisdiccional, o sea, a la propia *realización* de la justicia. El criterio adoptado correctamente considera que no se puede coartar el derecho de los peticionarios de acceso a la justicia en el plano internacional, que encuentra expresión en su facultad de indicar los derechos que consideran violados. El respeto al ejercicio de tal derecho es exigido de los Estados Partes por la Convención, en el plano de sus respectivos ordenamientos jurídicos internos, y no habría sentido si fuera negado en el procedimiento internacional bajo la propia Convención. El nuevo criterio de la Corte confirma claramente el entendimiento según el cual el proceso no es un fin en sí mismo, sino un medio de realización del derecho, y, en última instancia, de la justicia.

Capítulo V
La pretensión

34. Nociones previas

Con los estudios acerca del concepto de acción se alcanzaron resultados verdaderamente importantes. Por un lado, el nacimiento como ciencia del Derecho Procesal; por el otro, la definitiva separación entre el derecho de acción y el derecho material.

La preocupación puesta de manifiesto en las múltiples teorías que explicaron la noción, postergó el desarrollo de otras ideas que fueron esbozadas desde las primeras polémicas. Tal circunstancia ocupa la pretensión, entendida liminarmente como objeto del proceso, pero que fuera motivo de distintas interpretaciones, quizá resultantes de la traducción ambigua que del término alemán *anspruch* se hizo.

Proviene de Windscheid el primer anuncio del concepto, cuando identificó la *actio* romana con la *anspruch*, exponiendo que aquella no era la facultad de invocar tutela para un derecho, sino simplemente la facultad de imponer la propia facultad en vía judicial. Por ello, para el profesor alemán, el ordenamiento romano era esencialmente un sistema de pretensiones judicialmente perseguibles.

De aquí en más, a los fines que persigue este capítulo, no ha de olvidarse que el derecho alemán utiliza tres expresiones diversas que, por obra de traducciones y a veces de confusiones en los autores, alteran sus significados. Nosotros hemos de explicar el desarrollo de la pretensión, adoptando los vocablos a utilizar en su significado expreso, es decir sin giros de interpretación, de manera que *anspruch* será pretensión; *klage* se lee como acción y *klagerecht* se entiende con el derecho de acción.

35. La pretensión de tutela del derecho

En 1888 publica Wach un estudio que se integra en una obra de homenaje a Windscheid. La nota era un elogio a las ideas del festejado

y desarrollaba de su parte la tesis de la teoría de la pretensión como protección o tutela del derecho.[143]

La importancia de la obra radica en la perseverancia por demostrar la autonomía de la acción, superando el formalismo de su época. Para el autor:

> … la pretensión de protección del derecho constituye el acto de amparo judicial que forma el objetivo del proceso. Ella va dirigida al Estado, el cual debe otorgar tal amparo; y se dirige contra la parte contraria, frente a la cual debe ser otorgada dicha protección. Es de naturaleza de derecho público, y no es la emanación o expresión del derecho privado subjetivo.[144]

La diversidad de acciones de tutela parte de un mismo derecho. El axioma que Wach razona es el siguiente:

> Todo lo que persigue la ley civil, el ordenamiento legal de la convivencia social de los individuos entre sí, debe ser realizable, porque la ley lo quiere y tal como lo quiere. Los derechos subjetivos deben ser susceptibles de realización y comprobación en cuanto a su contenido y a la efectividad que les ha sido atribuida. Si tengo el derecho, en un caso dado, de retener, o de compensar, entonces bastar que me den medios para la defensa contra el ataque de la parte contraria.
>
> Esto deberá procurárnoslo nuestro orden de protección del derecho. Lo que llamamos la accionabilidad del derecho, su realizabilidad compulsiva, es sólo la expresión de la afirmación del derecho pero, no reducido a una conducta determinada o una prestación del deudor, y no informa sobre la medida y el modo de realización y comprobación, o de la compulsión.[145]

Los requisitos de esta pretensión de tutela jurídica son calificados como derecho secundario y radican en el interés legítimo del portante y en la necesidad, reconocida por la ley, de proteger ese derecho mediante una declaración judicial. Por eso, agrega, "la necesidad de realización del derecho crea al mismo tiempo la pretensión de sentencia".[146]

En suma,

> La pretensión de protección del derecho es una pretensión conforme al Derecho Procesal. No es de naturaleza formal, en el sentido del derecho

143. Wach, Adolf, *La pretensión de declaración, op. cit.*, p. 39.

144. Ibídem, p. 46.

145. Ibídem, p. 52.

146. Ibídem, pp. 67-68.

> específicamente procesal, que se vincula con la posición de la parte como tal. Es la consecuencia de hechos extraprocesales, y tiene por contenido no el derecho a debate judicial y sentencia, sino al acto de protección del derecho en favor del titular.[147]

Como se aprecia, persiste en los enunciados de Wach la finalidad de proteger el derecho de fondo. Si bien es cierto que separa rotundamente los conceptos de acción y derecho, de alguna forma el contenido que se le asigna a la acción se vincula con la pretensión *anspruch*; hecho que motivará posteriormente la crítica de Rosenberg.

Lo cierto es que en la exposición del ilustre profesor alemán, que tanto influyera en Chiovenda, no se clarifica el contenido procesal de la pretensión, solo se indica que aquella tiene como destino la pretensión del derecho, lo cual conduce a ver en esta doctrina una explicación de la pretensión material.

36. La pretensión procesal de Rosenberg

Este concepto fue desarrollado por el mencionado autor[148] como la petición dirigida a la declaración de una consecuencia jurídica con autoridad de cosa juzgada que se señala por la solicitud presentada y, en cuanto sea necesario, por las circunstancias de hecho propuestas para su funcionamiento.[149]

La pretensión se divide, a su criterio, en el fundamento que constituyen los hechos de la realidad en quien el actor mantiene su reclamo, y la consecuencia jurídica que resulta de la previsión normativa pensada para dicho suceso. Habla del objeto litigioso como pretensión, diferenciando cuanto corresponde al Derecho Civil como fundante del objeto reclamado, del que asume cuando actúa para indicar la posición del demandante en el proceso, como portante exclusivo de la petición y de los hechos que la sostienen.

De allí que interprete la pretensión como afirmación de derecho, de significación decisiva para resolver problemas tales como la

147. Ibídem, p. 68.

148. Rosenberg, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil* (trad. de Ángela Romero Vera), Buenos Aires, Ejea, 1955, p. 34 y ss.

149. Ibídem, p. 35.

acumulación, la litispendencia, la transformación de la demanda, la cosa juzgada, etcétera.

Para comprender la teoría de Rosenberg adquiere especial importancia destacar la relevancia que tiene la crónica de los acontecimientos que soportan el contenido de la petición. De este empleo de los hechos no deriva razón alguna al derecho de fondo, sino tan sólo los presupuestos que nacen para afirmar la pretensión. Habría así pluralidad de estado de cosas si los sucesos expuestos fueran varios. En el caso de una acción fundada a un tiempo en una compraventa y en una letra, o en una compraventa y un reconocimiento, habría pluralidad de sucesos, pluralidad de estado de cosas.[150]

Dicha diversidad incide entonces en la pretensión, que ya no será única sino también múltiple y, en definitiva, la unidad o pluralidad de la pretensión dependerá de las solicitudes que haga el actor al órgano jurisdiccional. Por eso la pretensión interesa al contenido de la resolución judicial que se persigue que, en el caso de Rosenberg, sería obtener una declaración susceptible de pasar en autoridad de cosa juzgada.

La tesis no logró mejores comentarios; sólo Angelotti la explicó en Italia asumiendo la pretensión como una declaración de voluntad de poseer un derecho subjetivo y de exigir de los órganos del Estado la aplicación de aquellas normas previstas en el derecho objetivo que regulan o garantizan el goce y la actuación de tal derecho. Siendo así, la pretensión basta que se afirme fundada por quien la formula; pero aunque no lo sea, habrá sido verdaderamente ejercitada; solo el juicio final resolverá si es o no merecedora de protección jurídica.[151]

Se aprecia en estas nociones una identificación entre la acción y la pretensión que desmerece el desarrollo; no obstante, el mérito estriba en explicar la pretensión de acuerdo a un concepto sociológico y otro jurídico, que más adelante adoptará Guasp para consagrar su conocida teoría.

150. Schwab, Karl Heinz, *El objeto litigioso en el proceso civil* (trad. de Tomás A. Banzhaf), Buenos Aires, Ejea, 1968, pp. 40-41.

151. Angelotti, Dante, *La pretesa giuridica*, Padova, 1932, p. 155 y ss.; y *Teoría generale del processo*, Roma, 1951, p. 93 y ss.

37. La *ragione* (pretensión) en Carnelutti

La pretensión en Italia fue enfocada por Carnelutti como una continuación de su teoría sobre el litigio. La definió como "la exigencia de subordinación de un interés ajeno a uno propio", de modo tal que, al integrarse en la exposición más amplia del proceso como conflicto de intereses, debió precisar su alcance y definir sus particularidades.

En Carnelutti la pretensión se distingue claramente del derecho subjetivo e incluso de la acción. La diferencia está en que aquella es un acto y no un poder; es algo que el titular del interés hace, y no tiene; es una manifestación dirigida a un objeto pensado, por eso resulta en esencia una declaración de voluntad.[152]

A su vez, como acto no puede ser un derecho, ni lo supone, por lo tanto, sea fundada o infundada tal pretensión, poco importa. Al ser así, la pretensión no necesita del derecho, "puede haber pretensión sin derecho o derecho sin pretensión".

> En sus *Instituciones* precisa aún más la idea al hablar de la *ragione* como un complemento entre la pretensión y la razón. En realidad, define el autor, la pretensión sin fundamento es siempre una pretensión, pero es inútil; el arma con que la pretensión actúa en el campo del derecho es la razón, y así, la razón de la pretensión es la afirmación de la tutela que el orden jurídico concede al interés de por quién se exige el prevalecimiento o, en otros términos, la afirmación de la conformidad de la pretensión al derecho adjetivo.[153]

La importancia de la explicación ofrecida va más allá de instalar una opinión en el cuadro de las doctrinas. De su pluma se constataron las relaciones inmediatas creadas entre la acción y la pretensión en todo tipo de procesos, observando el juego diverso de los sujetos en la acción y en la pretensión.

152. Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 122.

153. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 32 y ss.; ver: Montero Aroca, Juan, *Introducción al Derecho Procesal, op. cit.*, pp. 69-70.

38. La tesis de Guasp

Manifiesta Jaime Guasp que su concepto de pretensión puede concebirse como una fusión de las ideas básicas de Rosenberg y Carnelutti.[154] Sin embargo ello es poco creíble, no tanto por la inspiración del producto como por la fecundidad del desarrollo y la precisión definitiva que muestra en la teoría.

¿Cuál es el objeto del proceso?, se interroga, para señalar desde el inicio la finalidad que persigue demostrar con su desarrollo. Entendiendo por objeto no ya el principio o causa de que el proceso parte, ni el fin, más o menos inmediato que tiende a obtener, sino la materia sobre que recae el complejo de elementos que integran, parece evidente que, puesto que el proceso se define como una institución jurídica destinada a la satisfacción de una pretensión, es esta pretensión misma, que cada uno de los sujetos procesales, desde su peculiar punto de vista, trata de satisfacer, la que determina el verdadero objeto procesal.[155]

Ahora bien, para alcanzar esta conclusión, resulta preciso observar que en torno del concepto del proceso, se han emitido teorías de carácter sociológico y jurídico. Los primeros permitieron definir la misión social del proceso; los otros acentuaron la actuación del derecho en el litigio.

Unas y otras, sostiene Guasp:

> ... resultan materialmente insuficientes porque no explican el fundamento o razón social que pueda tener una actuación del derecho tan abstractamente considerada; formalmente excesiva porque no es necesario suponer como forma procesal característica la realización del derecho, ya que hay procesos sin lesión jurídica auténtica y, contrariamente, infracciones del orden jurídico que se remedian sin acudir a la institución procesal.[156]

Esas dificultades trascienden además en la confusión para determinar el objeto del proceso; desorientación que obedece al hecho de procurar extraer la respuesta del derecho fundamental que las partes hacen valer en el proceso, más que la del acto que lo delimita objetivamente; como también, de los efectos que se persiguen a partir de la instauración de la demanda.

154. Guasp, Jaime, *La pretensión procesal*, Madrid, Civitas, 1981, p. 48.

155. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 227.

156. Guasp, Jaime, *La pretensión procesal, op. cit.*, p. 35.

Según Guasp, la pretensión debe ubicarse entre ambos criterios, es decir entre la acción y la demanda:

> La idea fundamental a este respecto puede resumirse así: concedido por el Estado el poder de acudir a los Tribunales de Justicia para formular pretensiones (derecho de acción), el particular puede reclamar cualquier bien de la vida frente a otro sujeto distinto, de un órgano estatal (pretensión procesal) iniciando para ello el correspondiente proceso (demanda), ya sea al mismo tiempo, ya sea después de esta iniciación.[157]

De la síntesis resulta que el objeto procesal no se confunde con la causa, ni con la finalidad; la pretensión deviene simplemente como acto, no es un derecho, no hay más que un posible elemento objetivo básico del proceso: la reclamación que una parte dirige frente a otra y ante el juez.[158]

En suma, el concepto de pretensión reúne estas tres características: a) es una declaración de voluntad; b) reclama una cierta actuación del órgano jurisdiccional y c) es indispensable que se interponga siempre frente a persona determinada y distinta del autor de la pretensión.

Obtenida la noción pilar de la teoría, algunos autores como Lois la replicaron sosteniendo que no era posible comprender a la pretensión como acto y objeto del proceso a un mismo tiempo;[159] pero Guasp salió del paso, negando el carácter de acto introductorio de la pretensión, pues este papel corresponde a la demanda, dijo. Tampoco la pretensión es un acto de desarrollo porque no persigue el desenvolvimiento del proceso, ni es un acto de culminación, porque no consume el proceso ni a él se refiere.[160]

Ahora bien, la respuesta definitiva a la trascendente observación, lo llevó a explicar que

> … en todo acto hay, en primer término, una mutación de la realidad o modificación de un cierto existir que, cuando se contempla inmediatamente se agota, en efecto, en un instante determinado y no puede aspirar a fundamentar una consideración total de la realidad que alcance momentos temporales más amplios: a esto podemos llamarlo acción en

157. Ibídem, p. 57.

158. Ibídem, p. 61.

159. Lois Estévez, José, "La teoría del objeto del proceso", en *Grandes problemas del Derecho Procesal*, Santiago de Compostela, Porto, p. 38.

160. Guasp, Jaime, *La pretensión procesal, op. cit.*, p. 63.

> sentido estricto, ya que contempla el acaecimiento por el que se pone en existencia la modificación de la realidad en que el acto consiste. Pero en todo acto hay también otro aspecto a considerar: aquel que consiste en la nueva fisonomía que asume la realidad en virtud del acto mismo: evento, si se quiere llamarlo así, que ya no se agota en un simple instante cronológico, sino que perdura o puede perdurar a través de una serie de ellos.[161]

Concluye así que

> … la pretensión procesal es, pues, un acto procesal y al mismo tiempo el objeto del proceso, integrando este objeto, no en cuanto acción que se realiza en un cierto momento, sino en cuanto acto se haya realizado que, por este mismo carácter de estado que imprime la realidad una vez que ha influido sobre ella, hace girar en torno a sí misma el resto de los elementos que aparecen en la institución procesal.[162]

Precisamente porque la pretensión se da en el plano de la realidad, las notas que caracterizan su estructura y función son imputadas por el ordenamiento jurídico y no depende de su propia naturaleza material a la que el derecho no sigue siempre con fidelidad absoluta.

En la estructura, la pretensión refiere a los tres elementos que integran cualquier realidad jurídica: *a) elemento subjetivo*, compuesto de un sujeto activo o persona que formula la pretensión, el sujeto pasivo o persona frente a quien se formula la pretensión, y el destinatario o persona ante quien se formula la pretensión; *b) elemento objetivo*, es decir, el sustrato material sobre el que recaen aquellas conductas humanas y que integran el soporte básico situado más allá de cada persona actuante y de cada actuación personal; y *c) elemento modificativo de la realidad*, esto es, una actividad *stricto sensu* constituida por el hecho de que los titulares de la pretensión, al ocuparse del objeto de la misma, determinan con su conducta una modificación de la realidad.[163]

Esto último encierra una aclaración más, pues como mutación de la realidad de la declaración petitoria (en que consiste la pretensión procesal) ha de tener significación jurídica; esta solicitud debe conexionar elementos de derecho y no elementos ajenos al mundo jurídico, por lo que, en definitiva, habrá de traducirse en ser una petición

161. Ibídem, p. 65.

162. Ibídem, p. 66.

163. Ibídem, pp. 68-9.

jurídica, es decir, una petición comprensible a la luz del derecho, con sentido dentro del ámbito y destinada a tener algún papel en él.[164]

Claro está que la suerte de una pretensión procesal depende en máxima medida de su motivación; pero el éxito de ella no tiene que ver con su existencia. En cuanto a la función debe observarse que la pretensión procesal engendra el proceso,[165] sin que ello signifique que sea un precedente cronológico obligatorio. Una vez en marcha, la pretensión mantiene en vida al proceso, y finalmente, si la pretensión desaparece, el proceso queda eliminado.

Así pues, define Guasp: "desde el punto de vista funcional, la pretensión puede ser definida como aquella actividad que origina, mantiene y concluye un proceso con su propio nacimiento, mantenimiento y conclusión".[166]

La tesis se completa con el concepto de oposición a la pretensión que define como "una declaración de voluntad por la que se reclama del órgano jurisdiccional frente al actor la no actuación de la pretensión de este".[167]

En nuestro país, Palacio recoge la teoría y define la pretensión "como el acto en cuya virtud se reclama ante un órgano judicial (o eventualmente arbitral), y frente a una persona distinta, la resolución de un conflicto suscitado entre dicha persona y el autor de la reclamación".[168] Propone además observar que la acción sirve de sustento a la pretensión, "pues la posibilidad de que esta sea planteada ante un órgano judicial obedece, precisamente, a la existencia del derecho de acción".[169]

164. Ibídem, p. 76.

165. Ibídem, p. 75.

166. Ibídem, p. 88; Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 250.

167. Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil,* Madrid, Aguilar, 1943, T. I, p. 278.

168. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª ed., 1979, T. I, p. 380.

169. A su vez, Palacio considera la acción como un derecho o un poder jurídico que tiene todo ciudadano frente a los órganos del Poder Judicial, con prescindencia de que sea o no titular de un derecho subjetivo material o de un interés en la declaración de certeza. En esta línea, se coloca con Couture para ver en la acción una manifestación del derecho constitucional de peticionar ante las autoridades. Aun cuando le adiciona el hecho de ser, por su función, el derecho material judicialmente reconocido.

Quedan de tal manera delimitados los respectivos ámbitos jurídicos de la acción y de la pretensión: mientras la primera es el simple poder de acudir ante un órgano judicial para que escuche y se pronuncie sobre una determinada petición, la segunda es el objeto del proceso y una consecuencia lógica del ejercicio de la acción.[170]

39. Proyecciones de la teoría de la pretensión

La tesis de Guasp encuentra una paradójica conclusión. Por un lado, constituye una de las teorías que de manera perfecta y coordinada, demuestra la precisa delimitación entre los conceptos de acción, pretensión y demanda. Su trascendencia rebasa los postulados procesales en los que se asienta para colocarse como piedra basal de la teoría general del derecho. Por otro lado, curiosamente, la doctrina elaborada no ha recibido mayores cultores.

Como explica Ramos Méndez: "la tesis de Guasp es consecuente consigo misma y su debilidad hay que buscarla en que ninguno de sus seguidores la ha aceptado en forma pura".[171] En realidad, no se trata de resistencias u oposiciones, sino más bien, de doctrinas que no han conseguido adaptarse a la agilidad y despliegue que muestra la teoría de la pretensión.

Obsérvese que cuando Guasp indica que el objeto del proceso no lo constituye ni la relación jurídico-material deducida en juicio, ni el bien de la vida concreto a que el proceso afecta, sino que aquel resulta el reclamo concreto que la parte formula; lo que está diciendo es que la pretensión es por sí misma abstracta y que todo el fundamento jurídico que contenga sólo la acota pero nada tiene que ver con su existencia. Esta particularidad definitiva para el curso de la idea, es la que evita –a nuestro entender– que los juristas contemporáneos reciban la doctrina así, tal y pura como se les plantea, sin pretender atenuar la abstracción que muestra orgullosamente.

Sin dudas, al diferir el problema entre la dualidad derecho-acción a un campo extraprocesal, deja sin base a los cultores del estudio a

170. Palacio, Lino, "La acción y la pretensión en el proceso penal", en *Problemática actual del Derecho Procesal*, libro Homenaje a Amílcar A. Mercader, La Plata, Platense, 1976, p. 541.
171. Ramos Méndez, Francisco, *op. cit.*, p. 88.

partir de las teorías elaboradas en torno del concepto de acción. De tal manera, lo único procesalmente importante y trascendente será la pretensión, y desde ella habrá que deducir clasificaciones, principios y presupuestos.

Sin embargo esta aparente solución, en realidad, no simplifica problemas sino que los transfiere ahora al terreno de la pretensión. Ello se evidencia en la dificultad de los autores para tratar de identificar la pretensión material de la pretensión procesal; al buscar el verdadero carácter del acto que supone la pretensión; también cuando abordan el destinatario a quien se presenta, o la naturaleza jurídica que representa.

Por eso, aun con la simplicidad y abstracción que muestra la tesis de Guasp, parece más clara y útil la explicación que ofrece Carnelutti. La distinción que hace entre acción (como derecho subjetivo procesal) y pretensión (como acto jurídico) no supone identidades ni similitudes. La primera tiene una clara y definida naturaleza: es un derecho subjetivo procesal que se dirige contra el juez para que este ejercite su potestad jurisdiccional concretando la voluntad de la ley en un acto firme e inmodificable por los alcances naturales de la cosa juzgada.

En cambio, la pretensión es exigencia de subordinación de un interés ajeno al interés propio, donde lo verdaderamente importante es la razón que porte esa declaración de voluntad, relegando o desatendiendo el derecho que esgrima o la fundamentación que exprese. Esa exigencia de subordinación a una voluntad propia puede estar en desacuerdo con el orden jurídico, pero seguirá siendo una pretensión. También podrá ser infundada y aun así ser una pretensión. "El arma con que la pretensión opera en el campo del derecho es la razón".[172]

172. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal*, *op. cit.* Observamos que este planteo de Carnelutti se integra con otros elementos complementarios de la teoría, como resultan los requisitos de legitimación, juridimentación, capacidad, idoneidad de objeto y petición. Por todo ello, Morello reúne los requisitos de legitimación, fundamentación y petición, para cualificar técnicamente a la pretensión como una manifestación de voluntad petitoria en tanto el juez, en toda esta área del derecho público, configura y expide pronunciamientos y decisiones, cuyo contenido no son sino manifestaciones de voluntad resolutiva (entre otras). Queda dicho también que la doctrina limita el ámbito de la pretensión, cuando promedia su conflicto entre partes opuestas. De lo contrario las pretensiones se trocan en peticiones, en solicitudes al órgano (petición extracontencioso), tendientes a integrar un estado jurídico o acordar eficacia, relevancia u oponibilidad, a una situación de hecho (proceso voluntario). Morello, Augusto Mario, "La acción, la jurisdicción y el proceso", en *Problemática actual de Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 517, nota 13.

Desde esta perspectiva pueden interpretarse sin dificultad el campo propio que tienen la acción, la pretensión y el derecho. La acción sería el derecho subjetivo público de carácter constitucional que le pertenece a todo individuo. Nuestra Constitución Nacional recepta este criterio en el artículo 14 (peticionar a las autoridades), el artículo 16 (igualdad), el 18 (debido proceso), el 43 (derecho al amparo) y cuanto llega del artículo 75 inciso 22. La acción provocaría entonces el proceso y el ejercicio de la función jurisdiccional.

De su parte, la pretensión persigue dos objetos: liminarmente, que se desenvuelva un proceso judicial (pretensión procesal) y, en segundo término, que la razón que aportamos a nuestra presentación sea la causa determinante para que la balanza de la justicia se incline hacia la voluntad legal que perseguimos como propia (pretensión material).

El objeto del proceso será resolver esta pretensión y deducir si ella es o no fundada y en su caso, si tiene o no razón. El derecho, en cambio, aparece desvinculado de la acción y más próximo con la pretensión, aun cuando no se vinculen íntimamente.

Como dice Carnelutti:

> Si se toma en cuenta la relación que de ese modo la razón establece entre derecho y pretensión, se comprende que las pretensiones pueden ser calificadas a la manera de los derechos, o mejor, de las relaciones jurídicas, en orden precisamente a la relación a que se refieren; esta posibilidad de distinción se da respecto de las pretensiones razonadas, no de las pretensiones consideradas independientemente de la razón. No, pues, las acciones, sino las pretensiones, son las que se distinguen en reales o personales, mobiliarias o inmobiliarias, materiales o procesales.[173]

El derecho obraría en relación con el éxito de la pretensión, de modo que si esta fue fundada y razonable obtendrá sentencia que la respalde; en tanto que si resulta denegada, no obstante el proceso habrá satisfecho el discurso de la pretensión y el ejercicio de la acción.

173. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 33.

40. Pretensión material y pretensión procesal

Centrado el estudio exclusivamente en lo que a los jueces se les pide, se observa que tanto la acción como el derecho no son conceptos que pertenezcan *per se* a la ciencia procesal. Solo la pretensión hace girar en torno a sí el resto de los elementos que componen el proceso.[174] Esta afirmación le corresponde a Wach, que fue el primero en separar los conceptos de pretensión procesal y pretensión material. La primera depende del Estado, la otra del particular (adversario).

En la Exposición de motivos del Código Procesal alemán (ZPO) se lee:

> Si la ley admite, al lado de la acción de prestación que corresponde a la relación jurídica respectiva, una acción declarativa, reconoce con ello que de la relación jurídica nace, al lado de la pretensión de prestación, otra pretensión independientemente realizable, que tiene por objeto la declaración del derecho. Tal como la pretensión de la prestación, también puede ser infringida, la pretensión de declaración, y sólo cuando hubiese sido infringida, existir motivo para interponer una acción de declaración.[175]

Cabe advertir que la pretensión de la ZPO no coincide ni se vincula con su similar del BGB (Código Civil), porque la primera contiene conceptos puramente procesales, y la otra refiere al derecho subjetivo material; inclusive tanto Rosenberg como Schönke[176] coinciden en que una se dirige al juez, y la última al adversario. Sobre esta base, Wach apreció los campos diversos en que se desenvolvían los conceptos y estimuló su independencia y aislamiento. Ahora bien, la separación obliga a ponderar la repercusión que tiene en conceptos ya explicados. Ello así pues si recibimos a la pretensión procesal como un acto, existe cierta superposición con el alcance y significado de la acción. Pero la pretensión no es un acto, sino una declaración de voluntad petitoria que podrá formularse de una vez o sucesivamente.

174. Guasp, Jaime, *La pretensión procesal, op. cit.*, p. 66.
175. Wach, Adolf, *La pretensión de declaración, op. cit.*, p. 19.
176. Schönke, Adolf, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Bosch, 1950, p. 165.

Asimismo, tampoco se puede concebir la idea de un derecho de pretensión,[177] cuyo contenido sea el "que se efectúen todos los actos necesarios para el reconocimiento del derecho material"[178] en tanto se trata de cosa diferente; por un lado, dice Montero:

> ... se trataría de un derecho de obtener actos procesales hasta la ejecución de la sentencia, y por otro, de un derecho al reconocimiento del derecho subjetivo, es decir de un derecho a volver a la situación de satisfacción material a través de la satisfacción procesal como medio.[179]

Además, entre la acción y la pretensión procesal hay distancias muy grandes que fueron expuestas claramente por Alsina y que, en resumen, consisten en ver en la acción un derecho autónomo, porque el interés que protege no es el interés sustancial de las partes deducido en la litis, sino un interés general en el cumplimiento por el juez de una obligación procesal: la justa composición de la litis.[180] En cambio, la pretensión siempre persigue un objetivo individual: si es procesal, el demandante quiere que el Estado le provea un proceso jurisdiccional y, en cambio, si la pretensión es material, lo querido es un objeto preciso y determinado.

Por eso, a la acción no le reconocemos carácter concreto, porque no supone la legitimidad que sí interesa en la pretensión.[181] Aquel final de la acción en el derecho a la jurisdicción toma cuerpo en estos conceptos, pues queda definido cómo ese derecho se muestra por un lado como derecho individual de acudir ante el órgano judicial, y por el otro, en la obligación del Estado de proveer.

En este sentido Bidart Campos afirma que: "Por autonomía de la acción entendemos la teoría que ve en la acción la pretensión formal incoada ante el órgano jurisdiccional, con independencia de la pretensión material que se hace valer en el proceso".[182]

177. Fairén Guillén, Víctor, *Temas del ordenamiento procesal*, Madrid, Tecnos, 1969, T. I, p. 311.

178. Wach, Adolf, *La pretensión de declaración, op. cit.*, p. 51.

179. Montero Aroca, Juan *Introducción al Derecho Procesal, op. cit.*, p. 101.

180. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, op. cit.*, p. 324.

181. Ídem.

182. Bidart Campos, *El derecho a la jurisdicción..., op. cit.*, p. 970.

Lo mismo aprecia Carnelutti, al razonar que la acción y el proceso, que presuponen la jurisdicción, implican al derecho a la jurisdicción, el derecho a la prestación por parte del Estado, de su función de administrar justicia. La pretensión material que integra el proceso es otra cosa. En primer plano tenemos la pretensión formal de tutela jurídica, de protección a la pretensión material; y ese derecho a la jurisdicción, movilizado en la acción y en el proceso, obliga al Estado a deparar la jurisdicción, a prestar la función de administración de justicia, a dictar la sentencia. No importa que no se obtenga sentencia favorable en la pretensión material, ni que sea ella infundada o sin derecho. Lo que tenía y ejerció fue el derecho a accionar (acción), el derecho a la tutela o protección jurídica, precisamente el derecho a que el juez resolviera su pretensión material, estableciendo con fuerza de verdad juzgada lo que al juez le parecía justo.[183]

En nuestro país, la Corte Suprema tiene este criterio cuando sostiene que: "la posibilidad de defender un derecho en juicio, como exigencia constitucional, no puede identificarse con el acogimiento de toda pretensión en él sustentada".[184]

Por su parte, la pretensión material se dirige contra el adversario, diferenciándose tanto de la acción como del derecho subjetivo. "Por su naturaleza, la pretensión sustancial o material es una figura jurídica que pertenece al campo del derecho privado",[185] en cambio la acción es un derecho subjetivo público; la pretensión material accede subsidiaria de un derecho principal (de propiedad, crédito, etc.) en cambio la acción es abstracta de toda relación jurídica.

> En su dirección, la pretensión sustancial o material es un derecho contra el adversario; se extingue por la prescripción y puede ser satisfecho por la persona misma del obligado a la pretensión; el deudor, por ejemplo, puede satisfacer extrajudicialmente el interés jurídico que forma el contenido y fundamento de la pretensión simple (material), mientras que el demandado puede en algunos casos, privar a la "acción" de sentido y objeto, pero jamás puede satisfacerla.[186]

183. Ibídem, p. 971.

184. CSJN, Fallos: 250:251.

185. Reimundín, Ricardo, *Los conceptos de pretensión...*, *op. cit.*, p. 40.

186. Ídem.

En cambio, la acción se dirige contra el Estado, tiene carácter irrenunciable o intransferible y se mantiene en el ámbito de la voluntad de particular (puede accionar o no, según lo desee). "En su contenido, la pretensión procesal o material tiene siempre un interés privado".[187]

Agrega Carnelutti:

> … pero si a la parte, *uti singulis*, le pertenece el interés en litigio, a la misma, *uti civis* le pertenece además el interés en cuanto a la composición del litigio, que es un interés de todos y por ello un interés público.[188]

En sus requisitos, difieren igualmente la simple pretensión y la acción; son requisitos de la primera los denominados presupuestos procesales (*v. gr.* competencia, legitimación, idoneidad del objeto, etc.) que interesan también al fundamento y a la legitimidad; en cambio, la acción es un derecho abstracto que no guarda relación con ninguno de esos requisitos.

Finalmente, señalamos que Palacio no atiende esta división de los conceptos (pretensión procesal y pretensión material) para asumir como objeto preciso de la pretensión, el efecto jurídico que ella persigue. De este modo concibe un objeto inmediato, dado por la pretensión que se reclama (condena, declaración, ejecución, etc.) y otro objeto mediato, que recae sobre el bien de la vida sobre el que se pretende obtener la sentencia.[189]

A su vez, Di Iorio elabora la teoría de las "tres pretensiones", partiendo del reconocimiento de sólo una pretensión pero diversificando sus funciones en: *a)* jurisdiccionales; *b)* procesales y *c)* materiales. La primera responde al sujeto a quien se le formula la petición (prestación de tutela jurisdiccional); la siguiente analiza el tipo de prestación que se requiere (se individualiza el tipo de proceso y el objeto peticionado) y la última propicia diferenciar la sanción o consecuencia que acarrea el incumplimiento de cada uno de estas pretensiones.[190]

187. Ídem.

188. Carnelutti, Francesco, *Instituciones del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 33.

189. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 388.

190. Di Iorio, Alfredo, *op. cit.*

41. Continuidad de la pretensión

Considerar la acción como un simple acto de provocación a la actividad jurisdiccional tiene sentido desde una perspectiva estática del derecho, pero pierde utilidad en la continuidad de las secuencias procesales. La acción, como derecho fundamental, subsiste en cada etapa de la litis y resuelve los problemas de eficacia y control del debido proceso.

Por su parte, la pretensión ha puesto de sí los nexos para relacionar tres conceptos esenciales: acción, pretensión y demanda. Cada uno de ellos opera en el proceso en situaciones diferentes:

1. Con la acción se entabla la relación entre el hombre y la justicia. La posibilidad efectiva de obtener tutela del derecho cuando considera afectado alguna situación subjetiva. Reclamado el derecho (pretensión), la acción pervive en cada etapa del proceso como resguardo del derecho a ser oído, que se respalda en el concepto más amplio de la garantía del debido proceso adjetivo. Por esto es una noción abstracta, que no se relaciona con la teoría general del proceso, y sí con la teoría general del Derecho Procesal.
2. La pretensión, por su parte, vincula las nociones jurisdicción, acción y proceso. Su deducción importa hacer efectivo el acto constitucional de pedir (acción) y materializa el objeto que será motivo del juicio. Por consiguiente, esta declaración de voluntad petitoria acarrea efectos jurídicos de trascendencia, en tanto impone al Estado la obligación de asistir al derecho que se dice vulnerado, y de proveer un mecanismo apropiado de dilucidación.
3. La demanda, entendida como el acto formal de poner en funcionamiento el aparato judicial, importa el punto de reunión de la pretensión con el derecho. Vale reiterar, no obstante, que con la demanda podrá ir o no la pretensión (*v. gr.* si el proceso se inicia con una diligencia preliminar), lo que no impide advertir que, aun así, en toda demanda existe una voluntad petitoria. La demanda es, sí, un típico acto procesal.

42. Objeto de la pretensión

En sentido estricto, la pretensión se vincula con los procesos denominados contenciosos, de modo tal que el actor persigue que el demandado se someta conscientemente, o por medio de una declaración judicial, a la voluntad que manifiesta en la demanda.

Ello no obstaculiza entender que existen otras pretensiones allí donde no hay propiamente un demandado, en tanto la declaración de voluntad petitoria persiste y solo puede obtenerla de un pronunciamiento judicial al respecto (*v. gr.* ser declarado heredero, conseguir un efecto declarativo, etc.).

De todos modos, para no enrarecer la cuestión terminológica, tanto Guasp como quienes siguen su doctrina optan por asignar a este tipo de pretensiones sometidas en el ámbito de la denominada jurisdicción voluntaria, una situación intermedia entre la actividad administrativa de carácter espontáneo y la actividad judicial auténtica, atribuyéndoles para su mejor intelección el nombre de peticiones.[191]

En uno u otro caso, la pretensión radica en lo que se pide, con la particularidad de que cuando se tramita en un proceso contradictorio coincide con el objeto del litigio, es decir, con la *res materiae* o con la relación jurídica que se persigue. El alcance que uno quiere asignarle se encuentra en el fundamento de la pretensión, y la causa que lo sostiene, en la razón jurídica que se deduce.

De este modo, se puede constatar que entre la pretensión y el objeto de la litis existen diferencias que pasan por el sometimiento de la última a la voluntad petitoria que surge de la demanda. Por eso, no son términos coincidentes, porque además pueden existir pretensiones diversas o análogas pero con matices de fundamentos (*v. gr.* se puede pretender el dominio de una cosa por haberla comprado, prescripto o heredado, etc.; o su sola tenencia).[192]

191. Guasp, Jaime, *La pretensión procesal, op. cit.*, pp. 100-101; Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 390; Casarino Viterbo, "La jurisdicción voluntaria ante la doctrina", en *Revista de Derecho Procesal*, año VI, N° 4, Buenos Aires, Ediar, p. 354; Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del Proceso*, Buenos Aires, Universidad, 1984, T. I, p. 231.

192. Palacio, Lino, "La acción y la pretensión en el proceso penal", en *Problemática actual del Derecho Procesal, op. cit.*, pp. 548-549; Devis Echandía, Hernando, *Nociones Generales de Derecho Procesal Civil*, Madrid, Aguilar, pp. 235-238.

El concepto de pretensión puede extenderse al campo del proceso penal; así, un preclaro ensayo de Palacio concluye que:

> … concebido el proceso penal en sentido unitario (comprendiendo por lo tanto al sumario y al plenario), su objeto está constituido por una pretensión evolutiva o progresiva que, como tal, comienza con la formulación de la *notitia criminis* y el pedido de medidas investigatorias y cautelares; se integra durante el período instructorio a través de una actividad desplegada por el sujeto o sujetos activos y el propio juez de instrucción, y alcanza su definitiva configuración –transformándose en pretensión investigatoria y cautelar– en pretensión de condena, mediante la acusación que determina la apertura del juicio plenario. En otras palabras, puede decirse que la pretensión penal tiene dos momentos a los cuales son correlativos sendos caracteres: uno preparatorio, de carácter investigatorio y cautelar, durante el sumario, y otro definitivo, y de carácter condenatorio, a partir de la apertura del plenario.[193]

43. Elementos de la pretensión

Toda pretensión contiene dos elementos esenciales: *objeto* y *fundamento*. El primero fue visto precedentemente, y se resume en dar por entendido que constituye la declaración de la voluntad que se pide a cuyo fin se deduce que los presupuestos de hecho que la sostienen permiten coincidirlos con determinados efectos jurídicos. El fundamento, por su parte, relaciona la pretensión con las razones de hecho y de derecho que porta la voluntad petitoria declarada.

Aun siendo infundada o carente de apoyo normativo, la pretensión igualmente existe, pues respecto a sendos motivos es abstracta; en cambio, la razón fáctica y de derecho hacen a la eficacia de la pretensión.

Montero Aroca incorpora en este espacio a la legitimación. En efecto, dice el profesor de Valencia:

> Para que la pretensión sea discutida y resuelta no es necesario que la fundamentación sea jurídicamente correcta, ni que se ejercite por el legitimado activamente contra el legitimado pasivamente; bastará con que se aleguen ambos elementos. Pero para que la pretensión sea resuelta

193. Palacio, Lino, "La acción y la pretensión en el proceso penal", *op. cit.*, p. 549.

favorablemente, fundamentación y legitimación deberán corresponderse con la realidad.[194]

La *causa petendi* necesita desarrollarse para que el juez pueda delimitar el ámbito de la *litis contestatio*, es decir que toda pretensión debe singularizar los presupuestos de hecho que la condicionan a efectos de acomodar su circunstancia al dato jurídico que el ordenamiento jurídico le ofrece como respaldo.

Una pretensión que no concreta el objeto preciso que persigue no tiene eficacia porque adolece de defectos en la fundamentación. Sin perjuicio de esto, cabe agregar que la fundamentación aludida no constituye el justificativo de la pretensión, vale decir, las razones en virtud de las cuales el interés del sujeto activo, de acuerdo con las normas en vigencia, debe ser protegido. Esta justificación no determina la existencia de la pretensión, sino el que sea o no resuelta favorablemente. Es cierto que, en buena medida, ellos se confunden, pero siguiendo a Guasp, debe mantenerse la diferencia teórica.[195]

La pretensión puede fundarse en hechos puntuales que sean la base del acontecimiento que provoca la acción del interesado, o bien sustentarse en situaciones de derecho que permitieran un ejercicio procesal determinado por la calidad del reclamo. Los primeros estarán en terreno del denominado principio de sustanciación (procesos de conocimiento), y los otros en el llamado principio de individualización (procesos ejecutivos).

44. Sujetos de la pretensión

Los sujetos que comparten el fenómeno de la pretensión varían según hablemos de la pretensión material o de la pretensión procesal; aun cuando, en definitiva, están relacionados y caracterizan, en conjunto, la función procesal.

La pretensión procesal vincula al actor con el órgano judicial. Ahora bien, al ser deber del juez brindar tutela y protección al justiciable, tiene la correlativa obligación de proveer la voluntad petitoria presen-

194. Montero Aroca, Juan, *Introducción en el Derecho Procesal, op. cit.*, p. 103.
195. Guasp, Jaime, *La pretensión procesal, op. cit.*, p. 83.

tada; por eso, en este aspecto, la pretensión se da en contra del juez y sin relacionar al adversario.

En cambio, si de la pretensión material se trata, ella se da contra el demandado y ante el juez circunscribiendo la composición del litigio a la materia de fondo que se plantee.

Con relación a los actos sucedáneos de la actividad jurisdiccional, hemos de abordarlo al tratar la jurisdicción; pero, los actos de los litigantes a partir del momento en que la pretensión sustancial se formula, merecen algunas consideraciones más.

45. Resistencia a la pretensión

Toda demanda porta una pretensión que puede o no ser resistida. La simple oposición o la contrademanda son formas de réplica a una pretensión. Explicó Carnelutti que

> La resistencia es la no adaptación a la subordinación de un interés propio al interés ajeno, y se distingue en contestación (no tengo que subordinar mi interés al ajeno) y lesión (no lo subordino) de la pretensión. La litis, por tanto, puede definirse como un conflicto intersubjetivo de interés calificado por una pretensión resistida (discutida). El conflicto de interés es su elemento material, la pretensión y la resistencia son su elemento formal.[196]

Esta reacción[197] implica igual naturaleza que la pretensión, y como ella, supone asimismo una declaración petitoria de voluntad. Ahora bien, esa resistencia a veces se relaciona con el interés (bien de la vida en conflicto), otras, acaece contrapuesto con otro distinto. Normalmente, la confrontación sucede por el choque entre los intereses incompatibles. Pero, a veces, el demandado prefiere adoptar otras actitudes, y en vez de oponerse, se abstendrá de comparecer al proceso; se allanará a la demanda sometiéndose a la voluntad del actor, o en su caso, planteará él mismo su contrapretensión (reconvención).

Cada una de estas posibilidades tiene con la pretensión los mismos elementos que la componen: objeto y fundamento. Por ello, "la

196. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 28.

197. Así prefiere llamarla Víctor Fairén Guillén (*Temas del ordenamiento procesal..., op. cit.*, p. 381); y en nuestro país, Adolfo Alvarado Velloso (*Introducción al Derecho Procesal, op. cit.*, p. 177 y ss.).

razón de la contestación es la inexistencia de una relación jurídica que suministre razón a la pretensión".[198]

Cuando la oposición se dirige contra los hechos o el derecho que fundamenta el reclamo, la contestación del demandado constituye una defensa.

A raíz de los principios que orquesta el sistema de confirmación de las pretensiones, el accionado puede simplemente negar sin fundamentar tal actitud. Si, en cambio, incorpora elementos de réplica, le caben los mismos requisitos de demostración que tiene la declaración de voluntad petitoria inserta en la demanda. Si el demandado alega contra los presupuestos de hecho o de derecho que los transforma, modifica o extingue, esa reacción toma el nombre de excepción. Precisamente, como la defensa, puede ser material o procesal, según que afecte a la razón material o a la procesal de la pretensión.

En cambio, no son actitudes de defensa ni excepción; ni de resistencia u oposición a la pretensión, el silencio expuesto como respuesta al reclamo; o el allanamiento que importa sometimiento voluntario a la pretensión.[199]

Por su parte, la contrapretensión (Carnelutti) o reconvención, va mucho más allá de la mera resistencia:

> ... no se trata ya de dar respuesta a la pretensión del sujeto activo, sino de interponer otra pretensión, que origina una acumulación de pretensión, es decir, de procesos en un único procedimiento, se trata del ejercicio por el demandado de una pretensión contra la persona que le hizo comparecer en juicio, entablada ante el propio juez y en el mismo procedimiento en que la pretensión del actor se tramita.[200]

46. Presupuestos de la pretensión

La pretensión importa una manifestación de voluntad petitoria efectuada por un particular. Este concepto, reiterado a lo largo del capítulo, concierne a los distintos condicionantes que tiene el interesado en deducirla.

198. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 34.
199. Ídem.
200. Montero Aroca, Juan, *Introducción al Derecho Procesal, op. cit.*, p. 107.

Los requisitos para imponerla dependen de la construcción que tenga cada ordenamiento jurídico. Dato común es la presentación ante un juez, lo que excluiría la existencia de pretensiones en el ámbito administrativo; sin embargo, no exceden de allí las singularidades, siendo preciso remitir a los presupuestos procesales para conocer sobre los requisitos para el ejercicio de la pretensión, sean estos referidos a la admisibilidad o a la pertinencia del motivo.

Asimismo, la eficacia de la pretensión se relaciona con los presupuestos materiales o sustanciales que inciden en el dictado de una sentencia favorable. Además, a partir de una clara interpretación de la teoría de la pretensión se puede determinar el objeto litigioso y precisar el alcance de la legitimación procesal.

47. Clasificación de las pretensiones

De acuerdo con la modalidad que presente la pretensión, se pueden establecer distinciones, a saber:

Guasp las agrupa en dos grandes apartados, según que lo solicitado sea la emisión de una declaración de voluntad por el juez, o la realización de una conducta física por el juez distinta del mero declarar; en el primer caso habla de peticiones, y como tales, de pretensiones de cognición o declarativas, y en el segundo de pretensiones de ejecución o ejecutivas.[201]

Carnelutti, en cambio, clasifica según el tipo de procesos que suscita la pretensión, de modo que existirían procesos de cognición y ejecutivos; definitivos y cautelares; o bien, contenciosos y voluntarios.[202]

Cada uno de estos conjuntos se relaciona, a su vez, con el derecho material que se pretende o se ejercita, por eso resulta que existen autores que prefieren hablar de acciones de tal o cual contenido (*v. gr.* acción pauliana; acción de cumplimiento de contrato; acción rescisoria; etc.). Empero este último puede ser incorrecto si –como en nuestro caso– la acción resulta aceptada como una noción extraprocesal sin posibilidad, entonces, de clasificarse.

La pretensión, como vimos, incide en el ánimo del juzgador y condiciona su pronunciamiento con adecuación al marco que limita

201. Guasp, Jaime, *La pretensión procesal, op. cit.*, p. 77.

202. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 319.

la demanda y su contestación. Simplemente por eso, las pretensiones, serán con relación al derecho:

1. Constitutivas: según creen, modifiquen, o extingan una situación jurídica (*v. gr.* divorcio; culpabilidad en el hecho ilícito, etc.).
2. Condenatorias: son las que imponen obligaciones de dar, hacer o no hacer (*v. gr.* indemnización).
3. Declarativas: persiguen despejar la incertidumbre acerca de la existencia o no de un estado jurídico. No presuponen el litigio, sino, tan solo lo presume o proyecta como eventual (*v. gr.* falsedad documental; inconstitucional de una norma).
4. Ejecutivas: procuran el incumplimiento de una obligación previamente documentada (*v. gr.* título ejecutivo; sentencia).
5. Cautelares: cuyo objeto es asegurar anticipadamente el estado de un hecho (*v. gr.* reconocimiento de cosas y lugares) o de un derecho (*v. gr.* embargo preventivo), procurando garantizar el cumplimiento efectivo de una sentencia probablemente favorable.

Capítulo VI
Jurisdicción

48. Concepto

La jurisdicción en la teoría del proceso se ocupa de analizar el rol del juez en el procedimiento. Igual que sucede con la acción, la voz tiene variados interrogantes, ubicados generalmente en la dimensión que se pretende asignar al concepto.

En efecto, el planteo tradicional afirma que la jurisdicción nace como una forma política de organización del Estado, donde la sociedad reclama el imperio del orden, la justicia y la equidad privándose de componer por sí los problemas que afronta, dejando en manos de la autoridad esa atribución. Precisamente, al ser una delegación de facultades personales, la jurisdicción se presenta como una función de garantía específica, que se convierte en poder al resultar única e intransferible.

Basados simplemente en esta idea, la cuestión no importa problema interpretativo alguno, en tanto se comprenden las razones por las cuales el hombre que vive en una sociedad organizada prefiere el control al autojuzgamiento. En este marco, el Estado personifica un ente superior donde se resumen, prácticamente, todas las manifestaciones de la vida en comunión. Evidentemente, el hombre en soledad no tiene más reglas que las de su propia costumbre, pues no tiene que compartir; en cambio, la interrelación humana produce efectos inevitables que bueno resulta sean solucionados sobre la base de principios distintos de la fuerza brutal. En cierto sentido, la jurisdicción como medio pacífico de justicia y orden, es la imposición de una fuerza distinta, que se legitima por la soberanía del poder.

No obstante, dicha transferencia obliga a organizar la labor encomendada, siendo entonces cuando el Estado asigna distintas funciones a cada uno de los poderes. El poder jurisdiccional está para resolver conflictos intersubjetivos, siendo a igual tiempo un deber la prestación de ese servicio.

El resultado de esa intervención genera la creación del Derecho, siendo correcta la siguiente apreciación: "La conducta de los particulares se desarrolla en cierto sentido al margen del derecho. La Ley se formula al margen de lo concreto. Sólo la jurisdicción entiende conjuntamente del Derecho y de lo concreto".[203]

Desde este punto de vista, la jurisdicción como rol del Estado significa el deber de resolver los conflictos de las personas, con independencia e imparcialidad, como supuestos mínimos de la garantía que el proceso afianza. Evidentemente, si el hombre originariamente solucionaba por sí mismos las diferencias que con otros tenía, el concepto de jurisdicción sucede como un avance de toda sociedad organizada, relacionando la autoridad de otrora (basada en la confianza hacia alguien conocido) con el poder actual que se asigna al Estado. Sin embargo, la jurisdicción es anterior al Estado, de modo tal que se puede buscar una noción que la explique sin referenciar al sujeto que la detenta.[204]

La resolución de conflictos que impidan la crisis social; la interpretación de una norma; el control de la sinrazón o la ilegitimidad, son funciones propias y necesarias de la jurisdicción. Frente a ello, se pide a la sociedad la confianza imprescindible para obtener el Derecho. La intervención de un tercero imparcial acontece como un presupuesto lógico en la repulsa contra la justicia de mano propia,[205] debiendo constituir al juez como funcionario cualificado para realizar esta tarea.

El resumen mostrará, finalmente, que las decisiones jurisdiccionales son definitivas (cosa juzgada) sin que pueda volver a revisarse lo actuado si no es por causas absolutamente justificadas.

49. Estado, sociedad y jurisdicción

El principio de la historia comienza con la organización voluntaria de la sociedad. El hombre comprende que para vivir en armonía debe compartir pues no es posible el aislamiento. La idea del orden común asume un rol trascendente con la prohibición de la autotutela, por los graves peligros que esta encierra para la comunidad que se inicia.

203. Serra Domínguez, Manuel, *op. cit.*, p. 21.

204. Ibídem, p. 22.

205. Ramos Méndez, Francisco, *op. cit.*, p. 118.

Cobra entonces el Estado la misión de impartir justicia, aun cuando no priva al individuo de manifestarse en actos personales y directos de composición. La autodefensa, por ejemplo, advierte sobre la permanencia de formas directas de justicia. Un paso avanzado en la evolución del uso directo de la fuerza, fue la llamada Ley del Talión, donde la agresión era devuelta en igual medida que la recibida.

La constitución política obligó al individuo a postergar en favor de la comunidad el derecho de autosuficiencia. De este modo, se canaliza hacia la función jurisdiccional el ejercicio pleno del derecho de juzgar los conflictos entre los hombres.

El problema posterior se encuentra en que el Estado cumple sucesivas veces la función de tutelar controversias intersubjetivas; sea en la dimensión de sus derechos políticos (*v. gr.* juicio político), o en la órbita de sus facultades legislativas (*v. gr.* comisiones investigadoras del Congreso), razón que difumina el concepto haciendo verdad el interrogante de Capograssi: "Si el proceso está caracterizado por el tercero que juzga, ¿quién es el tercero en una cuestión en la que están empeñados orden, propiedad, vida y pensamiento de los hombres?".[206]

La eventual confusión de roles jurisdiccionales en lugares diferentes que ocupa la administración o la legislación, permite observar que también en el Poder Judicial existen acciones que se juzgan sin las reglas habituales del proceso, como puede ser cuando se ejercitan funciones de superintendencia. Es decir, que no siempre la función jurisdiccional se caracteriza por la resolución de conflictos, porque de tomarse como única acepción, también la autotutela sería una actuación jurisdiccional.

Pero difiere de la autotutela en que la decisión no se impone de forma coactiva por la parte más fuerte, sino en solucionar el conflicto a través del acuerdo de voluntades o de la resignación de una de ellas.[207] Por esta razón, los métodos autocompositivos pueden ser unilaterales y bilaterales. Entre los primeros figuran el allanamiento y la renuncia, donde la decisión del interesado genera la inmediata terminación del proceso. Los bilaterales son el desistimiento, la transacción, la conciliación y la mediación. Los tres iniciales fueron denominados por

206. Cfr. Serra Domínguez, Manuel, *op. cit.*, p. 22.

207. Gimeno Sendra, José Vicente, *Fundamentos de Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, p. 109.

Carnelutti como equivalentes jurisdiccionales, al permitir por una vía distinta del proceso, culminar una contienda entre partes.

La característica primordial es el ejercicio pleno de las partes de sus respectivas voluntades para el acuerdo, sin que las formas procesales aniden en estas decisiones.

Por su parte la mediación supone la injerencia de un tercero, voluntariamente designado por las partes, de quien esperan que propicie una fórmula de acercamiento (amigable componedor); o bien, para que emita una opinión resolutiva de acatamiento inmediato (árbitro); o simplemente, para que a través de sus buenos oficios las partes concierten alternativas de arreglo (mediación). La síntesis de lo expuesto, muestra que la jurisdicción acontece en la vida organizada de los pueblos para resolver conflictos de intereses. Al mismo tiempo, se vincula íntimamente como función esencial del Estado.

En uno y otro caso, la simbiosis con el proceso es inmediata, al punto que ha llegado a decirse que

> … el proceso no solamente está ligado al nacimiento de la jurisdicción, sino que ambos resultan en todo tiempo y lugar conceptos indisolubles. Sin esta no existe aquel, puesto que, en el proceso uno de sus sujetos, el situado supra partes, ha de ser indefectiblemente el órgano jurisdiccional.[208]

En consecuencia, la jurisdicción constituye un verdadero poder del Estado, que es anterior a su constitución, y al mismo tiempo, tiene un deber para con el ciudadano, a quien se debe respuesta en equidad y razón para con sus problemas intersubjetivos. En un caso interesa apuntalar la esencia misma de la naturaleza jurisdiccional; en otro, resulta imperioso observar sobre quién recae la función jurisdiccional y el marco sociopolítico donde se configura.

50. La jurisdicción como poder

Analizar la jurisdicción como poder supone admitir que existe una atribución especial para los órganos judiciales que los diferencia de sus pares en la actividad de gobierno, no solo porque controla la actividad de ellos a través de aplicar el principio de supremacía constitu-

208. Ibídem, p. 26.

cional (art. 31 CN) sino también porque debe resolver las controversias que las partes presenten.

El punto principal apunta a resolver si la jurisdicción es por sí misma un poder; o si por el contrario, ella solo constituye un ejercicio funcional del Estado. No debe olvidarse al respecto, como punto de partida al planteo formulado, que la teoría del poder, cuidadosamente elaborada desde la Edad Media, fue abandonada con el advenimiento del concepto de soberanía nacional, del cual se pretende que todo emana.

Así, por ejemplo, Ibáñez Frocham define a la jurisdicción como:

> … el poder estatal, emergente de la soberanía o de sus desmembraciones políticas autónomas, de decidir los conflictos de interés que someten a decisión de sus órganos las personas físicas o jurídicas que integran la comunidad, inclusive la administración del propio Estado, como partes, a los cuales el orden jurídico transfiere el deber de resolverlos conforme a la ley, como así a la ejecución de la sentencia y las demás decisiones del proceso contencioso y del voluntario, inclusive las del proceso penal.[209]

En cambio, Podetti señaló que jurisdicción es:

> … el poder público que una rama del gobierno ejercita, de oficio o a petición del interesado, instruyendo un proceso, para esclarecer la verdad de los hechos que afectan al orden jurídico, actuando la ley en la sentencia y haciendo que esta sea cumplida.[210]

Ambos conceptos identifican la actividad encaminada a comprobar y hacer valer concretamente, en los casos particulares, el ordenamiento jurídico; como la tutela de los intereses que, aun siendo protegidos por normas de derecho objetivo, han quedado insatisfechos, sea porque existe incertidumbre sobre los términos de la norma que debe protegerlos, sea porque esta última, aun siendo reconocida por todos, encuentra inobservancia en la hipótesis examinada.[211]

El Poder Judicial, *lato sensu*, evidencia en la tripartición de funciones un activismo diferente: aplica las leyes y persigue la paz social. En esencia su finalidad es única: decir el derecho (*iurisdictio*).

Sin embargo, la declaración de la norma aplicable no es en todos los casos exclusivo menester de los jueces; también existen órganos

209. Ibáñez Frocham, Manuel, *La jurisdicción*, Buenos Aires, Depalma, 1972, p. 47.
210. Podetti, Ramiro José, *Teoría y Técnica del proceso civil*, Buenos Aires, Ediar, 1942, p. 155.
211. Biscaretti de Ruffia, Paolo, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 1987, p. 519.

legislativos y administrativos que se ocupan de determinar el derecho en una situación determinada. Acontece así que algunos pueden hablar de una jurisdicción judicial, otra ejecutiva y hasta de una parlamentaria, sin perjuicio de otras especiales, como la jurisdicción militar o la eclesiástica.

Desde esta perspectiva podría negarse la existencia de un poder jurisdiccional, para reducir el concepto a una función que, cuando es realizada por magistrados asume particularidades que en otros no sucede, como son las características de definitividad de las resoluciones; y la posibilidad de realizarlas compulsoriamente, en lo que constituye un ejercicio de fuerza legitimada.

En cambio, si pensamos en el origen de la institución vemos que

> … la actividad jurisdiccional resulta, además, una actividad sustitutiva y subrogatoria, en cuanto que el Estado-juez se mueve sólo porque aquellos que deberían haber realizado espontáneamente determinados intereses, actuando así la voluntad de la ley, no lo han hecho, y porque los que miraban a obtener tal realización han sido constreñidos por la prohibición de la autodefensa (afirmada por todos los modernos ordenamientos estatales) a dirigirse al magistrado (según los casos, con una acción o un recurso) para ser reconocidas sus propias pretensiones.[212]

Esta dependencia del individuo para generar la marcha del poder jurisdiccional podría llevar a concluir que, en los ordenamientos políticos basados en la teoría de Montesquieu, a los jueces solo les cabe interpretar la norma y aplicarla en el caso propuesto a su decisión, para dar un resultado concreto e individual. El procedimiento seguido sería ni más ni menos que el esquematizado bajo el sistema de legalidad, en contraposición al sistema de la justicia del caso concreto, en el cual el juez, se convierte al mismo tiempo en legislador, estatuyendo en base a la equidad y haciendo que la sentencia, aunque reviste la forma de acto jurisdiccional, sea materialmente una ley: la ley del caso concreto.[213]

Lo cierto es que, aun dependiente de la voluntad particular, la jurisdicción expresa el poder de quien se la otorga, esto es el pueblo mismo. Es este quien tuvo la potestad de autojuzgarse, de organizarse, de limitarse y finalmente, de socializarse basándose en el principio de

212. Ibídem, p. 520.
213. Ídem.

los derechos compartidos. Por eso la jurisdicción no deja de ser una función del Estado, pero el poder no le pertenece a este sino a aquella.

Habría entonces que distinguir tres conceptos, por un lado el poder, por el otro la potestad y luego la función.

El poder le pertenece al pueblo, y por el principio de autoridad radica en la Nación; la potestad de hacer las leyes corresponde al legislativo; y al ejecutivo cabe la potestad de hacerlas cumplir. Al poder judicial le está atribuida la potestad de aplicar las leyes, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado.

En síntesis, repitiendo a Fairén Guillén:

> El Poder Judicial se desarrolla como una potestad caracterizada por la autoridad, superioridad de jueces y magistrados –"imperium" derivado de la soberanía–; esa potestad es la fuerza que actuando, desarrolla una función. El concepto de jurisdicción no se agota atribuyéndole la naturaleza jurídica de simple poder. Se trata de un poder de juzgar y ejercitar lo juzgado y el tal poder se individualiza dentro de la familia de los mismos por su calidad de potestad, de llevar ínsita una fuerza de mando –autoridad– basada en la superioridad de uno de sus elementos –el juez– sobre las partes, por una autoridad que se manifiesta, aun antes del "juzgar" definitivo –en la sentencia–, en todo lo que supone el instruir, el preparar el juicio, lo cual supone también labor juzgadora y que se reafirma en la ejecución que, no lo olvidemos, forma parte integrante del proceso. Es el "imperium" lo que caracteriza a ese poder y le confiere la categoría de potestad.[214]

51. La jurisdicción como deber

La contracara del *poder* jurisdiccional es el *deber* de resolver conflictos. En el derecho argentino tal compromiso emana de las disposiciones del artículo 116 de la Constitución Nacional, y se extiende a las provincias por implicancia del artículo 5 de la misma carta.[215]

Sin embargo, reducir la función jurisdiccional a las controversias entre personas simplifica una tarea que es más amplia. Basta con agregar las sentencias que se dictan en los procesos denominados de

214. Fairén Guillén, Víctor, "La potestad jurisdiccional", en *Revista de Derecho Judicial*, España, 1972, p. 81 y ss.

215. Ibáñez Frocham, Manuel, *La jurisdicción: doctrina, jurisprudencia, legislación comparada*, Buenos Aires, Astrea, 1972, p. 68.

jurisdicción voluntaria o aquellos donde la solución al conflicto proviene de la exclusiva composición entre las partes, para advertir la diferencia. Asimismo, si la jurisdicción fuese solamente el deber de solucionar en justicia los litigios, existirían procesos inadaptados a esa regla, como los de la jurisdicción penal.

Ocurre que en el estudio del problema, aparecen estas dos extremas concepciones: de un lado, aquella que podríamos denominar *abstracta*, donde el derecho público aflora como contenido esencial, dando primacía a la jurisdicción como poder, es decir, resaltando la actuación del derecho objetivo; y por otra senda, la corriente *concreta*, que privilegia la jurisdicción en terreno del derecho privado, dando interés prevalente a la tutela de intereses en conflicto, sean estos violados o amenazados.

Ambas concepciones responden a un tiempo histórico determinado, que en la actualidad no reconoce el mismo enfrentamiento o polarización, sino un entendimiento común que los integra y complementa.

Por eso autores de esta última generación indican que la jurisdicción

> ... es un poder-deber del Estado. Es un poder en cuanto se manifiesta como la finalidad de lograr la sujeción de todas las personas, incluso el propio Estado, a sus mandatos, como medio para preservar la paz social al impedir que tales personas tengan necesidad de hacerse justicia por mano propia [...]. Como de tal forma existe un monopolio por parte del Estado para ejercer la jurisdicción, los individuos tienen la facultad, de raigambre constitucional, de requerir a los órganos particulares la prestación de tutela, que al presentarse como el ejercicio de un derecho, constituye por consiguiente, correlativamente un deber para el propio Estado.[216]

52. Proceso y jurisdicción

Completando el punto que antecede, en el presente observamos cómo se desarrolla la teoría de la jurisdicción para llegar a ocupar el lugar de estudio que predomina en la teoría del proceso.

El punto de partida vuelve a considerar las dos posiciones clásicas: o es la jurisdicción una función del Estado, destinada a una finalidad específica; o constituye una manifestación auténtica, independiente del Estado, que surge como consecuencia de la restricción cada vez mayor a la acción directa de las partes.

216. Di Iorio, Alfredo, *Temas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Depalma, pp. 34-35.

52.1 Tutela del derecho subjetivo

El punto de partida consideró que la actuación jurisdiccional debía otorgar soluciones a los intereses privados que quedaban afectados. El sometimiento a la ley caracterizó la función de los jueces, pero la actividad, propiamente dicha, era dictar sentencias.

Para el Derecho Romano la *iurisdictio* era el poder de administrar justicia. Inicialmente fue el magistrado quien debía impartirla, para luego derivarse a un funcionario llamado *pretor* (año 389 de Roma). Tiempo después, en época de emperadores, se agregaron otros magistrados, como fueron los prefectos de ciudades, presidentes y magistrados provinciales. Estos reunían dos potestades: el *imperium*, o facultad de utilizar la fuerza para efectuar sus disposiciones; y la *iurisdictio*, que era la facultad de declarar el derecho. Esta última comprendía cinco nociones básicas: a) *ius edicendi*, o derecho de dictar edictos; b) *ius iudicari*, o derecho de otorgar un juez a las partes; c) *ius iudicandi*, o derecho de juzgar por sí mismo todo el proceso sin enviar a las partes a un juez; d) ciertas atribuciones especiales, como el *consilium* (cuerpo asesor) y e) participación en ciertos actos como la *vindicatio restitutio, in integrum*, etcétera.[217]

De estos tiempos se colige que el único acto jurisdiccional posible era la sentencia del juez romano, quien recibía sustanciado un proceso para que simplemente pronunciara el derecho aplicable.

Posteriormente, la evolución de la ciencia y la superación de los estudios procesales van demostrando la expansión que ocupa la función jurisdiccional.

En esta época se estudia y se desarrolla la teoría de la acción (siglo XIX) impactando en la función jurisdiccional que se colige como de protección del derecho subjetivo. El individuo, como tal, recibe la función como único destinatario, y sólo respecto de él, el proceso tiene justificación.

En estos casos la jurisdicción no se plantea como un problema frente al derecho subjetivo u objetivo, sino como un término novedoso de matiz bíblico: el conflicto, la controversia jurídica.[218]

En suma, la presentación histórica de la tarea que los jueces desempeñan fue originariamente descriptiva de la función a cumplir;

217. Cuenca, Humberto, *Proceso civil romano*, Buenos Aires, Ejea, 1957, p. 2.
218. Ramos Méndez, Francisco, *op. cit.*, p. 122.

recién promediando el siglo XIX cuando se analiza el rol del individuo que pide y plantea pretensiones, cobra trascendencia el objeto de tutela. Se custodian los derechos en conflicto, y se enlaza el proceso con el derecho a través de la controversia judicial.

Decía Calamandrei que

> ... la concepción que ve en la jurisdicción civil principalmente la defensa de los derechos subjetivos, parte de las premisas propias del Estado Liberal, para el cual la función del derecho mira, en primer término, al mantenimiento del orden entre los coasociados y a la conciliación de los contrapuestos intereses individuales, y la justicia aparece así como un servicio público puesto a disposición de los mismos. Viceversa, cuando se parte de la concepción autoritaria, que ve en el derecho, ante todo, la voluntad del Estado, y en la observancia del derecho, el respeto a la autoridad, resulta que también en la definición de la finalidad de la jurisdicción queda en la sombra el interés individual en la defensa del derecho subjetivo, y surge en primer plano el interés público en la observancia del derecho objetivo.[219]

52.2 Actuación del derecho objetivo

Las teorías sobre la acción, cuestionadas reiteradamente y sin posibilidades ciertas de llegar a un punto final, relegaron otros estudios, para dirigirse a interpretar el desenvolvimiento de la sociedad organizada a partir de un ordenamiento jurídico. La función del Estado tanto como creador de las normas, como de ser su protector, significó un nuevo paso en la noción de la *iurisdictio*.

La necesidad de trabajar el concepto de jurisdicción se hizo incuestionable.

> El ordenamiento jurídico aparece como un señero conjunto de mandatos que regula inflexiblemente la vida colectiva. Pero desde el punto de vista dinámico, mirando hacia el sujeto en el momento de la aplicación, muestra a veces su insuficiencia como regla de conducta, su importancia como mandato, su fracaso como programa de convivencia. Llega un momento en que la expresión escapa a la norma, que la norma no sirve para regular esta relación de vida, carece de eficacia ante la vida. En ese momento en que, en la vasta extensión de una comunidad organizada jurídicamente, suena un grito de socorro, alguien pide ayuda porque no

219. Calamandrei, Piero, *op. cit.*, p. 65.

> puede satisfacer un interés que reputa legítimo, bien sea porque otro se oponga a su realización, o bien porque estime que la precisión de la norma no le alcanza o, en fin, porque aún incluso en sus supuestos no puede conseguir por sí sólo el efecto que ese interés persigue.[220]

A partir de esta orientación se abren numerosas interpretaciones que motivan aspectos teóricos que enseguida veremos. Lo importante de la evolución marca la división absoluta entre el derecho y el proceso; a partir de ahora, el rumbo señala cómo se aplica la norma objetiva por la jurisdicción; tiende a deducir si ella es preexistente o es una verdadera creación judicial, como advertir el papel del juzgador al emitir la sentencia.

52.3 Legitimación de la actividad judicial

La actuación del juez en el proceso contrajo innumerables planteos acerca de la autoridad que investía. No era muy claro el origen de su poder y menos aún de la legitimación que daba fundamento a sus *auctoritas*.

> Schönke definía a la jurisdicción como el derecho y el deber al ejercicio de la función de justicia, de manera que al suprimirse toda jurisdicción privada ella radicó exclusivamente en el Estado. La jurisdicción comprende el poder jurisdiccional y la función gubernativa; siendo importante esta distinción a causa de que los jueces son independientes en su ejercicio, estando sometidos únicamente a la ley, no siéndolo cuando se trata de actividad de gobierno.[221]

La exclusividad para desarrollar la jurisdicción en tribunales preseleccionados por el Poder Judicial es una verdad de Perogrullo, pues no serían jurisdiccionales aquellos cuerpos orgánicos que resolvieran conflictos sin estar dotados de los atributos de independencia y definitividad en sus pronunciamientos. Precisamente se persigue justificar en ambos términos el contenido y esencia de la misión jurisdiccional.

No sólo el ejercicio monopólico de la tarea de juzgar, sino también la determinación de cómo se ingresa a la función judicial, o cómo se verbalizan las potestades en un proceso dado. Igual extensión le cabe al atributo de la cosa juzgada, natural consecuencia del poder de

220. Martínez Bernal, Juan, "Sobre el concepto del Derecho Procesal", en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1944, julio-agosto, V. 28, pp. 607-608.

221. Schönke, Adolfo, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Bosch, 1950, p. 50.

juzgamiento. Volveremos sobre estas cuestiones que hacen a la fisonomía del tema en análisis.

52.4 Síntesis

Estas consideraciones sobre el contenido de la jurisdicción permiten comprender por qué la expresión abarca usualmente dos interpretaciones de alcance distinto. Por un lado, el *objeto*, representado por la concreta actuación del derecho objetivo, con el fin de tutelar derechos e intereses específicos; por otro, el complejo de los *órganos* que la realizan.

De todos modos, la diversificación temática ocupa un espacio más amplio que el preconizado en ambas cuestiones; el moderno Estado de Derecho, tan bien advertido por Cappelletti cuando señala la influencia de la revolución liberal en la configuración del proceso moderno, apunta a demostrar que existe un criterio sobre la jurisdicción directamente entroncado con la circunstancia histórico-política. Bien distintas podrán ser las conclusiones en un estado democrático, respecto de otro dictatorial.

Aun así, la verdad del suceso manifiesta que para saber qué es la jurisdicción, preciso es resolver la naturaleza de su objeto; para comprender su organización, debe estudiarse su trama institucional; y si queremos saber para qué sirve, tendremos que analizar, exclusivamente, la función jurisdiccional propiamente dicha.

53. Teorías sobre la jurisdicción

Para abordar con exactitud el problema que enfrentamos, debemos sincerarnos con la ubicación que pretendemos para localizar el Derecho Procesal.

Con la jurisdicción, acontece una de las cuestiones más complicadas, dado que el vocablo se utiliza con diversas sinonimias. No obstante, conviene apuntalar en primer término que la jurisdicción desarrolla el papel del Estado en el proceso. Es el rol político que tiene el sistema pensado para los procesamientos y para la función que el juez debe cumplir en ellos. La jurisdicción dimana de la soberanía y por eso solo puede hablarse de una jurisdicción.

De este modo, por un lado se colige la jurisdicción como organización política y por otro, la función jurisdiccional, que sería, propiamente hablando, la actuación del juez como representante del Estado en el proceso. A partir de esta diferencia se observa por qué existe un deber jurisdiccional de resolver los conflictos de intereses suscitados entre partes encontradas que, inicialmente, componían sus problemas de mano propia. Y también, por qué preexiste un poder jurisdiccional anterior al conflicto, obtenido de la apropiación que hace el Estado, como unidad organizada, para alcanzar el objetivo de la paz social.

Ello significa que necesariamente en el proceso jurisdiccional coexisten tres intervinientes: las partes y el juez. Cuando estos elementos no se encuentran, no habrá función jurisdiccional propiamente dicha.

En este sentido, precisa Guasp que

> Para obtener una noción precisa de la función jurisdiccional, hay que renunciar a toda idea que no parta de la congruencia que existe entre jurisdicción y proceso, pues ambos conceptos son correlativos y cualquiera de ellos implica necesariamente el otro.[222]

Ahora bien, las teorías elaboradas en torno de la jurisdicción subrayan por lo general dos aspectos: aquellas que analizan el aspecto puramente subjetivo de la cuestión, pretendiendo deducir de sus conceptos el servicio que presta la institución; y otros que prefieren desarrollar los contenidos objetivos de aquella, expuestos a partir de quienes la cumplen, sosteniendo, en síntesis, que "para que haya jurisdicción es preciso contar con una autoridad jurisdiccional".[223]

En realidad, las posiciones sustentan criterios acordes al tiempo en que se suscitan, siendo claro que, en un primer momento, la ciencia procesal abordó el dilema jurisdiccional en la perspectiva de la tutela asistida para los derechos de los particulares, y como una explicación al fenómeno que por esos tiempos (siglo XIX) importaba el concepto de acción. Luego vendrán los planteos sobre la preeminencia y/o preexistencia del derecho de fondo antes que el Derecho Procesal, o viceversa; para culminar en esta etapa con la noción sociológica que permite desenvolver al proceso, como procedimiento para solucionar conflictos.

222. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 110.

223. Carré de Malberg, René, *Teoría general del Estado* (trad. de Lion Depetre), México, 1948, p. 734.

Conseguida la autonomía del Derecho Procesal el problema de la jurisdicción se desplaza hacia los organismos que la ostentan, para instalar aspectos distintos, tales como: las potestades para actuar la voluntad de la ley; la protección jurídica del derecho sustantivo; la creación del Derecho por la sentencia; etcétera.

Veamos entonces cómo se plantea esta evolución.

53.1 Teorías subjetivas

La atención de este grupo de teorías enfoca la obligación que tiene el órgano jurisdiccional de atender los reclamos que se plantean ante ella.

a. Tutela de los derechos subjetivos

Sostuvo Hellwig que la jurisdicción tiene como fin el descubrimiento y declaración de lo que sea derecho entre partes y de su ejecución y efectividad: el proceso civil, está al servicio de los intereses de los particulares.[224]

La tesis, expuesta en los primeros años del siglo XX, no había comprendido aún la indiferencia que respecto al acceso jurisdiccional tiene el problema de la legitimación. Se puede advertir que si el derecho subjetivo era, por entonces, el interés jurídicamente tutelado, existía, al decir de Rocco, una tutela de la tutela, lo cual equivale a una verdadera tautología.[225]

Por otra parte, quedaban sin explicar aquellos procesos donde lo relevante no era la defensa del interés particular, sino la protección del bienestar general o del interés público.

En suma, la doctrina se vio superada por el tiempo, apenas comenzó a analizarse el contenido de la función jurisdiccional y se trazaron distancias con la actuación del derecho objetivo.

b. Naturaleza bélica del proceso

El ejercicio pleno de la jurisdicción llevó a pensar como *ultima ratio*, la respuesta definitiva a una lucha entre intereses contrapuestos.

224. Cfr. Montero Aroca, Juan, *Introducción al Derecho Procesal, op. cit.*, p. 59.
225. Rocco, Alfredo, *La sentencia civil, op. cit.*, p. 16.

El juez que abordaba la crisis entre hombres ofrecía esa alternativa: resolver sus controversias.

Basados en esta inspiración, nutrida también de ciertos resabios de la teoría de la acción como derecho material, autores como Plosz, De Palo y en alguna medida Carnelutti,[226] dicen que la jurisdicción se reduce a una resolución de controversias.

La crítica mayor sostiene que esta línea de pensamiento deja sin respuesta a los procesos penales y de ejecución, así como ausente y sin fundamento al proceso en rebeldía. De igual manera, como pueden existir litigios sin controversia, y controversias sin proceso, la realidad difumina el criterio.

Coincidimos con Serra, una vez más, cuando opina que

> ... la mayoría de los procesos civiles en su fase declarativa, implican una verdadera controversia jurídica, controversia resuelta por la sentencia judicial, acto en el que principalmente se manifiesta la jurisdicción. Pero tal circunstancia no es específica de la jurisdicción, pues no sólo la controversia es anterior al proceso, sino que además puede ser resuelta por órgano distinto del jurisdiccional, con o sin proceso [...] Si toda resolución de controversias fueran realmente acto jurisdiccional, deberían ser calificadas jurisdiccionales medidas tales como las administrativas, lo que demuestra claramente lo insostenible del argumento.[227]

c. Justa composición de la litis

Sostiene Carnelutti, que la finalidad de la jurisdicción es la justa composición de la litis. Para llegar a esta conclusión, desenvuelve el concepto de *lite*, integrándolo a la teoría general del Derecho, apartando la idea del espacio que trabajó en la ciencia procesal.

Desde sus primeras aproximaciones al tema, el maestro italiano formuló sus aciertos desde un plano objetivo, pensando más en la actuación del derecho que en la forma como era resuelto un conflicto. En efecto, globalmente considerada, esta posición se ocupa más que del problema de la jurisdicción, de justificar la trascendencia de la litis para la teoría general del Derecho Procesal.

226. Cfr. por todos: Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 24 y ss.

227. Ibídem, pp. 25-26.

Tanto como Redenti, el autor nos dice que

> … llamamos derecho (objetivo: ordenamiento jurídico) al conjunto de los mandatos jurídicos (preceptos sancionados) que se constituyen para garantizar, dentro de un grupo social (Estado), la paz amenazada por los conflictos de intereses entre sus miembros. El derecho se constituye mediante la formulación de los preceptos y la imposición de las sanciones. Se observa mediante una conducta de los interesados conforme a los preceptos; se actúa mediante una fuerza que somete a las sanciones a los interesados rebeldes a su observancia. […] Llamamos (por antonomasia) proceso a un conjunto de actos dirigidos a la formación o a la aplicación de los mandatos jurídicos, cuyo carácter consiste en la colaboración a tal fin de las personas interesadas con una o más personas desinteresadas (jueces; oficio judicial).[228]

Agrega, entonces, que por litis entiende un conflicto intersubjetivo de intereses calificado por una pretensión discutida. El conflicto de intereses es su elemento material, la pretensión y la resistencia son su elemento formal. La litis se diferencia así de la controversia, descartando a esta como objeto del proceso. Para nuestro autor, la litis explica el fenómeno jurisdiccional.

Sin embargo, el desarrollo comentado abastece con acostumbrada suficiencia, la naturaleza del proceso de conocimiento civil, pero no se ocupa de ver que entre el proceso y la jurisdicción no existe una absoluta subordinación o dependencia posible. Ya hemos dicho que la jurisdicción es anterior al proceso (litis), por tanto, el concepto de litigio agrega un componente más de interpretación que fue objeto de seria réplica por Calamandrei y Paoli (este, respecto del proceso penal).

53.2 Teorías objetivas

La avanzada concepción de Carnelutti avizoró un cambio de tornas en los desarrollos hasta allí logrados; pese a que existieran ciertos avances que introducían al estudio jurisdiccional desde una visión objetiva.

La hora signaba una preocupación esencial, cual era mostrar la importancia del Estado como organizador de la convivencia armónica en base a un conjunto de disposiciones normativas, que diferenciaban

228. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal civil, op. cit.*, pp. 21-22.

roles singulares cuando atendían al conjunto de la sociedad, o bien, al resolver conflictos entre conductas antagónicas.

De una parte se concreta la objetivación del ordenamiento jurídico; por otro, la identificación de la jurisdicción como una de las funciones del Estado.

Claramente lo dice Ramos Méndez:

> Por una lado, frente al derecho subjetivo de los particulares, centro de atención de todas las teorías de la acción, se constata la existencia de las leyes que tienden a ordenar la conducta jurídica de los individuos. Estos son como el baremo que prevé con carácter general las actividades posibles de todos ellos, estableciendo su regulación conforme a derecho, su modo de devenir jurídicamente. Por otro lado, se distinguen en el Estado diversas funciones, cada una con una misión específica. Con toda facilidad se identifica la función del Estado que crea las normas jurídicas con validez general: la legislación. A las otras dos funciones, jurisdicción y administración, no les incumbe sino aplicar la norma al caso concreto, cada uno dentro de su específico cometido y según sus particularidades modos de proceder.[229]

Le corresponde a Wach iniciar esta corriente de opinión, afirmando que es misión del Estado asegurar la actuación del derecho objetivo en los casos en que el mismo no sea voluntariamente observado;[230] caracterizando la intervención del juez como la "tutela jurisdiccional de los derechos".

Pareciera ser esta la posición dominante, sobre todo a la luz de otros autores que se expresan con variantes que solo matizan la idea sin mudar su naturaleza. Entre los principales cultores indicamos a Betti, Santi Romano, Micheli, Liebman, Prieto Castro y Alcalá Zamora.

Sin embargo, muchas fueron las voces que, autorizadas por su jerarquía intelectual, elevaron críticas contra esta postura. La contraposición sostuvo que no era la actuación del derecho objetivo la característica esencial de la jurisdicción, toda vez que existía sometimiento voluntario a la norma tanto de particulares como por el Estado; siendo en realidad la aplicación del derecho una etapa circunstancial y contingente, supeditada al designio de poner en marcha la acción. Por otra parte, dónde quedarían aquellos procesos resueltos con base en equidad, donde la

229. Ramos Méndez, Francisco, *op. cit.*, p. 124.

230. Wach, Adolf, *Manual de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 309.

norma no existe sino como un conjunto de costumbres que aconsejan un temperamento ideal basado en la justicia estricta para el caso.

a. Jurisdicción como precepto y como sanción

Teniendo por cierto que la actuación jurisdiccional no era el cumplimiento y vida del derecho mismo, Redenti esbozó una doctrina por demás cuestionable, pero que no dejaba dudas en cuanto a su valor intrínseco.

Desde la base de las concepciones dominantes, comenzó acertando en la complejidad que suponían las diferentes posiciones conocidas hasta entonces, para argumentar que una cosa estaba clara: la jurisdicción operaba de alguna manera el ordenamiento jurídico. De aquella máxima sostenida por Cicerón referida a la aplicación por los jueces del derecho ya creado por los cuerpos legislativos (*magistratum vere dicimus lege esse loquentem*), partía la idea de que toda norma imponía una relación clara y unívoca: si ella manda, prohíbe, o permite determinadas conductas, el incumplimiento, o la inobservancia del precepto, desencadena una sanción. La conclusión era esa, precisamente: "la función de la jurisdicción es la de aplicar sanciones conminadas por las normas jurídicas".[231]

Participan de esta corriente Mandrioli y Fazzalari, la defendió Carnelutti y, modernamente, obtuvo elogios de Montero Aroca.[232] De todos modos, Allorio emprendió contra ella, sosteniendo la inexistencia de la sanción como valor jurídico.[233]

231. Redenti, Enrico, *Derecho Procesal Civil*, T. I, p. 10.

232. "Para nosotros –dice Montero– tiene particular interés una consecuencia de esta doctrina, por otra parte muy duramente criticada: la posibilidad de distinguir una parte general del Derecho Procesal, y varias partes especiales, que constituyó una intuición general frente al estudio aislado de los distintos procesos, que continúa siendo todavía hoy la consecuencia obligada de los planes de estudio vigente...". Montero Aroca, Juan, *Introducción al Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 63.

233. Cfr. Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 30, notas 66 a 68. Perdurando la polémica sobre este criterio pero difuminando el problema de la jurisdicción, para acotarse a la cuestión de si es o no la sanción un valor ponderable de contenido jurídico.

b. Jurisdicción y garantía de observancia de las normas

Representa Calamandrei la figura más relevante de esta corriente, no obstante precedida de opiniones en similar sentido pero sin el desarrollo que aquel le otorgó. Bien conocida fue la apatía del maestro florentino para dar definiciones válidas para todos los tiempos y circunstancias, razón que lo lleva a sostener la relatividad histórica del concepto de acción. De todas maneras, aborda el fenómeno de la jurisdicción sobre la base de la instrumentación del ordenamiento jurídico.

La convivencia y la coasociación, motiva dos modos para generar el derecho. Por un lado, que es acaso en el que históricamente se inicia la actividad jurídica del Estado, la autoridad no interviene para regular la conducta de los súbditos mientras entre ellos no haya surgido concretamente un conflicto. Ocurrido este, el Estado interviene como pacificador y de ser necesario, por vía de la fuerza compulsiva.

De otra parte, predomina y es norma corriente, la formulación del derecho por clases, esto es, partiendo de una abstracción se prevé una sanción para el supuesto de inobservancia.

> La diferencia entre dos métodos de formulación del derecho se puede resumir, pues, en lo siguiente: que mientras en el sistema de la formulación para el caso singular el derecho se manifiesta en forma de mandato concreto e individualizado, dirigido al individuo que se encuentra en una situación de hecho ya actual; en el sistema de la formulación legal el derecho se manifiesta en forma de leyes, esto es, de mandatos abstractos y generales, dirigidos de una manera indeterminada a todos aquellos que en el futuro puedan encontrarse en una situación de hecho; formulada anticipadamente, en hipótesis, como posible.[234]

Resuelto el mecanismo de prevención y sanción, se ocupa de ver el rol jurisdiccional en esas consecuencias:

> El Estado, al establecer las leyes, no se limita a dirigir mediantes ellas mandatos que afecten el comportamiento ajeno (que podrían reducirse a platónicas enunciaciones de deseos), sino que se compromete a actuar él mismo, empleando la fuerza, para hacerlas valer. Las mismas no son solamente, pues, una exhortación dirigida a aquellos que deben observarlas, sino una amenaza de represión para los que no las observen y una promesa

234. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 117.

> de ayuda para los que obren de conformidad con las mismas: un programa de fuerza, en suma, que el Estado se propone poner en práctica en el futuro, para impedir que el derecho quede inobservado. En esto consiste la coercibilidad de las leyes: en que las mismas están garantizadas por la fuerza del Estado. Si la actividad de aquellos a los cuales se dirigen las leyes no es conforme al mandato, intervendrá la actividad sucedánea del Estado que, al establecerla, se ha constituido en asegurador de su observancia.[235]

Precisamente, esta actividad ulterior del Estado, dirigida a poner en práctica la coacción amenazada y para hacer efectiva la asistencia prometida por las leyes, es lo que Calamandrei define como *jurisdicción*.

La crítica presentada contra esta posición se funda en que solo explica el fenómeno de la acción jurisdiccional ante la inobservancia o inejecución de las normas previstas, pero deja sin aclarar los caracteres propios de la jurisdicción.[236]

54. La teoría de la sustitución de Chiovenda

Cuando Chiovenda presenta su opinión respecto al deber jurisdiccional de actuar, provoca un cambio trascendente que renueva las ideas imperantes hasta allí. El tiempo anterior analizaba la función jurisdiccional como una actuación provocada por las partes, generando la obligación de dictar sentencia. Pero Chiovenda sostiene otra cosa.

Para el creador de la ciencia, la jurisdicción es la función estatal dirigida a actuar la voluntad concreta de la ley mediante la sustitución por la actividad de los órganos públicos, sea al afirmar la existencia de la voluntad de la ley, sea al hacerla prácticamente efectiva.[237] De este modo, la función judicial obra secundaria y procede ante el desconocimiento del mandato instituido como deber primario.

Esa actividad en el conflicto de intereses se caracteriza por la suplantación que hace el juez, de la actividad puramente intelectual que las partes tienen, de modo tal que con la sustitución opera una efectiva transferencia hacia el Estado en el mecanismo previsto para el cumplimiento del ordenamiento jurídico.

235. Ibídem, p. 128.

236. Ídem.

237. Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 248.

Este autor propicia clarificar que dicha transferencia, más que física y real, es jurídica; significando la incidencia del interés jurídico del Estado para la efectiva adecuación a la voluntad legal. Agrega Chiovenda que esa sustitución no es respecto de las partes, sino de todos los ciudadanos, al afirmar como existente o no una premisa normativa.

> En la sentencia, el juez se sustituye a todos para siempre al afirmar como existente una obligación; al afirmar el derecho a la separación personal o a la nulidad del contrato; o querida por la ley una pena. Esta función no puede expresarse con nada mejor que con las palabras del juez, juzgar; pero también estas palabras pueden ser entendidas en sentidos distintos, como cuando se dice: "nadie es juez en pleito propio". En la jurisdicción se habla del juez en este segundo sentido, esto es, de juez en "causa ajena".[238]

El acierto de esta teoría se refleja en el criterio exacto con que analiza la intervención del tercero imparcial en el conflicto de intereses; y su trascendencia queda demostrada tanto por sus proyecciones como por la escasa resistencia encontrada, donde los autores, antes que contradecirla, partieron de ella para destacar otros aspectos que consideraron también importante para definir la jurisdicción; como para completar sus cuadros y enfoques con esta actividad sustitutiva.

Quizás adolezca la posición de Chiovenda de cierta obviedad, presuntamente conocida y tenida como cierta antes de cualquier explicación. Parece razonable tener en claro que si la misma jurisdicción acontece históricamente como una transferencia de la potestad o función de juzgar, sea lógico que el Estado a través de uno de los poderes ostente –sustitutivamente– aquella facultad de tutela. Además, si la jurisdicción precede al conflicto, según nuestro criterio, no tiene que resultar precisa ni excluyente la figura del juez para caracterizar el ejercicio jurisdiccional.

Es cierto que, para discernir la función es necesario recurrir al tercero y a la cosa juzgada, es decir, al carácter definitivo de sus sentencias, pero la jurisdicción no puede centrarse en una pura actividad de suplantación.

En el desarrollo de la idea, Serra Domínguez[239] menciona la teoría diseñada por Segni, para quien la jurisdicción, en realidad, obedece

238. Ibídem, p. 345.

239. Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 126.

a una sustitución del ordenamiento material por el ordenamiento procesal; sufriendo los embates de un gran sector de juristas, a quienes nos plegamos por considerar esencialmente único y no fragmentado el ordenamiento jurídico.

Otros, como Devis Echandía, argumentan que no hay sustitución, sino superposición de actividades observando que la lógica conceptual equivoca la gramática específica:

> El órgano del Estado se interpone entre las partes como medio de conseguir la paz social que impuso al prohibir la defensa privada de los derechos, sustituyéndolas en su actividad intelectual (declaración de la existencia o inexistencia de la voluntad de las leyes) y en la actividad material de conseguir lo que es debido: la sustitución no consiste en hacerse parte, sino en trasladar la actividad.[240]

Este criterio lo recepta parcialmente Podetti, pues al aspecto del tercero imparcial que actúa, no en lugar o sustitución propiamente dicho de los litigantes, sino por sobre ellos, en ejercicio de una de las facetas de la potestad de mando, agrega un elemento más en favor de su tesis, acerca de que el órgano jurisdiccional, el juez, no es ni puede ser, un sujeto procesal.[241]

Ahora bien, someramente presentadas las principales teorías sobre la jurisdicción, pueden colegirse ciertas consecuencias. Inicialmente, el problema fue referirse y encontrar los motivos y razones que autorizaban al Estado a juzgar las conductas de sus súbditos; radicando el intríngulis en definir si ello era una prerrogativa, una potestad, una facultad, una función, una atribución natural, *auctoritas*, etcétera. Inmediatamente, se dejan de lado estos planteos para dirigirse a la naturaleza de la actividad jurisdiccional, lugar donde se concentra el mayor número de proposiciones.

Aquí surge la gran cuestión, sobre todo cuando hay que fragmentar las funciones administrativas y legislativas que, juzgando o aplicando las normas jurídicas, no ejercen *per se* atribuciones jurisdiccionales propiamente dichas.

240. Devis Echandía, Hernando, *Nociones generales de Derecho Procesal civil, op. cit.*, 1966, p. 78.

241. Podetti, Ramiro, *Teoría y técnica del proceso, op. cit.*, p. 355.

Además, tal como dice Couture, la configuración técnica del acto jurisdiccional no es solamente un problema de doctrina. Es un conflicto de seguridad individual y de tutela de los derechos humanos.[242] Finalmente, aceptando las dificultades para concretar un concepto definitivo, se intentaron explicaciones que abordaron la problemática desde todos los ángulos.

Por ejemplo, Fazzalari cree encontrar los diversos caracteres diferenciales de la jurisdicción en las siguientes notas: a) Tener por presupuesto la violación de un deber sustancial; b) la posición de ajenidad del juez, que no es titular de los derechos ni de los deberes, sino que es tercero. El ser extraño o tercero a la contienda no equivale a ser imparcial, pues el juez, una vez comprobados los presupuestos, es exquisitamente parcial a favor del que tiene razón: abandona la balanza y empuña la espada; c) principios de la demanda y de contradicción; d) no poder ser espontáneamente revocada por el juez.[243]

Fenech comprendió también la complejidad del caso y afirma:

> Cada vez que contemplamos la actividad jurisdiccional, podremos apreciar que en el ejercicio concreto de esta actividad, como en un microcosmos, parecen reproducirse las funciones públicas esenciales del Estado. Se juzga con el enjuiciamiento, se legisla con la declaración, se ejecuta (administra) con la ejecución. La pura actividad de jurisdicción en lo que tiene su genuina esencia, en lo que radica la base y fundamento de esta actividad, es en el enjuiciamiento; por ello no es extraño que el legislador haya tomado este vocablo expresivo de esta esencialísima función parcial como designación para el todo de la actividad.[244]

Otros, en cambio, minimizaron el concepto, reduciéndolo a mostrar sus principales manifestaciones. Goldschmidt decía que "se entiende por jurisdicción civil la facultad (y deber) de administrar justicia en los litigios de este carácter".[245]

242. Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal civil, op. cit.*, p. 31.

243. Fazzalari, Elio, *Note in tema di diritto e processo, op. cit.*, pp. 158-159; ver: Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 46.

244. Fenech, Miguel, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Bosch, 1962, p. 35; ver: Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 47.

245. Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 118.

Prieto Castro adopta una filosofía similar, entendiendo por jurisdicción:

> ... la función por la que el Estado por medio de órganos especialmente instituidos, realiza su deber y su derecho de dirigir el proceso y de hacer que se cumpla el fin de protección jurídica del mismo, aplicando las normas del derecho objetivo a los casos suscitados por el ejercicio de una acción.[246]

Véscovi define a la jurisdicción como una función estatal destinada a dirimir los conflictos individuales e imponer el derecho;[247] sintetizando la concepción más extensa, pero de similar contextura, de Couture, para quien es:

> ... la función pública realizada por órganos competentes del Estado, con las formas requeridas por la ley, en virtud de la cual, por acto de juicio, se determina el derecho de las partes, con el objeto de dirimir sus conflictos y controversias de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.[248]

55. Teoría de la jurisdicción como satisfacción de pretensiones

Guasp propicia esta idea, sostenida esencialmente en la construcción que elabora sobre el concepto de proceso como punto de arranque de toda ulterior creación.

> Puesto que el proceso se define como una institución jurídica destinada a la satisfacción de pretensiones, que han de verificar órganos específicos del Estado, resulta evidente que es básica en todo proceso la intervención de un cierto órgano estatal. Dicha intervención se conoce con el nombre de jurisdicción.[249]

Por eso, la mayor preocupación de esta teoría se basa en encontrar una noción concreta sobre la administración de justicia, debiendo, en consecuencia, trazar diferencias con otras funciones

246. Prieto Castro, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal civil*, Madrid, Ed. Aranzandi, 1982, T. I, p. 47.

247. Véscovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Bogotá, Temis, 1984, p. 117.

248. Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal civil*, *op. cit.*, p. 40.

249. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal civil*, *op. cit.*, p. 109.

esenciales del Estado, como son la legislación y el gobierno. A partir de allí, el nudo gordiano concentra su interés en el rol preciso que cumple la función jurisdiccional.

En este sentido, dice Guasp que:

> El Estado asume esta función no porque sí no lo hiciera quedaría sin resolver un conflicto o lesionado un derecho, sino porque, al no reconocer la figura de la pretensión procesal, quedaría estimulada por el abandono público la satisfacción privada de otras pretensiones de análogo contenido. Así aunque al Estado interesa indudablemente eliminar los conflictos sociales y dar efectividad a los derechos subjetivos que la ley reconoce, o, aún en mayor grado, realizar prácticamente las normas que él mismo ha puesto en vigor, ninguna de las funciones que inmediatamente se dirigen a este fin se basa en supuestos de estricto carácter jurisdiccional. Por el contrario, el fundamento de la jurisdicción se halla en la idea de que, por el peligro que supone la paz y la justicia de la comunidad una abstención de ese punto, se ha de concebir como función del Estado la de la satisfacción de las pretensiones que las partes puedan formular ante él.[250]

Fairén Guillén adopta similar temperamento pero refiriendo no a la satisfacción de pretensiones, sino a la satisfacción jurídica de pretensiones y resistencias; circunstancia que ingresa una diferencia objetiva que concluye en caracterizar su posición en las siguientes notas distintivas: a) La satisfacción procesal es jurídica porque se apoya en el ordenamiento jurídico; b) es equilibrada, porque supone un proceso intelectivo de interpretación, subsunción y adecuación; c) es favorable, según el resultado que alcance total o parcialmente una parte; d) es objetiva, porque persigue llegar a un resultado concreto; e) es razonada (fundamentada) porque debe equilibrar y elaborar sus razones; f) es completa o incompleta, según refiere a todas o a parte de las peticiones recogidas; g) es estable, pues consigue perdurar por los efectos de la cosa juzgada; h) es real y práctica, pues no existe en el plano de la utopía, sino que puede ejecutarse e, i) es de aparición evolutiva, es decir que no puede bastar una declaración platónica, sino que ha de ponerse en práctica, sea por sí o por su ejecución forzosa.[251]

250. Ibídem, pp. 110-111.

251. Fairén Guillén, Víctor, *Temas del ordenamiento procesal*, T. I, pp. 343-355; ver: Montero Aroca, Juan, *Introducción al Derecho Procesal, op. cit.*, pp. 83-84.

Montero Aroca actualiza la teoría fusionando las ideas de Guasp y Fairén, tomando del primero que no se ocupa de satisfacer conflictos de intereses y del segundo que no se trata de satisfacer sólo pretensiones, sino pretensiones y resistencias.

> La satisfacción puede concebirse como una acción y como un efecto, esto es, como una actividad y como un resultado. La satisfacción-actividad puede definirse como el modo a través del que se da solución razonada a una duda o queja formulada, y la satisfacción-resultado como la situación de aquietamiento convenido que se alcanza al deshacerse una duda o queja.[252]

También Barrios de Ángelis modifica esta teoría, sosteniendo que la finalidad no es la de satisfacer pretensiones, sino la de excluir la insatisfacción.[253]

56. Las teorías sobre la jurisdicción en Argentina

Seriamente afirmó Sentís Melendo, repasando las doctrinas en una "visión panorámica del Derecho Procesal argentino",[254] que no había encontrado en ningún autor el concepto y menos aún la definición de jurisdicción que pudiera servir de piedra de toque, en forma tal que, ante cualquier caso particular, ofreciera la seguridad de poder determinar si se trata de la jurisdicción o de otra manifestación pública.

Similar pesimismo manifestó Mercader al indicar que

> ... el inventario de opiniones magistrales dispersas en la literatura procesal más reputada, además de extenso y fatigoso, podría engendrar predisposiciones agnósticas en muchas personas derrotadas por la evidente dispersión de los itinerarios analíticos y por la falta de afinidad acumulativa de las conclusiones [...] los más aventajados tratadistas, en lugar de contestar que es la jurisdicción, optaron por decir como es, o sea por describirla con arreglo al horizonte desde donde eventualmente la contemplan.[255]

252. Montero Aroca, Juan, *op. cit.*, p. 111.

253. Barrios de Ángelis, Dante, *Introducción al estudio del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1983, p. 82.

254. Sentís Melendo, Santiago, *Teoría y práctica del proceso*, Buenos Aires, Ejea, 1959, T. I, p. 42.

255. Mercader, Amílcar, "Naturaleza y límites de la jurisdicción judicial", en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, N° 11, La Plata, p. 352.

De todos modos, y pese a tantas escépticas, la jurisdicción ocupó el interés de nuestros autores tanto para resolver la naturaleza como para definir sus límites. Alsina veía en ella una facultad conferida a ciertos órganos para administrar justicia en los casos litigiosos, si bien es cierto, en otras oportunidades de referencia, prefiere hablar de la jurisdicción como una mera potestad.[256]

Lascano creyó que era una función pública del Estado, operada cuando entre dos partes surgía un conflicto de intereses que soluciona un tercero imparcial que, de esa manera, actuaba la ley.[257] De su lado, Ibáñez Frocham refirió a poderes y deberes[258] y Podetti presentó una generosa definición que atrapó distintas posibilidades.[259]

Igual temperamento siguió Reimundín cuando la calificó como acto complejo sobre el que no se puede obtener una visión unilateral, en tanto implica un conjunto de facultades o poderes y obligaciones o deberes del Estado frente a los particulares.[260] Para Díaz:

> … la función jurisdiccional es el poder-deber del Estado político moderno, emanado de su soberanía, para dirimir, mediante organismos adecuado, los conflictos de intereses que se susciten entre los particulares y entre estos y el Estado, con la finalidad de proteger el orden jurídico.[261]

Finalmente, en esta simple y breve reseña, se agrega Palacio, quien desplaza de su enunciado a la jurisdicción para referirse a la "función pública procesal". De acuerdo con ello el acto jurisdiccional se define como aquel:

> … en cuya virtud un órgano del Estado en sentido jurídico-material (o un órgano al cual el ordenamiento jurídico atribuye funciones equivalentes) mediante una decisión unilateral motivada por un conflicto, y expresiva, por lo tanto, del pensamiento jurídico comunitario en forma indirecta y mediata, individualiza, en un caso concreto, cualquiera de las menciones contenidas en una norma general lógicamente completa.[262]

256. Alsina, Hugo, *Tratado…*, *op. cit.*, p. 206.

257. Lascano, David, *Jurisdicción y competencia*, Buenos Aires, Krajt, 1941, p. 49.

258. Ibáñez Frocham, Manuel, *La jurisdicción…*, *op. cit.*, p. 47.

259. Podetti, Ramiro, *Teoría y técnica del proceso*, *op. cit.*, p. 351/2.

260. Reimundín, Ricardo, *Derecho Procesal civil*, Buenos Aires, Zavalía, 1956, T. I, p. 92.

261. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, T. II-A, p. 17.

262. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. I, p. 344.

57. Síntesis

Al cabo de lo expuesto, se podrían facilitar las conclusiones predicando la relatividad del concepto de jurisdicción, o bien practicando un escepticismo estéril cuyos frutos no reportarían beneficio alguno. Lo cierto es que en el desarrollo acometido emergen dos manifestaciones principales.

Inicialmente, el saber qué es la jurisdicción; luego, la resolución de sus funciones y características donde gran parte de los autores la distinguen de las actividades administrativas y legislativas. Esta dualidad de intereses en vías de propiciar una fórmula definitiva ha llevado a pendular entre orientaciones objetivas y subjetivas, sea que refieran a la actuación del derecho material o a la garantía que supone hacia el ordenamiento jurídico. Se comprueba así, de manera inevitable, que han sido pocos quienes afrontaron el problema desde el plano de los hechos donde acontece (Guasp), esto es, en terreno del proceso judicial; o bien ante la realidad social que enfrenta y sus particulares circunstancias (Satta y Serra Domínguez).

Esta modalidad, huelga señalarlo, privó de flexibilidad a los conceptos para enraizarlos en núcleos estancos, desentendidos del contexto en el que vivían.

Tal como dice Satta:

> … esta esencia de la jurisdicción es advertida, por los demás, por las mismas doctrinas que se han asomado a la jurisdicción, y que han procurado fijar su definición a través de la finalidad: como cuando se ha dicho que la jurisdicción tiende a la actuación de la ley o a la aplicación de sanciones con lo que, bajo el aparente dualismo entre ley y juicio, en sustancia se quiere expresar, en su generalidad, la exigencia de concreción de la norma; o cuando se quiere hacer consistir la jurisdicción en la resolución de los conflictos, con lo que se pone el acento sobre el momento determinante de aquella exigencia; o cuando, aún más evidentemente, se encuentra la característica de la jurisdicción en la actividad sustitutiva del juez (Chiovenda) aunque refiriendo a la sustitución de una actividad debida por un sujeto a otro sujeto, en lugar de aquella más profunda sustitución que se postula por la misma juridicidad del ordenamiento.[263]

263. Satta, Salvatore, *Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 9.

Asimismo, todas las teorías comentadas tratan de concretar en un momento la actividad jurisdiccional, sea en la sentencia, en la admisión de la demanda, o en los efectos definitivos que consigue el pronunciamiento sin detenerse en el análisis de otras particularidades, o en una visión conjunta de ellas, como son: el origen del poder, autoridad o facultad; la naturaleza del juicio jurisdiccional; la esencia misma de la sentencia como acto trascendente de la *iurisdictio*; o los componentes indispensables para su configuración absoluta mediante la perduración inmutable de los criterios alcanzados.

Los autores alemanes (Schönke, Rosenberg, Kisch, Goldschmidt, entre otros) no han prestado mayor importancia al tema, simplificando esos enunciados sobre la base de precisar el ejercicio de la administración de justicia en asuntos de naturaleza civil.

Los franceses, en cambio, ingresaron en el espinoso terreno de explicar el porqué y la razón de la justicia administrativa, hecho que les permite –a su criterio– contar con una verdadera jurisdicción diferenciada, aun cuando presente entre las funciones administrativas.

Los italianos y españoles fueron quienes dieron lecciones superiores de profundización y magisterio, pero no encontraron criterios unívocos, abriendo corrientes como las procedentemente expuestas.

Entre los latinoamericanos, hemos tributado el esfuerzo de los franceses e italianos,[264] contándose notables aportes como la opinión de Palacio, que muestra matices que la singularizan y la aproximan con la doctrina francesa.

58. Críticas

Pensar en la jurisdicción como tutela del derecho subjetivo, adscribe a una corriente superada por los estudios sobre la acción, donde se recortan diferencias entre el derecho y el proceso. De todos modos es innegable la inspiración sociológica de la misma.[265]

Basar las características esenciales de la *iurisdictio* en responder a una lucha de intereses contrapuestos es recortar la *vexata questio* a un hecho posterior al tema que debemos clarificar, pues el conflicto pre-

264. Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal, op. cit.*, p. 33.
265. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho y proceso, op. cit.*, p. 122.

cede al proceso, tanto como el derecho preexiste a lo procesal; además, no toda situación jurisdiccional tiene como pilar al conflicto o la controversia. De igual manera, si fuese tan sólo una justa composición del litigio, retornamos al punto de inicio, porque la jurisdicción precede al tiempo de su máxima expresión con la sentencia, y nadie asegura, en términos de realidad vital, que el pronunciamiento sea justo en lenguaje de reparto equitativo del derecho.

Si, en cambio, fuera la jurisdicción el campo de actuación natural del derecho objetivo, su base sería utópica o meramente hipotética, en tanto obraría desde una perspectiva estática donde el individuo sometido a la voluntad del Estado fatalmente realiza sus designios sin libertad ni posibilidad de desconocimiento. Va de suyo que esta posición evade la realidad del acontecimiento, donde la jurisdicción llega a aplicar una justicia correctiva o de equidad, más que una sanción operada por vía del desconocimiento al precepto.

Estas teorías, por lo general, apuntan a discernir el cometido de la función jurisdiccional, sin resolver el por qué está presente en el entramado legal.

Chiovenda trajo consigo una explicación diferente que fue captada y seguida por los que mencionamos como doctrina mayoritaria. La idea responde con suficiencia al mecanismo por el cual la jurisdicción aplica el ordenamiento jurídico, desmenuzando sus generalidades abstractas para convertirlas en singularidades que se concretan e individualizan en un supuesto determinado. Sin embargo, el desarrollo es parcial y deja numerosos interrogantes, como ocurre con las sentencias declarativas; o en el papel del Estado como parte, entre otras.

Observar a la jurisdicción como instrumento para satisfacer pretensiones, inscribe también un aspecto parcial de su problemática, pues no todo proceso judicial desenvuelve pretensiones –*lato sensu*–, y a veces las partes autocomponen sus conflictos al margen del espíritu de la judicatura.

Por otra parte, parece más aceptable entender que la función procesal es absolutamente jurídica, sin condicionamientos de quienes acuden a ella. La persistencia del conflicto social no autoriza a imponer la ley sino a adecuar, en el marco de la actividad litigiosa, la justa realización del derecho, objetivo final para llegar a la paz social y a la justicia.

De todos modos, esta última posición es la que mayor predicamento tiene, sobre todo cuando se aclara que

> … la jurisdicción tiene como función última, material, el satisfacer intereses. Normalmente pretensión y resistencia supondrán intereses incompatibles, y la jurisdicción habrá de establecer cuál es el interés protegido por el ordenamiento jurídico; se tratará, pues, de solucionar un conflicto. En otros casos el conflicto no existirá, pero aun así al satisfacer la pretensión o resistencia, o las dos cuando contienen la misma petición, la jurisdicción materialmente satisfará intereses.[266]

59. Nuestra opinión

La jurisdicción tiene naturaleza propia y específica; absoluta, si se quiere, en oposición al relativismo mencionado. Hemos anticipado que aquella desarrolla el papel del Estado en el proceso, agregando que es el rol político que tiene pensado el sistema para los procedimientos y para la función a cumplir en ellos.

Por eso, debemos resolver *ab initio* qué es la jurisdicción, dividir luego sus componentes, determinar para qué sirve, hasta llegar al mecanismo de actuación propio de la función jurisdiccional. Para ello es preciso partir de una afirmación: el ejercicio jurisdiccional es único, y se lleva a cabo por jueces y magistrados.[267]

Tal deducción no pretende desconocer actividades similares que celebran otras áreas del Poder, entendiendo a este como único e intransferible del Estado, aun cuando divida sus funciones específicas. El derecho político y el constitucional consagran la jurisdicción en el Poder Judicial, y ello es un hecho irrefutable que no admite negaciones o alternativas. A lo sumo, si existen funciones típicamente judiciales en la administración o en el órgano legislativo, se procura responder dogmáticamente a ellas, sea para excusarlas o justificarlas, o bien para exonerar el desvío otorgándoles un carácter que, por vía de principio, no es jurisdiccional.

266. Montero Aroca, Juan, *Introducción al Derecho Procesal, op. cit.*, p. 111.

267. Gimeno Sendra, José, *Fundamentos de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 27. "… no creemos que la jurisdicción pueda ser definida atendiendo tan solo a un criterio objetivo o funcional, toda vez que no constituye ente abstracto alguno, sino que, por el contrario, la actividad jurisdiccional es ejercida por jueces y magistrados".

La única relatividad que puede encontrar este desenlace deviene de la inestabilidad de la administración de justicia ante Estados absolutos, dictatoriales o totalitarios; pero superados en la historia estos modelos despóticos no caben dudas en recibir el criterio organicista para saber cuándo existe jurisdicción.

Claro está que la definición por el órgano que la ostenta es superficial y contingente; pero también lo es que, utilizada como premisa, excluye sin esfuerzo a aquellos que quieran decirse *jurisdicentes* cuando no tienen la atribución natural que proviene de la misma soberanía del Estado.

El acto jurisdiccional reviste especialidad por el funcionario que ostenta la facultad de actuarlo[268] y porque, precisamente, esa autoridad que inviste constituye la representación misma de la autoridad del Estado.

Ahora bien, dicha asimilación llevaría de suyo que jurisdiccional sería, entonces, el Poder Judicial. Pero aunque la coincidencia existe, normalmente no toda la actividad de este órgano del Estado desenvuelve funciones jurisdiccionales. En cierto modo, la dificultad para establecer una absoluta absorción proviene de la

268. "La posición se alimenta sobre el conocido principio de Montesquieu sobre la tripartición del poder, aunque para algunos solamente existen dos funciones del Estado: la legislativa, exteriorizada en la creación de actos-reglas (leyes en sentido material) y la administrativa. Según los administrativistas franceses, la función jurisdiccional forma parte de la función administrativa del Estado. Kelsen, por su parte, agregó: "la usual tricotomía se basa en realidad en una dicotomía. La función legislativa suele oponerse a un mismo tiempo a las funciones ejecutiva y judicial que, de manera obvia, tiene entre sí una relación mayor que la que guardan con la primera. La legislación (*legis actio* del Derecho Romano) es la creación de leyes (*leges*); si hablamos de 'ejecución' tenemos que preguntarnos qué es lo que se ejecuta, la respuesta no puede ser otra sino la de que lo que se ejecuta son las normas generales, es decir, la constitución y las leyes creadas por el poder legislativo. Sin embargo, la ejecución de leyes es también función del llamado poder judicial. Este último no se distingue del denominado poder ejecutivo en el hecho de que solamente los órganos del segundo 'ejecuten' normas. En tal aspecto, la función de ambas es realmente la misma. Las normas jurídicas generales son ejecutadas tanto por el poder ejecutivo como por el poder judicial; la diferencia estriba solamente en que, en un caso, la ejecución de las normas generales es confiada a los tribunales, y en el otro, a los llamados órganos 'ejecutivos' o administrativos. la tricotomía usual es, pues, en el fondo, una dicotomía, es decir, la distinción fundamental entre *legis latio* y *legis executio*. La última es subdividida en las funciones judicial y ejecutiva en sentido estricto..." (Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado* [trad. de Eduardo García Maynez], México, UNAM, 1950, p. 268).

extralimitación de funciones que, de continuo, abusan los poderes Legislativo y, sobre todo, el Ejecutivo, llevándolos a desarrollar funciones típicamente judiciales.

Sin embargo, la custodia del orden jurídico resulta consustancial a los jueces, sin importar por ahora la presunta sumisión que existe respecto al interés o iniciativa para activar dicha tutela. Compartimos, en este aspecto, lo dicho por Calamandrei en cuanto a que los varios medios que el Estado prepara para reaccionar (de propia iniciativa o a petición del particular) contra la inobservancia del derecho objetivo, constituyen lo que se puede llamar garantía jurisdiccional de las normas jurídicas.[269]

Instalada la jurisdicción en el Poder Judicial, ella misma se convierte en un poder. Pero poder en el sentido de potestad, cuya contracara reconoce un deber hacia el justiciable. Ese poder-deber está presente y nutre la esencia misma de la jurisdicción: deben resolverse conflictos de intereses porque se debe evitar el ejercicio de la acción privada de composición, admitiéndose en consecuencia, excepcionalmente, la fuerza en manos del hombre.

Es un poder por la transferencia que obtiene el Estado para que a través de los jueces apliquen el ordenamiento jurídico, común y natural de toda comunidad organizada que persigue la paz social y la seguridad jurídica.

No nos convence el atributo de autoridad (*auctoritas*) que otros autores señalan en sustitución del concepto de potestad. Sobre todo cuando advertimos que el criterio se toma del derecho romano donde el juez obtenía ciertas condiciones de idoneidad (*auctoritas patrum; auctoritas prudentium*) que difieren y se distinguen del valor potestad, que supone una fuerza socialmente reconocida. Además, la potestad se caracteriza por una serie de componentes que constituyen elementos siempre presentes en la jurisdicción; condiciones que no se dan por el simple hecho de la autoridad.

En cambio, puede aceptarse a las *auctoritas* como saber o verdad admitida en el seno de una comunidad organizada, donde quien la ostenta goza de superioridad moral, prestigio y dignidad. Ellas acontecen así como sucedáneas de la potestad y concurrentes con el órgano

269. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 134.

jurisdiccional a fin de que sus decisiones se impongan, no tanto por la mera existencia de un procedimiento de ejecución que las respalda, cuanto por la propia autoridad o prestigio del sujeto del que emanan.[270]

Conocido que la jurisdicción es un poder-deber sostenido en un monopolio o exclusividad mentada como atributo de la soberanía, resta por saber para qué se utiliza. Al respecto existen dos corrientes principales, sin perjuicio de las variaciones precedentemente expuestas: a) resuelve conflictos o controversias; o bien, b) actúa el derecho objetivo.

Tenemos por cierto que el ejercicio de la actividad jurisdiccional emana de la misma necesidad de conciliar intereses en una sociedad civilizada. Si antes la figura del *pater familias*, del jefe del clan, etcétera era de simple pacificador entre individuos con aspiraciones contrapuestas, en la actualidad se privilegian fines específicos de prevención a partir de un ordenamiento jurídico determinado; y de represión tendientes a penetrar en la causa del desvío procurando restablecer el orden primitivo.

Si fuera entonces finalidad de la jurisdicción resolver conflictos o controversias, encontraríamos una gran zona de actuación judicial que no ingresa en el terreno de la mera composición. A su turno, si fuese de actuación del derecho objetivo, sería forzoso trazar distancias con los otros poderes del Estado que también aplican en su campo normas sustanciales.

Basados en la garantía fundamental que establece la jurisdicción en el concierto de los poderes del Estado se impone considerar la protección suprema que esa atribución significa, de modo tal que lo esencial de la *iurisdictio* no sea tanto la de aplicar el orden jurídico preestablecido, como sí la de darle el valor y el respeto que esas normas ponderan al conjuro de un cuerpo jurídico superior. De esta forma, a la jurisdicción no solo cabe aplicar las leyes, sino controlar su consti-

270. Gimeno Sendra, José Vicente, *Fundamentos de Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 33. Agrega el ex magistrado del tribunal constitucional español que "la *auctoritas*, contrariamente a lo que sucede con la potestad jurisdiccional no es un patrimonio exclusivo de la jurisdicción. Cuando las partes en conflicto deciden acudir a una persona individual o jurídica en busca de consejo (*v. gr.* dictamen de una facultad de derecho) o a solicitar su medición o buenos oficios, lo hacen en base a *auctoritas*, aunque aquí el tercero carezca de la potestad jurisdiccional. Algo similar ocurría en la Roma anterior a los tiempos del emperador Augusto, cuando la *scientia* o autoridad de los juristas era solamente reconocida" (p. 34).

tucionalidad y fiscalizar la legalidad de los actos administrativos. Este sería el verdadero contrapeso del Poder Judicial, en el equilibrio pensado para los poderes del Estado.[271]

271. "La subsistencia del Estado depende de que interpretando un conjunto de sentimientos de la comunidad, haga coincidir lo justo y lo legal; pero no dejan de advertirse las discordancias cuando el sentimiento de lo justo de una comunidad tropieza contra la anquilosis de lo legal. Este fenómeno origina la reacción de la comunidad, sea por vía de la violencia, sea por vía del mismo orden jurídico, para obtener una nueva coincidencia de lo legal con lo justo. por eso, en la definición de función jurisdiccional no se debe admitir la inclusión de finalidades que sean extrañas al poder jurídico establecido por el Estado; empero, se puede admitir que la función jurisdiccional se desempeñe como un sistema de control de la legalidad, y a esto alude el art. 34 inciso 4° CPCC, al referirse a la 'jerarquía de las normas vigentes', por ese control siempre se efectuar con la ley y por la ley, no más allá de la ley o contra la ley". Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal, op.cit.*, p. 24.

Capítulo VII
La función jurisdiccional

60. Clasificación de funciones en el ejercicio del poder

Al diferenciar la jurisdicción por el poder que la localiza, no pretendemos instalar allí, únicamente, las líneas y contornos que dibujen específicamente la cuestión analizada. Es evidente que el criterio orgánico no explica los actos presuntamente jurisdiccionales del legislador, ni los que vierte con mayor continuidad la administración. Es obvio, también, que por este camino no ingresamos en la tipicidad del acto jurisdiccional, y bien cierto es que la facilidad obtenida desde el comienzo como pauta, se dificulta cuando se trata de precisar la función jurisdiccional.

De todos modos, nos imponemos este emplazamiento por razones de técnica y exposición, y solamente para advertir que cuando se observa la característica inicial de la jurisdicción, lo primero que emerge es el órgano que la emite; luego, al profundizar, resulta obligado encontrar el contenido de la función para, de esta manera, cerrar el círculo definitorio.

Al ser la jurisdicción un poder-deber, relegamos la posición más difundida de función pública, pero ello no supone desplazar el contenido de interés público que la noción importa. La diversidad de funciones que el Poder Estatal ostenta, necesita para su vigencia y práctica efectiva que se diversifiquen las misiones, como una forma de alentar la eficacia del mecanismo.

Es hoy doctrina superada aquella que concebía al Estado sobre la hegemonía de tres poderes; la visión contemporánea de política constitucional refleja que el poder es único y fracciona sus funciones en tres órganos que exteriorizan actos concretos y específicos de la voluntad estatal. En este sentido, el Poder Judicial tiene el monopolio de la jurisdicción.

61. Jurisdicción y legislación

No existen problemas superiores que impidan delimitar las funciones jurisdiccionales de las legislativas, aun cuando ambas comulguen en la finalidad de obtener la paz social y la armonía entre los conciudadanos.

Es verdad que la distinción más importante corresponde sobre las realidades que atrapan, en tanto una legisla hacia el futuro mediante la aprobación de normas generales sostenidas sobre la base de una abstracción que inspira una conducta ideal, la otra aplica un ordenamiento jurídico preestablecido. Una opera sobre la finalidad que persigue con autonomía de situaciones la voluntad del conjunto; la restante complementa e interpreta un acto ya conocido, siendo su obrar resorte de una crisis de identidad o desconocimiento hacia esa previa estipulación del orden normativo.

Calamandrei ubica tres características en el acto legislativo: a) generalidad, b) abstracción y c) novedad. La primera, porque la ley regula una serie de casos indefinidos y no solo una causa. Es una volición abstracta en cuanto no regula casos ya concretamente verificados en la realidad, sino considerados en hipótesis como posibles en el futuro; y es innovativa porque nace con ella un nuevo derecho.[272]

Frente a ellos, el acto jurisdiccional se muestra *especial* o *único* en tanto analiza un caso en particular sin extender sus efectos más allá de los límites que le fija el instituto de la cosa juzgada; es *concreto* porque emite un juicio de valor circunscripto a un tema específico y sobre el que existe un orden jurídico previo que lo regula; y es *declarativo* porque no crea un derecho nuevo, sino que observa el desplazamiento del que le precede para subsumir en él las conductas juzgadas.

No varía el criterio ni se difumina cuando el juez declara la inconstitucionalidad de una ley, o la ilegalidad de un precepto o resolución administrativa, por cuanto, siendo función jurisdiccional la tutela del orden fundamental establecido en la Constitución, puede sentenciar contra el derecho consagrado en la norma (legislativa o administrativa) sin cercenar con ello el equilibrio de las misiones.

En realidad esa actitud de enfrentamiento no supone crear derecho, sino tan sólo, acomodar la situación legislativa a tono con la fina-

272. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 184.

lidad que le impone el orden superior de las garantías mínimas para preservar la continuidad del sistema (art. 31, Constitución Nacional). No es necesario insistir –agrega Guasp– que pese a tales diferencias, la actividad legislativa y la jurisdiccional mantienen importantes relaciones: la legislación produce normas diferentes al ejercicio de la función jurisdiccional; la jurisdicción examina o puede examinar la regularidad material o formal de las leyes para determinar su constitucionalidad.[273]

El proceso de formación es sustancialmente distinto: la ley proviene de un análisis previo de necesidades que consensúa en el debate parlamentario su conveniencia e implantación; mientras que el acto jurisdiccional (sentencia) se halla precedido de un proceso que reclama un mínimo de seguridades (debido proceso) para garantizar la eficacia del resultado.

En el plano de la vigencia se produce una nota singular que cobra trascendencia. La ley puede ser modificada, transformada o simplemente derogada, mediante el dictado de otra disposición similar que la sustituya o simplemente la anule. En cambio, el acto jurisdiccional es inmutable y pervive hacia el futuro impidiendo toda nueva reconsideración entre las mismas partes. Esta firmeza del acto jurisdiccional se denomina: cosa juzgada.

62. Jurisdicción y administración

Buscar diferencias entre la jurisdicción y la administración sobre las encontradas con la función legislativa padece de notoria insuficiencia, toda vez que son reiteradas las oportunidades en que coinciden las actividades de aquellos al punto que provocan significativas confusiones.

Tanto el Poder Judicial como el Ejecutivo aplican normas jurídicas vigentes en supuestos que la realidad les presenta; sus juicios de valor son similares y las consecuencias y efectos de sus decisiones tienen la misma fuerza ejecutiva. Sin embargo, en este último aspecto, la cosa juzgada ingresa un matiz definitivo, como veremos enseguida.

Antes de ello, interesa señalar que los procesalistas investigaron la problemática y encontraron que esta era una diferencia importante que pudo aportar elementos para la autonomía de la ciencia procesal.

273. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 111.

Clásica, pero sumamente disentida, es la tesis de Chiovenda que ve en la jurisdicción una actividad sustitutiva y secundaria que se ejerce suplantando la actividad de las partes.[274] La administración, en cambio, no sustituye a nadie, sino que actúa en defensa de sus propios intereses; su actividad es primaria, autónoma e impuesta por la ley a sus órganos públicos.

Carnelutti prefirió destacar el interés puesto en juego para distinguir entre un interés público externo que satisface preferentemente la función jurisdiccional, y un interés público interno desenvuelto dentro de la administración. De este modo "... la función administrativa se cumple en el conflicto; la función procesal, en cambio, actúa sobre el conflicto. Por tanto, la diferencia entre acto procesal y acto administrativo es claramente causal".[275]

Se enrolan en esta corriente, entre otros, Ugo Rocco, Rosenberg y Devis Echandía (sólo por mencionar escuelas geográficamente distantes), es decir que se confirmaría la distinción a partir de la posición de los partícipes en el conflicto.

> El juez actúa sobre las partes y resuelve los conflictos o los intereses no litigiosos sin que el Estado que representa sea parte de ellos; la administración actúa como conducto de su funcionario como parte en el conflicto o en el asunto que resuelve.[276]

Calamandrei optó por advertir las distancias que mostraban las actividades, que denominó jurídicas, cumplidas en ambos poderes. Colegía entonces que

> ... mientras con la función legislativa, integrada por la jurisdicción, el Estado establece y hace observar el derecho que regula la conducta de los otros y existe, por consiguiente, como fuente y como garantía del derecho, por encima y por fuera de las relaciones que el derecho regula para los otros, mediante la función administrativa, el Estado desciende y se sumerge él mismo dentro del derecho; y para alcanzar los más variados objetos de civilización y de bienestar colectivo, participa él mismo con carácter de *administración pública* en la vida práctica del derecho, convirtiéndose en

274. Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal civil, op. cit.*, p. 344.

275. Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal civil, op. cit.*, p. 77.

276. Devis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso, op. cit.*, p. 109.

> sujeto de relaciones jurídicas al mismo nivel que todos aquellos para los cuales el derecho vale como regla de su concreto operar.[277]

En esta breve reseña conviene incorporar a Guasp, quien encuentra la diferencia en la pretensión:

> La función jurisdiccional está basada en la dualidad fundamental de personas que piden y personas que conceden, se mueve siempre en torno al problema de la satisfacción de una pretensión; la función administrativa no exige, conceptualmente, para su desarrollo, esta iniciativa o impulso exterior a sí misma, puede obtener la realización de sus fines mediante una conducta espontánea de los órganos a quienes está encomendada. Así, mientras la jurisdicción es función estatal de satisfacción de pretensiones, la Administración es función estatal de cumplimento de los fines de interés general.[278]

Entre nuestros publicistas, interesante es la opinión del jurista del derecho administrativo Diez, al señalar que

> … la actividad judicial no se gobierna por instrucciones, y un acto mediante el cual un órgano que tiene poder para dar instrucciones intente prescribir a un juez un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones judiciales, sería un acto inexistente en el derecho.[279]

Las construcciones elaboradas muestran que cada una de ellas edifican sus fundamentos y particularidades a partir de encontrar nexos y puntos de reunión entre los actos jurisdiccionales y administrativos. En efecto, la existencia de un conflicto; la utilidad que presta para la solución un ordenamiento preconcebido; el estudio de las causalidades para llegar a la subsunción de la conducta a la norma; el mismo procedimiento habitualmente concebido en las tres etapas clásicas de la proposición, deliberación y decisión; cada uno de ellos en conjunto perfilan un rostro muy similar para el activismo jurisdiccional y administrativo.

Sin embargo, la parte final del camino empieza a bifurcar senderos. Si el recorrido comienza por el procedimiento administrativo, advertiremos que las decisiones finales no son definitivas pues siempre admiten la revisión judicial de sus actos. La imperatividad proveniente

277. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal civil, op. cit.*, p. 185.
278. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 112.
279. Diez, Manuel María, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1956, p. 16.

de la fuerza ejecutoria que posee intrínsecamente, no impiden la reiteración del planteo ante una instancia nueva como es la jurisdiccional.

Si fuese de un proceso judicial el tránsito escogido, la sentencia gozaría de un atributo que otros actos no tienen: la eficacia de la cosa juzgada. Sería esta la característica principal que define a la jurisdicción frente a la legislación y a la administración. La permanencia de las resoluciones hace a la función jurisdiccional.

Serra Domínguez lo define contundentemente:

> Cuando un acto determinado sea irrevocable o esté ligado directamente a un acto irrevocable, dicho acto será jurisdiccional. Cuando, por el contrario, existe la posibilidad de que un acto sea revocado, incluso una vez adquirida firmeza, el acto tendrá naturaleza administrativa.[280]

La certeza práctica que tiene esta característica elimina dificultades de estudio y facilita el encuentro con manifestaciones jurisdiccionales. Pero, además, enfoca un aspecto peculiar de la jurisdicción, cual es su ajenidad con la función pública para ubicarse en el ámbito del proceso y como una garantía previa.

La inmutabilidad de los decisorios, unido a la ejecución del mandato judicial es precisamente la piedra de toque que completa esta teoría. La sentencia puede cumplirse inmediatamente, porque el condenado está personalmente conminado a ello; a diferencia del acto administrativo de resolución que carece de fuerza compulsiva, aun cuando posea autoridad.[281]

De todos modos la cosa juzgada es la referencia más concreta para encontrar distancias. Sin embargo, son numerosas las objeciones que se formulan a este criterio.

En primer lugar, se dice que no todo proceso culmina con la sentencia, impidiendo entonces conseguir efectos definitivos; asimismo, se arremete contra otras figuras procesales como la litispendencia. En realidad, estas objeciones no transmiten alternativas de probable

280. Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 60.

281. Eduardo Couture decía que "la cosa juzgada pertenece a la esencia de la jurisdicción. Si el acto no adquiere real o eventualmente autoridad de cosa juzgada, no es jurisdiccional. Si el acto adquiere autoridad de cosa juzgada es jurisdiccional. No hay jurisdicción sin autoridad de cosa juzgada. También pertenece a la esencia de cosa juzgada, y, en consecuencia, de la jurisdicción, el elemento de la coercibilidad o ejecución de las sentencias de condena, siempre eventualmente ejecutables" (*Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 36).

suceso. Puede ocurrir que el litigio culmine sin sentencia por mediar abandono del mismo, en cuyo caso, no existiría inconveniente alguno en reproducir la pretensión y generar un nuevo litigio, toda vez que en el primero no existió decisión jurisdiccional. Si, en cambio, el juicio fue objeto de una estipulación precisa de composición (allanamiento, desistimiento, transacción, etc.), los actos que ratifican esa conducta convalidan con efecto definitivo (*res judicata*) las soluciones alcanzadas.

Con relación a la litispendencia, Ramos Méndez apunta coherentemente que

> … nada obsta para la calificación de jurisdiccionales de algunos de los actos producidos a raíz de la litispendencia, ya que por sí mismos no constituyen unidades autónomas, sino que se integran en el proceso en el cual se desarrolla no sólo la jurisdicción sino también la acción de las partes.[282]

En segundo término, se cuestionan los límites que impone la cosa juzgada, dado que no siempre son temporalmente definitivos, sino que reducen su extensión según la calidad de las partes o la naturaleza del problema (cosa juzgada formal y material). Pero el reparo es baladí, porque en suma existe cosa juzgada, y la posibilidad de reiteración encuentra los valladares concretos de la trama procesal, sea por los alcances de la *res judicata*, o por las cancelaciones futuras que establece la preclusión de ciertos actos procesales.

En tercer lugar, se critica el carácter definitivo e irrevocable de los pronunciamientos, a la luz de impugnaciones específicas que los revocarían oportunamente (*v. gr.* recursos de revisión; rescisión; extraordinario de nulidad; etc.). También aquí el cuestionamiento cae por su propio peso, en atención a que siempre existirá una nueva decisión y, en definitiva, no supera el problema de los límites de la cosa juzgada.

Asimismo va cobrando fuerza la posición de cierto sector que alerta sobre la existencia de cosa juzgada en los actos administrativos, quebrando de ese modo la nota atributiva especial que se pretende para la jurisdicción. Empero, el llamado de atención retorna al punto inicial de estas reflexiones, destacando simplemente a los fines de esta exposición, que no existe tal cosa juzgada administrativa sino algo similar que es la firmeza de ciertos actos que devienen irrevocables.[283]

282. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 141.

283. Gozaíni, Osvaldo, *Introducción al nuevo Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediar, 1988, en especial capítulos I a IV.

63. Unidad de la jurisdicción

Si bien es cierto que resulta muy cómodo sostener que hay función jurisdiccional cuando es un tribunal el que interviene y dicta sentencias de carácter definitivo, tal afirmación corre el riesgo de confundir al intérprete cuando la misión de administrar justicia se reparte hacia otro conjunto de funcionarios que no ocupan lugar en el área de la magistratura como poder, pero que tienen autoridad por la división que ocupa la función jurisdiccional. El caso de los tribunales administrativos que no dependen del Poder Judicial constituye el supuesto generalizado para provocar la discordia. Sin embargo, pueden encontrarse soluciones estableciendo diferencias y perfiles propios a partir de la revisión que cuenten los actos.

Para ello es preciso entender que no es un resultado valioso dividir el concepto de jurisdicción, pues equivale a escindir su misma naturaleza. La jurisdicción es única siendo imprudente pensar en más de una jurisdicción para el Estado. Por consiguiente, el órgano con funciones jurisdiccionales también es único.

La cuestión jurisdiccional de los tribunales especiales puede encontrar otro matiz distintivo en la independencia que cuente el órgano para desenvolver su autoridad y magisterio.

Bien señala Gimeno Sendra que

> ... en un Estado de Derecho la función de juzgar debe encomendarse a un único conjunto de jueces independientes e imparciales, en donde toda manipulación en su conformación y competencia está expresamente desterrada. La ausencia de imparcialidad e independencia sería causa para desconocer ejercicio alguno de jurisdicción.[284]

La confusión sobre el tema tiene otros aspectos que ponderar. Es común oír en detalle sobre cómo se divide la jurisdicción, cómo se clasifica, cómo se reparte, etcétera. Cada una de estas menciones adolece de una gravísima falta de razón, pues lo que en realidad presentan con facetas propias y singulares, no son más que manifestaciones de la función jurisdiccional.

Cuando se divide la jurisdicción en civil, comercial, penal, laboral, contencioso administrativa, etcétera, existe en realidad una sepa-

284. Gimeno Sendra, José Vicente, *Fundamentos de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 90.

ración de la función con arreglo a la especialidad del objeto procesal. Otra diferencia podría hallarse en alguna posible variación en el régimen procedimental o en los principios y presupuestos adjetivos que la alientan. Es decir que esta distribución responde a la organización del sistema judicial, donde queda ratificado que el ejercicio de la función jurisdiccional proviene de una potestad atribuida en exclusiva, diversificando la función de juzgar (y ejecutar lo juzgado).[285]

Otro desacierto consiste en clasificar la jurisdicción por la especialidad de sus funciones no ya materiales referidas al objeto, sino por su capacidad para recibir y resolver pretensiones. Nos referimos a la separación entre jurisdicciones contenciosas, voluntarias, disciplinarias, especiales, cuando todas ellas son nada más que una, cambiando la máscara de su presentación, pero conservando siempre el rostro.

La idea es que la jurisdicción no se cambie por el contenido, al ser intrínsecamente único. Puede permitir clasificaciones dentro de las formas de prestación del servicio; pero conservando idéntica función no obstante la desigualdad de las expresiones.

64. Exclusividad de la jurisdicción

Así como el principio de unidad jurisdiccional se caracteriza por la función de juzgar con autoridad de cosa juzgada, la exclusividad manifiesta dos consideraciones trascendentes. Por un lado, que solo quienes ostenten la potestad de juzgamiento tienen la posibilidad de someter a las partes a las disposiciones de un proceso que resolverán de manera definitiva. Por otro, que no es posible pensar en la delegación de esa potestad.

Ello supone una íntima relación entre el proceso y la jurisdicción; o para decirlo en términos de Guasp:

> Para el Derecho Procesal, la jurisdicción constituye un verdadero requisito del proceso, cuya falta impide entrar en el examen de fondo de la pretensión formulada. Dada la importancia de este requisito, su

285. Cfr. Montero Aroca, Juan, *Introducción al derecho procesal, op. cit.*, p. 30, donde indica que "lo que se distribuye entre los distintos órganos jurisdiccionales no es la jurisdicción, la potestad, sino la función. El juzgar y el ejecutar lo juzgado se ejerce con relación a las más diversas materias, por lo que atendiendo a estas, surgen las distintas competencias".

> existencia o inexistencia puede, y debe, ser tenida en cuenta de oficio, al comenzar el proceso o después de comenzado, con ineficacia, en este caso, de todos los actos anteriores.[286]

Los distintos tramos por los que atraviesa el proceso incitan a concretar la atribución jurisdiccional sobre la base de criterios territoriales, materiales, temporales, jerárquicos y económicos, dominados por las reglas de la competencia. Resulta así que cada uno tiene un tribunal competente, anterior al litigio y especializado para resolver el conflicto que enfrenta, siendo inconstitucional y vejatoria de la soberanía del Estado, cualquier desplazamiento que viole la garantía del juez natural constituido previamente al proceso.

En el recorrido, la jurisdicción podrá cambiar de jueces pero nunca cambiar su unidad intelectiva. Asimismo, es común observar que del mismo procedimiento surgen potestades especiales que constituyen componentes de la función, las que no poseen otras actividades.

En cuanto a la indelegabilidad de la jurisdicción, nos referimos a la imposibilidad de transferir la potestad en forma absoluta, circunstancia que no impide la variación del tribunal interviniente por razones legalmente establecidas y fundadas.

En suma, no es posible transferir la potestad a quien el Estado no le reconoce poder alguno; no podría trasladarse la facultad de juzgar de un magistrado hacia un legislador (*v. gr.* juicio político) porque el último no tiene potestad, ni sus decisiones son definitivas e inmutables. Puede, en su lugar, mudar la faz cognoscitiva pero quedará siempre en la autoridad jurisdiccional, la facultad de revisión y revocación. Basta, entonces, que el Poder Judicial tenga la última palabra.[287]

65. Independencia de la jurisdicción

Si la imparcialidad constituye la garantía que cuentan las partes para obtener un trámite razonable y una decisión justa; para la jurisdicción la independencia es la base esencial de su estructura. La autonomía predicada persigue el correcto emplazamiento del derecho

286. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 113.

287. Gimeno Sendra, José, *Fundamentos de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 109.

en el marco del conflicto, donde el juez obtiene libertad absoluta para resolver sin interferencias ni amoríos con otros funcionarios.

De todos modos, el concepto no debe confundirse con la independencia de la magistratura, donde la importancia radica en la forma para constituir una organización judicial. La jurisdicción reclama su autonomía al conjunto de los poderes del Estado, para desenvolver un criterio propio y hasta una política diversa.

Cierto es, como apunta Devis Echandía, que

> … como regla general puede decirse que la jurisdicción no se adquiere desde que el funcionario judicial, obtiene la calidad de tal, es decir, recibe su investidura pero también lo es que, para evitar los inconvenientes generados a partir de la injerencia de un poder en otro, preciso resulta señalar sus límites y ajustar sus facultades.[288]

En este sentido, la independencia jurisdiccional contempla tres problemas de singular relieve.

En primer lugar, acontece resolver el mecanismo de constitución del Poder Judicial; luego, enmarcar el ámbito de su competencia; seguidamente habrá de encontrarse la libertad tenida para decidir, para recalar, finalmente, en la misión que deba cumplir en términos sociopolíticos.

65.1 Sistema de designación de los jueces

Claramente dice Gimeno Sendra que

> … de poco serviría la proclamación de la independencia de la jurisdicción si el Poder Ejecutivo pudiera disponer a su antojo sobre la organización de los Tribunales, creando los órganos que estimara más convenientes y proveyéndolos con los funcionarios más sumisos.[289]

Otros, con mayor énfasis sostienen que "no es en el mismo comité donde todo se negocia, donde todo tiene un precio, donde deben ser reclutados los jueces".[290] Existen al respecto distintos sistemas que puedan ensayarse combinadamente pero que, en esencia, responden a cuatro líneas maestras.

288. Devis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso, op. cit.*, p. 100.

289. Gimeno Sendra, José Vicente, *Fundamentos de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 44.

290. Palmieri, Jorge Humberto, *El Poder Judicial y la idoneidad de los jueces*, Doctrina Judicial, 1989-II, p. 927.

La primera de ellas es la elección popular, vigente en el derecho romano y extendida durante la Revolución francesa, que rige en la actualidad para Estados Unidos y Suiza; otro mecanismo interviene a partir de la exclusiva decisión del gobierno, por el cual el Poder Ejecutivo resuelve los cargos sin recurso alguno de los otros poderes del Estado (*v. gr.* Gran Bretaña). Variación de esta línea es la designación de jueces desde el Poder Judicial donde habitualmente el Tribunal Superior del país respectivo procede a la selección (*v. gr.* Uruguay). Finalmente, existe el planeamiento sucesivo de los poderes de gestión, donde uno de ellos advierte las necesidades, otro postula los aspirantes y otro otorga el visto bueno para las designaciones.

Por supuesto, ningún sistema es perfecto, ni permite observarlos en actitud reiterada, pues se modifican de continuo sus bases, flexionando sus premisas para recibir otras conducciones.

La movilidad de los mecanismos de selección, empero, no puede superar ciertos contenidos que hacen a fundamentales garantías del proceso, tales como el concepto del juez natural que presupone la constitución previa al hecho que da causa al litigio. Por eso, toda modificación en esta regla no sólo acomete contra la independencia jurisdiccional, sino que atropella al justiciable, privándolo del derecho esencial que constitucionalmente se protege.

El régimen federal de Argentina permite que cada provincia tenga su propio sistema de designación. En la justicia federal, el artículo 114 de la Constitución de 1994 establece que la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial estarán a cargo del Consejo de la Magistratura, regulado por una ley especial sancionada por la mayoría absoluta de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

La idea constitucional es integrar periódicamente un cuerpo con representación equilibrada de los distintos estamentos interesados (Congreso de la Nación, universidades; colegios profesionales; etc.). La forma principal de selección de jueces y magistrados es el concurso público de antecedentes y oposición, el que una vez sustanciado permite emitir ternas que el presidente de la Nación elige. En consecuencia, el nombramiento de los jueces sigue en cabeza del Poder Ejecutivo.

De acuerdo al artículo 99 inciso 4 de la Constitución, aquel nombra a los magistrados de la Corte Suprema con acuerdo del Senado

por dos tercios de sus miembros presentes y a los demás jueces de los tribunales federales inferiores en base a una propuesta vinculante en terna del Consejo de la Magistratura, con acuerdo del Senado, en la que se tendrá en cuenta la idoneidad de los candidatos. La implementación del sistema se produjo el 10 de diciembre de 1997 con la sanción de las Leyes N° 24937 y Nº 24939. El concurso tiene tres etapas: la evaluación de antecedentes, la prueba de oposición y la entrevista personal.

65.2 Organización de la jurisdicción

El problema siguiente que afronta la jurisdicción refiere a dos fenómenos de igual importancia. Por un lado, el acontecimiento íntimo consiste en la distribución funcional del trabajo; por otro, en la organización y consolidación del poder que recibe.

El principio de la unidad jurisdiccional trabaja con el postulado de la revisión jerárquica, o regla del doble examen de las cuestiones litigiosas. Obvio resulta que, para estructurar un sistema útil y efectivo basado en la revisión y en la distribución deben aligerarse las cargas de trabajo, a cuyo fin adviene el mecanismo de la competencia para repartir la tarea, lo cual origina un problema de política procesal, relativo a la distribución de los tribunales en el país.[291]

También la especialidad de los órganos resume reglas concretas que Díaz expone en sucesiva aplicación: a) Normatividad: es decir, una organización concebida solamente por normas precisas y concretas, relegando los usos y costumbres, y toda otra forma de atribución semejante; b) Jerarquía: porque toda estructura judicial admite una gradación y niveles donde existe, además de la subordinación por el cargo, cierta sublimación del precedente creado por el de mayor jerarquía; c) Sedentariedad: en el sentido del desplazamiento restringido de la jurisdicción, contenida en el cuadro de la competencia; y d) Permanencia: basada en el dogma de la inmovilidad del magistrado en tanto persista su buen desempeño.[292]

291. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 145.
292. Ibídem, pp. 146-149.

65.3 Clasificación de la función jurisdiccional

Proclamado el principio de la unidad jurisdiccional, toda clasificación que intente revertir sus particularidades definitorias encuentra el obstáculo impuesto por los principios anunciados. De todas maneras, es posible constatar en la doctrina un sinnúmero de estudios que, desde diversas perspectivas, afrontan la demarcación y fraccionan el contenido de aquella. Hay dos grandes terrenos de situación.

En primer lugar, las clasificaciones que atienden a la *materia*, vinculadas así con la organización judicial en posiciones similares pero que sustentan, a veces, procedimientos diferentes (*v. gr.* jurisdicción laboral, penal, militar, eclesiástica, etc.). Enseguida, el interés radica en la función misma, desenvolviendo cometidos de naturaleza contenciosa o voluntaria, conforme veremos en el parágrafo siguiente.

La función jurisdiccional, entonces, es única y compromete su esencia cualquier interpretación diferente. De todos modos, ello no impide observar –como dice Guasp– que: "cuando la Administración de Justicia se confía a diversos conjuntos de funcionarios a los que se atribuyen materias distintas objetivamente y se marcan reglas varias de actividad, no pueda hablarse de diferentes clases de jurisdicción".[293]

Atendiendo el objeto procesal, la función difiere en orden al tipo de procedimiento asignado, encontrándose así dos vertientes, donde quedan caracterizados procesos comúnmente llamados contenciosos y voluntarios. En los primeros, la contradicción entre partes singulariza la cuestión; en los otros, la intervención del juez deviene imprescindible y necesaria para resolver una petición individual que no tiene oposición aparente.

Sin embargo esta polaridad clásica no se esfuerza por aclarar el sentido de la división en el trabajo. En efecto, si puede hablarse de jurisdicciones diversas, ellas en realidad responden a un criterio común donde lo único que fraccionan es la habilitación para actuar. En este sentido, las magistraturas se especializan por las materias de fondo que sustancian (civil, penal, laboral, fiscal, administrativa, etc.). A su vez, estas intervenciones responden a disciplinas que de ordinario suceden; pero pueden suscitarse otras en las que se recibe extraordina-

293. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 114.

riamente (jurisdicción) para casos o situaciones particulares. Algunos las denominan jurisdicciones delegadas, o accidentales, como contracaras de las jurisdicciones propias o permanentes, respectivamente.

Por este camino hallamos también las jurisdicciones especiales (disciplinarias, políticas, etc.) en las que el avocamiento formal se reduce a términos concretos, generalmente limitados.

66. Jurisdicción contenciosa

Se interpreta que la función judicial enhebra principalmente el deber de componer conflictos entre partes, por lo cual la contenciosidad acontece como un típico presupuesto, circunstancia que posterga el estudio de su naturaleza.

Evidentemente, esto deja sin explicar una multiplicidad de alternativas que difuminan la característica predispuesta, en la medida que no siempre el proceso es controversial. Por ejemplo, ¿cómo se explica la rebeldía?, ¿qué pasa con el allanamiento? o ¿qué sigue al desistimiento?; porque en cada uno desaparece lo contencioso y el debate se reduce al planteo de solo una de las partes.

Para Díaz:

> La naturaleza jurídica de la llamada función jurisdiccional contenciosa o jurisdicción contenciosa se confunde con la determinación de la extensión del llamado principio de *contenciosidad*, dado que otros elementos, como el grado de conocimiento del juez o la fuerza imperativa de la sentencia, llamada "cosa juzgada", por su generalidad resultan inadecuados para establecer la debida caracterización de la llamada jurisdicción contenciosa.[294]

Tal afirmación es exacta y cobra mayor contundencia cuando refiere a la dificultad para centrar el evento de la controversia, dentro del plano de exposición que atiende al objetivo del proceso.

Carnelutti señaló que "la diferencia entre proceso contencioso y proceso voluntario se funda en la distinción entre conflicto natural y conflicto potencial de intereses",[295] al primero lo denominó como litis, y al restante le asignó la función de prevenir el peligro de ella. La litis,

294. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 25.

295. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 25.

por lo tanto, era el conflicto en sí mismo calificado por una pretensión (o subordinación de un interés ajeno al interés propio) y por una resistencia, donde los contendientes asumen la posición de partes.

Pero, si una litis fuera un conflicto intersubjetivo de intereses, requiriendo de la pretensión y la resistencia para caracterizar al proceso, verdad es que se desnaturaliza la idea ante la posibilidad del allanamiento.

Para salvar este escollo, se planteó que litis era solamente el conflicto de intereses calificado por una pretensión resistida, mientras que la controversia consiste en la apreciación distinta de un mismo interés, o sea, un conflicto de opiniones; de ahí que pudiera existir el proceso sin litigio, esto es, aquel en que no existe una contraposición de intereses, sino el interés de solo uno, cuya tutela reclama o aconseja la intervención judicial.[296]

Goldschmidt anotó, al respecto, que para el concepto de litigio no era preciso contar con una lucha de opiniones, pero sí debía tenerse un conflicto o disputa entre dos esferas jurídicas individuales, una de las cuales exige algo a la otra, y que, en caso de ser necesario, pudiera resolverse por la fuerza.[297]

En síntesis, la característica primordial del proceso contencioso es la efectiva comprobación de un conflicto, donde quien formula la pretensión quiere vincular a otro mediante una declaración judicial.

Es aproximadamente la inspiración de Díaz, cuando concluye que

> … la contenciosidad está íntimamente vinculada al objeto litigioso, considerado como pretensión puramente procesal (solicitud) que un sujeto del proceso formula al juez para que dicte una sentencia.[298]

67. Jurisdicción voluntaria

Si la jurisdicción contenciosa explica toda la problemática del proceso contradictorio, a la jurisdicción voluntaria le cabe desarrollar la participación del juez en los conflictos sin controversia, o bien en aquellos que se generan a partir de una petición individual que no importa oponer intereses hacia otro. De todos modos, la precisión es superficial.

296. Ibídem, p. 26; Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 67.

297. Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 127.

298. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, T. II-A, p. 70.

La primera defección parece estar en el nombre. Oponer a la jurisdicción contenciosa la denominada jurisdicción voluntaria distrae la idea central del instituto. Mejor sería hablar de una jurisdicción contenciosa y de otra extracontenciosa, completando el marco con las intervenciones de la justicia en procesos sin controversia pero necesarios para concretar un acto procesal determinado.

El término "voluntario" proviene del requerimiento que el interesado efectuaba al magistrado comprometiéndolo a resolver una actividad estrictamente documentada, de manera que desde entonces comenzó a distinguirse entre jurisdicción *sine causae cognitio* o jurisdicción *inter volentes*, equivalentes a la jurisdicción voluntaria o jurisdicción con *causae cognitio*, formada por la jurisdicción contenciosa.[299]

La historia demuestra que las funciones que sucesivamente desarrolló la jurisdicción voluntaria se fueron limitando hacia asuntos específicos, donde la intervención del juez era aconsejable por la repercusión pública del problema, o por la posible afectación de derecho de terceros ajenos al proceso, bien por obra de la asignación legislativa que otorgaba jurisdicción en asuntos de neto corte administrativo.

Precisamente por esto, Guasp pensó que la única justificación de la jurisdicción voluntaria era la función del juez como administrador del derecho privado; es decir, la tarea del magistrado realizando, cerca de las relaciones jurídicas del derecho privado, cometidos que no son jurisdiccionales sino administrativos.[300]

Esta aparente confrontación entre la actividad judicial en asuntos controvertidos y asuntos administrativos, destaca un elemento importante a resolver previamente, que consiste en saber si en ambos tipos existe jurisdicción propiamente dicha.

En efecto, los caminos de clarificación dependen de la posición doctrinaria que se elija, contando entonces un sinfín de posibilidades que ocupan extensiones diversas.

Si la jurisdicción se vincula con el proceso, y dentro del mismo se acepta como finalidad la satisfacción de pretensiones, allí donde esto no exista no habría actividad jurisdiccional. En cambio, si fuese

299. Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 619; Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de teoría general e historia del proceso*, México, UNAM, 1974, T. I, p. 126.

300. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 1638.

entendido el concepto en la dimensión que ocupa a la administración de justicia, sea para la realización del derecho, para aplicar el orden normativo objetivamente dado, etcétera, la noción varía y depende de contingentes distintos.

> El Derecho Romano, por ejemplo, confundía en los hechos a la jurisdicción voluntaria con las actuaciones emitidas por los notarios o ciertos funcionarios públicos que daban fe de los actos jurídicos celebrados ante su vista. La presencia del magistrado permitía saber que el acto sería auténtico y efectivo, pues aquel asumía el conocimiento de la causa (*cum causae cognitio*), en cambio si la presencia era solemne, meramente ritual, no promediaba dicho conocimiento (*sine causae cognitio*).
> Basados en esta diferencia se dijo que la jurisdicción se divide en voluntaria, que se ejerce entre personas que están de acuerdo y sin conocimiento de causa; y contenciosa, que se ejerce entre personas que no están de acuerdo y litigan, previo conocimiento de causa.[301]

Esta distancia llevó a otro criterio, argumentado ahora en la distinción trazada entre la jurisdicción contenciosa ejercida interinvitos, esto es, entre personas en conflicto que recurren a un juez para resolver su disputa, donde uno de ellos notifica –invita– al otro para estar a derecho; y la jurisdicción voluntaria obtenida intervolentes, es decir, en el sometimiento voluntario de interesados a una declaración que se pide al órgano judicial sin que exista entre ellos intereses encontrados.

La ausencia de contradictor se convirtió en el principal matiz de particularización a tal punto que si no existía contenciosidad, el proceso era seguramente voluntario. De este tiempo es la siguiente definición: "Son actos de jurisdicción voluntaria, sencillamente, todos aquellos en que el juez hace la declaración de un derecho no contradicho, ni susceptible de contradicción por parte de un tercero".[302]

Otros prefirieron buscar respuestas en la finalidad de la jurisdicción, de manera que denominaron represiva a la jurisdicción contenciosa y preventiva a la voluntaria. "La prevención del litigio es el fin específico

301. Viterbo, Mario Casarino, "La jurisdicción voluntaria ante la doctrina", *Revista de Derecho Procesal*, 1948-I, p. 337.

302. Ibídem, p. 341.

del proceso voluntario, el cual se halla respecto del proceso contencioso como la higiene respecto de la curación de las enfermedades".[303]

La cosa juzgada fue otro punto de enfoque, variando la noción según el tipo de proceso donde la resolución recae.

Couture, entre los más destacados, dijo:

> Las resoluciones que se dictan en un procedimiento judicial no contencioso se emiten en cuanto proceda por derecho, sin perjuicio, en cuanto haya lugar. Todas estas expresiones son circunloquios forenses utilizados para caracterizar la ausencia de cosa juzgada. Mediante ellas, los jueces no juzgan ni prejuzgan. Se limitan a fiscalizar si lo que ha afirmado el peticionante es *prima facie* cierto, con arreglo a la justificación que el mismo suministra.[304]

Por último, brevemente descriptas las distintas posiciones de la cuestión, encontramos a Chiovenda, que inicia una corriente dominante o mayoritaria, que atiende a la finalidad constitutiva de la llamada jurisdicción voluntaria: "los actos de jurisdicción voluntaria tienden siempre a la constitución de estados jurídicos nuevos o contribuyen al desenvolvimiento de relaciones existentes".[305] En cambio, la jurisdicción contenciosa atendería la actuación de relaciones existentes.

Lo cierto es que, sin aceptar todas las conclusiones, Rosenberg adopta un moderado temperamento cuando opina que

> … la diferenciación sólo puede tener éxito sobre la base del derecho vigente. Este por razones de conveniencia en interés de una solución más sencilla y rápida, en atención a una mayor cantidad de interesados y otras consideraciones semejantes ha remitido con frecuencia asuntos al procedimiento de la jurisdicción voluntaria que también suceden en forma igual o semejante en el procedimiento de jurisdicción contenciosa.[306]

De lo hasta aquí expuesto podría ensayarse una suerte de inspiración propia de lo que significa e importa la jurisdicción voluntaria, sin atisbos de iluminar una premisa superior y nada más que para

303. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 18; Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de teoría general e historia del proceso, op. cit.*, p. 150. En la misma línea, Wach, Adolf, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 52; Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 126.

304. Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 123.

305. Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, T. I, *op. cit.*, p. 365.

306. Rosenberg, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 75.

visualizar un entramado de difícil elucidación en la perspectiva de un camino distinto. Nosotros creemos que para interpretar debidamente la jurisdicción voluntaria no es necesario tomarla en relación con la jurisdicción contenciosa.

Es cierto que esta última desarrolla los epígonos trascendentes y constitutivos del proceso civil, pero el trámite de un proceso voluntario no difiere en importancia, ni está privado del rol principal que el otro importa. Los criterios para alcanzar la cuestión se pueden separar en relación con las finalidades jurisdiccionales que obtienen.

Un primer momento demuestra que la jurisdicción voluntaria –como la contenciosa– se activa a pedido de parte interesada, aun cuando no se reclame frente a otro el conflicto generado por una disputa de intereses contrapuestos. Aquí la actividad puesta en marcha destaca un problema individual que sólo el órgano judicial está en condiciones de resolver. No hay pretensión, en el sentido que elaboramos en los capítulos precedentes, pues no se dirige frente a un sujeto determinado y distinto del que reclama, sino que promedia una petición. En consecuencia, el interesado tampoco es parte, sino participante o peticionario en el proceso incoado.

Este presupuesto inicial, empero, necesita de algunos refuerzos para comprender la idea. La afirmación de que no existen partes o parte en el proceso de jurisdicción voluntaria, supone desplazar la noción de controversia, en tanto huelga su presencia y el problema se suscita en la órbita de un derecho de contenido privado, que debe resolver el órgano jurisdiccional.

A su vez, desde este emplazamiento, se podría deducir que el Estado tiene también un interés particular en la cuestión, sea por razones de conveniencia pública o para dar formalidad y legalidad al acto que se va a realizar o aun para fiscalizar el compromiso hacia la constitución de una nueva relación jurídica.

Va de suyo que, en uno u otro caso, los actos que componen el material dispuesto para desenvolver la jurisdicción voluntaria o graciosa depende de la previa atribución legislativa en el marco de una absoluta discrecionalidad donde las razones jurídicas quedan inicialmente desplazadas por el motivo de oportunidad, mérito o conveniencia.

En segundo término, con el proceso en desarrollo, debe analizarse el contenido de la función cumplida, para responder al problema de

saber si ella es función jurisdiccional propiamente dicha, o actividad administrativa *stricto sensu*.

El derrotero más simple sería otorgar carácter jurisdiccional únicamente a los procesos contenciosos, derivando a los demás la función administrativa que el juicio admite.

Podetti, en posición extrema, llegó a sostener que la jurisdicción voluntaria no consiste en atribuir al juez la realización de los actos administrativos, sino que dentro de las funciones que el juez realiza, algunos actos formalmente judiciales no son materialmente jurisdiccionales sino administrativos.[307]

Ello conducía a la conclusión desnaturalizada de ver actividad de funcionarios judiciales sin facultades de decisión e imperio –atributos naturales de la jurisdicción– para ser simplemente artífices de la voluntad administrativa. En verdad, la corriente administrativa, que entiende que en la jurisdicción voluntaria no existe jurisdicción, es mayoritaria, aunque cuenta con matices y propias sutilezas.

Guasp, por ejemplo, sostiene que la naturaleza jurídica de la jurisdicción voluntaria no se debe buscar en terreno del proceso sino en otro ámbito jurídico:

> Este es, indudablemente, el campo de la Administración, pues, siendo administración cualquier actividad de realización de los fines de interés general, distinta tan sólo de la actividad legislativa y de la actividad procesal, no queda otro cauce, dentro de las figuras del derecho público, al que la jurisdicción voluntaria indudablemente pertenece, dada la presencia en ella de un órgano del Estado, que atribuirle un cometido estrictamente administrativo. La jurisdicción voluntaria es, actividad administrativa, siquiera se acote objetivamente, en razón de que su materia la constituye el derecho privado.[308]

El problema para aceptar plenamente esta corriente consiste en que no responde al interrogante de si todo el procedimiento es administrativo (lo que resulta errado) o sólo parte de él; y en su caso, quedaría por determinar el contenido, alcance y naturaleza del acto resolutivo que culmina con la jurisdicción voluntaria.

307. Podetti, Ramiro, *Teoría y técnica del proceso civil, op. cit.*, p. 108.
308. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 1640.

Otros pretendieron radicar este problema en sólo un aspecto para ocuparse de la naturaleza notarial de aquella,[309] o para referirse a la presencia de actos que eran formalmente jurisdiccionales pero sustancialmente administrativos.[310]

En oposición a ellos, se alza buena parte de los autores contemporáneos, principalmente italianos, bosquejando el principio jurisdiccional –genuinamente jurisdiccional– de la actividad voluntaria. A esta corriente adscribimos, basándonos en Micheli quien sostiene: "donde hay un proceso e interviene un juez, como órgano imparcial e institucionalmente indiferente respecto del efecto jurídico, allí hay jurisdicción".[311]

Por supuesto que este enclave es insuficiente, como lo es también la doctrina del órgano para caracterizar a la jurisdicción; pero como en esta, resulta inconfundible y útil para destacar un aspecto trascendente.

El paso siguiente lo completa el siempre bien inspirado Satta, luego depurada la idea por De Marino. El primero sostiene que

> … lo que diferencia verdaderamente la jurisdicción contenciosa de la voluntaria es el modo con que la misma opera en la realización del ordenamiento. Mientras en una se afirma el ordenamiento en relación a un interés tutelado, esto es, a un derecho del sujeto; en la otra lo afirma en su concretarse en una voluntad del sujeto; de lo que deriva la importantísima consecuencia de que mientras la primera se resuelve en una declaración (entendida en el sentido amplio de la adecuación de la situación de hecho a la situación de derecho, esto es, en definitiva, en la remoción de la antijuridicidad) la segunda se resuelve en una valoración de intereses.[312]

En ambos casos existe actividad jurisdiccional y ella se concretaría en la sentencia alcanzada, que resulta idéntica –en esencia– a la vertida en un proceso de trámite contencioso.

309. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de teoría general e historia del proceso, op. cit.*, T. I, p. 129; Rocco, Ugo, *La sentencia civil, op. cit.*, p. 117.

310. Liebman, Enrico Tulio, *Manual de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 349; Redenti, Enrico, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 30; Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 622.

311. Micheli, Gian, *Prospettive critiche in tema de giurisdizione volontaria*, JUS, 1950, p. 356; ver Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 624.

312. Satta, Salvattore, *op. cit., Derecho Procesal*, p. 245.

De Marini plantea la problemática entendiendo la jurisdicción voluntaria como:

> … la actuación del Derecho al caso concreto con el fin de tutelar un interés privado insatisfecho por el imposible ejercicio de facultades o poderes por parte de su titular, por obra de un juez imparcial, mediante pronunciamientos constitutivos discrecionales y modificables que hagan posible o constituyan tal ejercicio.[313]

La noción principal apunta a observar que existe un interés privado insatisfecho, donde –normalmente– la actuación del derecho es pasiva si no resulta activada por los mismos interesados; sin embargo, en otras ocasiones estos no pueden mecanizar la aplicación del derecho por sí mismos, como ocurre especialmente en los estados jurídicos donde no existen propiamente relaciones entre sujetos; en ambos casos se advierte la actuación objetiva del derecho, coincidiendo entonces la ocupación con lo que sucede en el campo contencioso.

De este modo, sin emparentar la cuestión con el tema de la cosa juzgada, se advierte cómo la jurisdicción voluntaria adquiere efectos constitutivos distintos de los que de consuno suceden en la jurisdicción contenciosa, pero de igual importancia para demostrar por qué es actividad jurisdiccional.

No obstante, hemos de compartir que este tipo de función contiene particularidades que aparecen como jurisdiccionales porque, entre otras razones, la índole estrictamente jurídica que presenta la petición, o la facilidad con que pueden llegar a convertir la causa en una contienda, sea por la aconsejable medida de controlar los actos de particulares, determinan que la trascendencia de los efectos que están llamados a producir sean objeto de una previa y segura comprobación.[314]

De lo dicho se desprende, al decir de Palacio, "que tal función puede ser legalmente detraída del conocimiento de los jueces y transferida, por lo tanto, a organismos administrativos, sin que ello importe quebrantamiento de ninguna norma constitucional".[315]

Por todo ello se puede concebir como jurisdiccional la tarea del juez en la función que dinamizan los procesos voluntarios, pero esta

313. Ver Serra Domínguez, Manuel, *Derecho Procesal, op. cit.*, p. 626.
314. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 357.
315. Ídem.

actuación del derecho o protección del interés privado no es puramente formal porque, en suma, la intervención cubre una premisa de orden legal, sea para verificar la existencia de una relación jurídica, o para fiscalizar los efectos que contraen ciertas facultades o derecho que los particulares ejercitan.

Por eso también, la cosa juzgada es un elemento importante para distinguir pero no para caracterizar la función, pues esta cuenta con otras singularidades no menos importantes. Estas características principales, a nuestro entender, serían:

a. En la jurisdicción voluntaria no hay controversia concreta, sino únicamente un interés a tutelar.
b. No hay partes, porque no hay conflicto; hay, en cambio, peticiones y motivos de intervención.
c. Los efectos perseguidos son diferentes a los del proceso contencioso; mientras en estos se quiere comprometer los intereses y derechos de terceros o de otro, en los procesos voluntarios los fines pretendidos son personales.
d. La posición del juez en el proceso también difiere. En los asuntos litigiosos resuelve como tercero imparcial, en cambio, en los voluntarios, conservando el motivo ajeno deja de ser tercero cuando acude supliendo una voluntad estatal (legislativa).

68. Clasificación de los actos de jurisdicción voluntaria

Existen distintas agrupaciones que siguen, de alguna manera, la corriente de pensamiento del autor que la presenta.

La clasificación de Wach difundida por Chiovenda traza cuatro grupos, a saber:

1. intervención del Estado en la formación de sujetos jurídicos, a través del reconocimiento;
2. intervención en la integración de la capacidad jurídica, para los supuestos de discernimiento de tutela, interdicción e inhabilitación, etcétera;
3. intervención en la formación del estado de las personas, para el matrimonio, declaración de ausencia, rectificación de partidas, etcétera;

4. participación en el comercio jurídico, para legalizaciones, hipotecas, patentes, formación de inventarios, etcétera.[316]

Más simple nos parece la clasificación hecha por Palacio, que sigue de alguna manera la efectuada por Serra Domínguez. En ella distingue también cuatro grupos:

1. Actos de constitución, integración, modificación y extinción de derechos como son, por ejemplo, la orden de inscripción de una sociedad en el Registro Público de Comercio; o el discernimiento de tutor o curador, etcétera.
2. Actos de homologación, como es la aprobación de un testamento, o el acuerdo propuesto en un concurso preventivo.
3. Actos de constatación, que comprenden a la declaración de pobreza, la ausencia con presunción de fallecimiento, y en general, todas aquellas resoluciones que declaran la existencia de un hecho determinado.
4. Actos de autorización, que ocupan la venia para enajenar, bienes de menores, ausentes o incapaces; la autorización para contraer matrimonio o para comparecer en juicio, etcétera.[317]

316. Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 195.
317. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 358.

Capítulo VIII
El acto jurisdiccional

69. Facultades de la jurisdicción

La palabra jurisdicción se forma de *jus* y *dicere*, esto es, aplicar o decir el derecho. El significado y alcance de los términos ocupó a numerosos autores que procuraron descifrar la función jurisdiccional a partir de este enunciado. Juzgar y declarar el derecho fueron equivalentes al conocimiento de la causa y resolver el conflicto a través de la sentencia (*notio et iudicium*).

Sin embargo, advertida la problemática desde sus cuestiones menores, observamos que no es posible considerar la existencia de elementos constitutivos de la jurisdicción, tomando como punto de partida la etimología, siendo mejor analizar las facultades y deberes que utiliza el juez en ejercicio de sus potestades. En efecto, el conocimiento predispuesto y la emisión de la sentencia componen una característica de la función pero ellas son inútiles o insuficientes si no se integran al conjunto de posibilidades que tiene el magistrado en su labor.

La *notio* es la primera de las cuestiones. Es el poder o facultad del juez para conocer en una causa determinada. Por ella, el tribunal toma intervención en el proceso y dispone que se practiquen todas las pruebas y demás diligencias que estime necesarias para ilustrar su entendimiento en los temas de hecho y de derecho que le son presentados.[318]

El conocimiento (*cognitio*) no tiene más limitaciones que las impuestas por la organización política procesal, de forma que podrá ser de contenido liberal y dejar el proceso en manos de las partes (sistema dispositivo), o perseguir un sentido social y admitir que el juez en representación del Estado tiene un interés propio a consagrar sin mella al derecho de las partes.

318. Vicente y Caravantes, José, *Tratado histórico, crítico y filosófico de la ley de enjuiciamiento, op. cit.*, p. 126.

La *vocatio*, a su turno, es la facultad de requerir el comparecimiento del demandado a estar a derecho, o para cualquiera de las partes que fuera emplazada a ese fin. Dado que la citación sólo persigue trabar la litis en términos de bilateralidad y contradicción, puede verse en la ausencia o la rebeldía la contrapartida de dicha facultad, sin que por ellas pierdan validez las resoluciones que el juez disponga sucesivamente.

El tercer componente de las facultades jurisdiccionales es la *coertio* o *imperium*, que consiste en la facultad de emplear la fuerza pública para imponer el acatamiento a las decisiones judiciales, pudiendo recaer sobre las partes (arresto por desacato), sobre terceros (testigo conducido al tribunal que fuera renuente a comparecer voluntariamente) o sobre bienes (secuestro de un objeto litigioso). Este poder sancionatorio opera en la faz represiva del proceso, y constituye una variable del principio de moralidad al que referiremos en el tomo II de este tratado.

El poder jurisdiccional más elocuente está centrado en el *iudicium*, por el cual el juez resuelve los conflictos a través de sus sentencias. Con ellas no sólo responde al requerimiento de las partes, sino que puede complementar el equilibrio del poder estatal mediante el control de constitucionalidad de las leyes, o fiscalizando la razonabilidad de los actos administrativos.

Al respecto, ilustra Díaz:

> El juez, como órgano de la jurisdicción, no puede dejar de emitir un juicio sobre el conflicto que se le plantea por los particulares: tiene el deber de juzgar, y debe hacerlo "respetando la jerarquía de las normas vigentes"; debe juzgar con la ley y por la ley, y dentro de los límites de la discrecionalidad técnica en que puede ejercitar su arbitrio, el juicio nunca puede ser expresión del capricho o la arbitrariedad.[319]

Finalmente, se ha considerado que para el acto jurisdiccional, en sí mismo, es indispensable además del conocimiento, la posibilidad de ejecutar lo juzgado, a fin de no tornar ilusoria o lírica la sentencia pronunciada. Se agrega así la *executio*, como el poder jurisdiccional de ejecutar las resoluciones mediante el auxilio de la fuerza pública o de los agentes de la jurisdicción. En esta etapa de la función no interesa el conocimiento sino la satisfacción del mandato judicial.

319. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, T. II-A, p. 44.

Actualmente la doctrina prefiere hablar de poderes radicados en la jurisdicción que se dividen en cuatro grupos:

a. Poder de decisión: por el cual la autoridad resuelve los conflictos de intereses planteados. Emite un juicio de valor y un mandato que se transmite a las partes con fuerza obligatoria, y que significa para las partes la subsunción de los hechos en el derecho. La problemática de esta potestad está en reconocer el acto de autoridad que se vierte, de modo tal que algunos presuponen el nacimiento del derecho mismo, en tanto otros la asumen como acto natural y consecuente del imperio que se tiene. El poder de decisión, en otro sentido, es un deber para con el justiciable, pues el magistrado no puede dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes; inclusive el *non liquet* constituye el delito de denegación de justicia bajo presupuestos de tipicidad que lo caracterizan.
b. Poder de coerción: consiste en el poder de imponer sanciones a quienes con su conducta obstaculicen o perjudiquen los fines de la administración de justicia.[320] La amplitud del concepto admite aplicarlo a todo aquel que incida en la buena marcha del proceso por una actitud negligente, culpable o directamente responsable del perjuicio. Son pasibles de sanción, en consecuencia, tanto jueces como abogados, partes como terceros o ajenos al litigio; todos ellos quedan involucrados en el área del principio de moralidad procesal, donde si bien los ordenamientos adjetivos no lo regulan expresamente, en cambio consagran esclarecidos conceptos que anticipan derivaciones por el desconocimiento provocado, o el apartamiento equívoco. Es decir, tornando prioritaria la conducta leal, proba y honesta, que son partes del mentado principio superior.
   La buena fe procesal recepta aquí un modo de conducta, desplazando la convicción que tenga la parte con el derecho que lleva al pleito.
c. Poder de documentación, investigación o instrumentación: refiere a las facultades que recibe la judicatura para conformar el "clásico" expediente. La importancia anida en el carácter de

320. Ibídem, p. 52.

instrumento público que le otorga a los documentos que se incorporan en foliaturas, siendo entonces un deber correlativo la conservación y custodia de ese conjunto de actuaciones escritas. Asimismo, interesa en este poder la libertad que adopta el juez en la investigación de la verdad, teniendo presente que la iniciativa probatoria es distinta en un sistema radicalmente dispositivo respecto de aquel donde se privilegia el principio publicístico, o de iniciativa oficiosa.

d. Poder de ejecución: a diferencia del poder de coerción, en este la fuerza pública tiende a resolver el mandato judicial, o el cumplimiento de una obligación documentada, liminarmente fehaciente y precisa. En el primer caso, la relación con el *imperium* es inmediata y deviene del principio incuestionable referido a que jurisdicción es conocimiento y ejecución. En el restante, la presunción de autenticidad del título sometido a proceso compulsorio tiene suficiente respaldo como para admitir la omisión de la etapa de conocimiento.
Carnelutti fracciona la ejecución interpretando que corresponde a ella tanto la actividad consistente en la obediencia al mandato como la actividad dirigida a procurar su eficiencia práctica, es decir, una ejecución pasiva y otra activa.[321]

70. Extensión del poder jurisdiccional

La extensión de la jurisdicción se puede determinar sobre la base de cuestiones puramente territoriales (objetivas), personales (subjetivas), o por la calidad del acto que emite.

En primer lugar, cuando hablamos de extensión jurisdiccional por razón del territorio, referimos al principio de residencia de las leyes, por el cual los jueces obtienen jurisdicción en una zona legalmente establecida. Se confunden aquí conceptos tales como jurisdicción y competencia, aun cuando queda claro que la territorialidad obedece a cuestiones de organización judicial que no quiebran el presupuesto de unidad intelectiva al que ya hemos referido.

321. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, T. I, p. 76.

Con este principio, se consolidan aquellas disposiciones que prohíben delegar o prorrogar la jurisdicción, y que permiten a los jueces declarar su propia incompetencia.

En segundo sitio, la jurisdicción se extiende a todos los súbditos de un Estado y a quienes se encuentren en él, en tránsito o residencia. Con ciertas modificaciones en la atribución natural y consecuente, las causas concernientes a embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros, radican ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación (arts. 116 y 117 de la Constitución Nacional).

Al respecto, señala Liebman que

> … el Estado no puede dejar de tener en cuenta la existencia de los otros Estados los cuales tienen también sus propios órganos jurisdiccionales, y, por otra parte, no hay razón alguna para interesarse en las controversias que surgen fuera del ámbito de la soberanía y de someter a sus juicios tales controversias que no pertenecen a la vida concreta efectiva del propio país. El elemento discriminador está dado por la ciudadanía del demandado.[322]

La jurisdicción se expone de acuerdo con el tipo de acto que emite. Común resulta considerar una jurisdicción declarativa opuesta a otra ejecutiva, extendiendo sus alcances al conjunto de potestades recibidas para cumplir con ese oficio. La idea reporta en que todas las categorías de actos cuya realización encomienda la ley al órgano de la jurisdicción en cuanto tal, suponen la concesión del poder necesario para llevarlos a cabo y del deber de realizarlos, en su caso, de donde se deduce –dice Guasp– que la clasificación de los actos procesales se refleja o sirve para ordenar el conjunto de atribuciones que integran el contenido de la jurisdicción.[323]

71. Límites de la jurisdicción

Para Guasp:

> … la actividad jurisdiccional está sometida en su ejercicio a determinados límites que, por la función que desempeñan, pueden ser configurados como límites de la jurisdicción. La fijación de estos límites tiene extraordinaria

322. Liebman, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 12.
323. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil., op. cit.*, p. 116.

> importancia porque sirven para trazar la esfera de atribuciones que corresponde in genere a los órganos jurisdiccionales: así, el juez o tribunal que entiende en un litigio fuera de dicha esfera, es decir, rebasando los límites jurisdiccionales, no desarrolla una actividad válida, precisamente por incurrir en un exceso o dar lugar a un defecto de jurisdicción.[324]

Las limitaciones jurisdiccionales se manifiestan con relación a los sujetos, al objeto y a la actividad desarrollada. En el primer aspecto, conviene advertir cierta remisión al parágrafo que precede, donde vimos el alcance de la jurisdicción en la dimensión de las partes nacionales o extranjeras en el conflicto. Esta actitud, sumida en la órbita del derecho consuetudinario internacional, desecha la jurisdicción nacional cuando un estado extranjero protege un interés directo sostenido en el ejercicio de su propia soberanía.

En cierta forma, esta situación se da también en cuestiones consideradas ajenas al marco de lo justiciable (cuestiones políticas o de Estado), a menos que obre afectado el derecho subjetivo o el interés legítimo de un particular.

De igual modo, la ausencia de legitimación condiciona la tutela jurisdiccional, lo que no impide el acceso a la justicia, pues como bien ha destacado el Tribunal Constitucional español:

> … el derecho a la tutela judicial efectiva tiene un contenido complejo que incluye, entre otros, la libertad de acceso a los jueces y tribunales, el derecho a obtener un fallo de estos y que el mismo pueda cumplirse". Es decir, en otros términos que, el principio persigue el derecho de todas las personas a la tutela judicial efectiva en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda producirse indefensión, derecho que comprende tanto el acceder a la tutela, como el de obtener una resolución fundada en el derecho, sea o no favorable a sus pretensiones y el de que se ejecute lo juzgado.[325]

Con relación al *objeto*, las limitaciones suceden en orden a una clasificación de jurisdicciones (en realidad son manifestaciones diversas de la función jurisdiccional) que determinan cauces precisos, por

324. Ídem.

325. González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela Jurisdiccional*, Madrid, Civitas, 1984, pp. 40-41. Tribunal Constitucional español: Sentencias N° 23/82 y N° 5-90/83 respectivamente.

la materia u otras razones, que llevan a impedir el desarrollo judicial cuando la vía elegida no es la apropiada.

Respecto a la *actividad*, interesa señalar que las limitaciones suceden por el lugar, tiempo y forma como se expresa la jurisdicción. La primera coincide con el ámbito geográfico reconocido para la función y con el espacio físico donde el juez cumple y ejercita su autoridad. Por razón del tiempo, los límites se trazan en la vigencia efectiva de las normas a la época de su implantación. Con las formas, vale comprender ciertos fenómenos de expresión ritual que, siendo intrínsecamente propios, caracterizan una especial forma y estilo que permite el avocamiento formal en la causa.

Cuando el juez encuentra comprometido su imperio por alguna de estas circunstancias, suele hablarse de un defecto de la jurisdicción.

Dichas limitaciones responden, genéricamente, a un interés público que el Estado resguarda para que la función jurisdiccional obre dentro de las legítimas relaciones que protege y entroniza como valores superiores.

72. Jurisdicción y competencia

En el Derecho Procesal se suelen confundir las nociones de "jurisdicción" y "competencia", cuando en realidad, ambos conceptos se integran y complementan, donde uno resulta el género y otro la especie.

La causa obedece a una distribución racional del trabajo que desenvuelve el oficio judicial, de manera que la potestad de resolver los conflictos se divide entre los jueces sobre la base de mecanismos predeterminados que facilitan la separación y asignación del poder jurisdiccional. No se trata, claro está, de escindir a la jurisdicción, sino de asignar la competencia en temas específicos sobre el presupuesto de la clasificación objetiva y subjetiva que se realice.

Objetivamente, la competencia adscribe al conjunto de causas o asuntos en los que el juez interviene en razón de una disposición legal que lo autoriza; en tanto que *subjetivamente*, el mismo juez limita su actuación a las materias y territorios asignados.

A su vez, la organización judicial permite referir a una competencia externa, donde el oficio judicial atiende al conjunto de atribuciones que se obtienen; y a una competencia interna acotada a las funciones que realizan los auxiliares de la jurisdicción.

La distribución referida toma como factores de clasificación los siguientes:

a. Competencia por materia: en esta, el juez asume la potestad judicial de acuerdo con la naturaleza del conflicto y la especialidad que posee. Encontramos así, por ejemplo, jueces que atienden cuestiones civiles, comerciales, laborales, contencioso administrativas, penales, etcétera.
   En esta categoría se encuentra la división o compartimiento según el valor del pleito (competencia por la cuantía), desplazando la intervención de uno u otro magistrado cuando el monto del proceso supera o no los límites económicos precisados.[326]
b. Competencia territorial: se relaciona con la circunscripción territorial dentro del cual el juez puede ejercer su jurisdicción. El territorio donde el proceso se desenvuelve es único e indivisible, pero admite opciones de radicación de acuerdo con la naturaleza de la pretensión. Basta mencionar, por ahora, que si la demanda versa sobre cuestiones personales, el demandado no puede ser obligado a reconocer una jurisdic-

326. La competencia federal en razón de la materia persigue afirmar atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución Nacional, tratados y leyes nacionales, así como las concernientes al almirantazgo y jurisdicción marítima. En cambio, la competencia atribuida en virtud de las personas procura asegurar, esencialmente, la imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones con los países extranjeros (CS, "Angellini S.A., Domingo c. Instituto Fluvio portuario Provincial", 07/11/1996, La Ley, 1996-E, 611 - DJ, 1997-1-462). En cambio, la competencia originaria de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en razón de la materia, procede cuando la acción entablada se funda, directa y exclusivamente, en prescripciones constitucionales de carácter nacional, en leyes del Congreso de la Nación o en tratados, siempre que la cuestión federal sea la predominante en la causa. En efecto, no basta que los derechos vulnerados se encuentren garantizados por la Constitución Nacional para habilitar aquella competencia, pues cuando se arguye que un acto es contrario a leyes provinciales y nacionales debe acudirse, en primer lugar, ante los estrados de la justicia provincial y, en su caso, llegar la Corte Suprema de Justicia de la Nación por el recurso extraordinario. Así, se resguardan los legítimos fueros de las entidades que integran el gobierno federal, dentro de su normal jerarquía (CS, "Camuzzi Gas del Sur c. Dirección Provincial de Rentas", 21/08/1997, La Ley, 1999C, 724 [41.442S]). Cuando la competencia de la justicia federal emerge por razón de materia, es improrrogable, privativa y excluyente de la ordinaria, sin que el consentimiento ni el silencio de los litigantes sean hábiles para derogar esos principios, y la incompetencia del fuero ordinario puede promoverse sobre esa base en cualquier estado del litigio. (Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite; Fallos: 340:815).

ción territorial ajena a la de su domicilio, aun cuando pueda voluntariamente aceptarlo.

Del mismo modo, los temas de contenido patrimonial convencional admiten el pacto de radicación de competencia; y los de contenido real, se rigen –por vía de principio– por el lugar donde el inmueble se asienta.

Algunos ejemplos testimonian la determinación territorial de la competencia. Si bien un principio objetivo para la determinación de la competencia territorial en materia sucesoria es que el domicilio del difunto sea el que fije el lugar en que se abra su sucesión y la jurisdicción de los jueces, circunstancias especiales de conexidad de sucesiones o de economía procesal pueden autorizar excepciones.[327]

c. Competencia funcional o jerárquica: se trata de la función que tiene el juez en la etapa que interviene; serán entonces, jueces de primera instancia, de alzada o segunda instancia, superiores Tribunales o Ministros de la Corte Nacional.

Genéricamente se denominan jueces *a quo* (hasta cierto momento) a los que actúan originariamente; *ad quem* (desde un momento hacia adelante) son los superiores jerárquicos que revisan el fallo del magistrado anterior.

327. La materia y las personas constituyen dos categorías distintas de casos cuyo conocimiento atribuye la Constitución Nacional a la justicia federal (art. 116), y en uno u otro supuesto dicha jurisdicción no responde a un mismo concepto o fundamento, sino que en el primero lleva el propósito de afirmar atribuciones del gobierno federal en las causas relacionadas con la Constitución, tratados y leyes nacionales, así como las concernientes al almirantazgo y jurisdicción marítima, mientras que en el segundo procura asegurar, esencialmente, la imparcialidad de la decisión, la armonía nacional y las buenas relaciones con los países extranjeros (Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite; Fallos: 340:136). Asimismo en el caso en que, iniciada en una jurisdicción la sucesión del marido, al fallecer la cónyuge se abre juicio sucesorio ante otro juez, al que se presentan los hijos de ambos causantes –que habían iniciado la sucesión del padre– y tres hijos extramatrimoniales de la madre, y siendo los bienes denunciados parte de los que componían el acervo hereditario del primer juicio (Fallos: 300:877). También se afirma que corresponde que la justicia federal investigue la denuncia en orden al delito de abuso sexual y amenazas en la que se hizo referencia al traslado de mujeres al sur del país para ser explotadas sexualmente si se verifica la existencia de alguno de los extremos inherentes al delito de trata de persona por lo que la justicia de excepción no puede declinar su competencia ni rechazar la atribuida antes realizar las medidas necesarias para establecer si se halla configurado o no dicho ilícito. (Del dictamen de la Procuración General al que la Corte remite; Fallos: 339:1709).

d. Competencia por asignación de tiempo: cuando el número de causas es de crecimiento constante y regular, algunos sistemas deciden asignar competencia en turnos que ocupan espacios de tiempo determinados, dentro de los cuales aquellos sucesos ocurridos en él, se deben resolver ante el juzgado que cumplía dicho turno. Atiende sólo a circunstancias de hecho, aun cuando obran congraciados con los restantes mecanismos de asignación.
Una variante de esta posibilidad se da con el principio de prevención que otorga competencia al primer juez que toma conocimiento impidiendo que otros lo hagan.
El turno u oportunidad signada por el tiempo de actuación, encuentra algunas particularidades. Por ejemplo, la conexidad consagrada por el artículo 77 del Reglamento para la Justicia nacional en lo Civil cuenta con entidad suficiente como para derogar en forma total o parcial la regla de competencia, en cuanto al turno. Un caso probable se da cuando, sin llegar a configurarse el supuesto de sentencias contradictorias, el nuevo proceso es consecuencia del anterior o tiende a modificar o a dejar sin efecto lo resuelto precedentemente. Al tratarse de una prolongación de la misma controversia, aunque se dirija contra otro demandado, por esa vinculación, debe someterse al conocimiento del Tribunal que previno, que contará con la ventaja de los elementos arrimados en ambos procesos y permitirá la continuidad de criterio en la valoración de los hechos y el derecho invocado conforme el principio de la *perpetuatio jurisdictionis*.

72.1 La justicia nacional

Nuestro Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en realidad, es el ordenamiento adjetivo destinado a la justicia federal; que se aplica también a la organización judicial instalada dentro de la Capital Federal, donde conviven jueces ordinarios de competencia variada, y jueces federales con similar competencia material.

Si bien hasta la fecha esta forma de distribución de las causas judiciales no ha observado ni cuestionado el sistema procesal, lo cierto es que tras la reforma constitucional de 1994, y con la Constitución

para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, falta un código procesal local, de modo tal que la aplicación del ordenamiento federal suple la ausencia de dicha normativa.

Sin embargo, no es este un código para la Nación, porque Argentina es un país que reconoce en el federalismo una pauta de estructura constitucional. En todo caso, el código que comentamos es la ley de procedimientos para la justicia federal en todo el territorio de la Nación, y que se aplica en la Capital Federal mientras no se dicte su propio sistema de enjuiciamiento.

Ahora bien, el Decreto ley N° 1285/58 delimitó la competencia de los jueces nacionales, asignándoles las causas civiles y comerciales cuyo conocimiento no correspondiere por ley a otros jueces de distinto fuero.

La norma divide las materias civil y comercial provocando una abundante jurisprudencia contradictoria que pone de manifiesto la inconveniencia de continuar con esta regla.

> Por ejemplo, se ha dicho que el concepto de *causa civil* no puede ser tomado sobre la base exclusivamente de los términos formales de la demanda, sino con relación a la efectiva naturaleza del litigio; por eso, es obvio que, parcialmente, la acción deducida es ajena a la competencia de la Corte, cuando se advierte que la legitimación del propósito de consignar vinculado a todo el inmueble, pasa necesariamente por el planteo de la retrocesión, en cuanto la demanda, debe referirse a la parte del terreno por el cual se reconviene.[328]

Por supuesto que el conflicto de convivencia entre jueces nacionales (que no son tales) y jueces federales (de la Capital Federal y el interior del país) no es tan grave como para alentar un sistema más permeable a la distribución. El problema se puede resolver con criterios objetivos, teniendo en consideración la naturaleza del acto jurídico que motiva la pretensión, la persona del actor o del demandado u otras cuestiones manifiestas.

72.2 Justicia local, provincial y federal

De lo sintéticamente expuesto se colige que en la Capital Federal, o en otros términos, en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, coinciden jueces locales y federales; pero paralelamente, el concepto de "tribunales nacionales" puede atrapar a los jueces provinciales.

328. Fallos CSJN: 296:36.

En efecto, de acuerdo con el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional, los códigos de fondo no alteran la aplicación de códigos de procedimientos locales, correspondiendo a los jueces de cada jurisdicción encontrar la respectiva competencia.

La Corte ha sostenido que la distribución de la competencia entre los magistrados ordinarios de las provincias es ajena a la garantía de los jueces naturales y depende sustancialmente de la ley que rige la materia.[329] Por ello es común repetir que, en razón del carácter nacional de todos los tribunales con asiento en la Capital Federal, las resoluciones que deciden respecto de la distribución de competencia entre ellos son insusceptibles de recurso extraordinario por no mediar resolución contraria al derecho o privilegio a que se refiere el artículo 14 de la Ley N° 48.[330]

72.3 Prórroga de la competencia territorial hacia jueces extranjeros

La prórroga de competencia hacia jueces extranjeros (o árbitros) fue producto de la reforma procesal introducida por la Ley N° 22434 que estableció esta posibilidad. Hubo algunas condiciones: a) que lo dispusieran tratados internacionales; b) que hubiera conformidad entre las partes en asuntos exclusivamente patrimoniales de índole internacional; o c) que no se tratare de un caso donde los tribunales argentinos tuvieran jurisdicción exclusiva y excluyente.

La prórroga puede estar convenida contractualmente, o quedar consentida en oportunidad de trabar la litis. Es decir que impera un criterio amplio para autorizar la extensión jurisdiccional.

329. Fallos CSJN: 297:535.

330. Fallos CSJN: 296:31. Entre otros casos, puede verse cómo se procura restablecer el criterio de la competencia territorial en base a criterios objetivos. Así se ha dicho que corresponde a la justicia provincial, y no a la federal, conocer de la demanda por repetición del impuesto establecido en el art. 4 de la Ley N° 19408, si la acción está fundada en las disposiciones del Código Civil referentes a la repetición de lo pagado por error o sin causa (Fallos CSJN: 296:488). O bien cuando se sostiene que la propia naturaleza de la jurisdicción federal penal, la terminología empleada por la ley sobre delitos federales y el carácter eminentemente local de la legislación sobre faltas, llevan a concluir que el conocimiento de hechos, que sólo importan una infracción de ese tipo son ajenos a la competencia de los jueces federales aunque ocurran en los lugares a que se refiere el art. 3, inc. 4 de la Ley N° 48 (Fallos CSJN: 296:39).

En materia de tratados internacionales hay que tener en cuenta, el Tratado de Derecho Civil Internacional de Montevideo de 1940 y la Convención Internacional para la unificación de ciertas normas relativas a la competencia civil en materia de abordajes, redactada en Bruselas en 1952 con sucesivas actualizaciones.

> La Corte propicia el sistema, aunque restringe el abuso y autoriza el recurso extraordinario cuando se trata de la interpretación de normas federales, y de la inteligencia de un tratado internacional, en el caso de las Reglas Internacionales para Prevenir Colisiones en el Mar aprobados por la ley 16.862. A veces, constituye un requisito insoslayable para el progreso de la excepción de incompetencia de jurisdicción por distinta nacionalidad de las partes opuestas en autos, la cabal demostración por parte del oponente, de su condición de extranjero. Ello remite a una cuestión de hecho y prueba resuelta, en el caso, por aplicación de normas de derecho común, lo cual es privativo de los jueces de la causa e irrevisable en la instancia extraordinaria. No obsta a ello la mera invocación de preceptos constitucionales y de normas de un convenio internacional, teniendo en cuenta que el propio recurrente expresó no haberse acogido a las disposiciones de este último (conf. arts. 1° y 6°, "Convenio de Nacionalidad entre la República Argentina y la República Italiana", aprobado por ley 20.588).[331]

72.4 Competencia federal

La Constitución Nacional determina que las provincias conservan el poder que no han delegado a la Nación. Obviamente, entre ellos, está la administración de justicia local, de modo que existe una asignación de competencia judicial *originaria* e *indefinida*, y otra *definida* y *expresa* que se basa en el artículo 75 para encomendar a la justicia federal la interpretación y aplicación de normas que tienen dicho alcance.

Por ello, las autonomías provinciales permiten reafirmar el carácter soberano de las decisiones de sus jueces, criterio que inclusive lo afirma la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos precedentes, donde afirma que las causas deben fenecer ante el máximo órgano de la judicatura local, pues los tribunales de provincia se encuentran habilitados en causas que comprenden puntos regidos por la Constitución Nacional, las leyes federales y los tratados

331. Cfr. CSJN, "Arriola de Aixalá, Martha E. c/ D'Itria, Mario" 01/11/1979, en LL 1980-A-268, ED 85-537.

internacionales, por lo que cabe concluir que las decisiones son idóneas para ser resueltas por la Corte Nacional cuando ellas han tenido un pronunciamiento expreso del superior tribunal de la provincia.[332]

Sin embargo, el centralismo argentino está presente en todos los actos de la vida económica del Estado. Es evidente que la intervención de la Corte a través del recurso extraordinario se repite en cada causa, indicando la necesidad del justiciable de encontrar una respuesta final y definitiva en el superior órgano de la jurisdicción nacional.

> De este modo, como dice Fenochietto, el Estado nacional funciona en virtud de poderes que taxativamente han delegado las provincias y por tal razón la jurisdicción nacional se ejerce únicamente en aquellas cuestiones que, por afectar intereses y conveniencias generales, deben ser resueltos única y exclusivamente por la Nación. Estos intereses no sólo comprenden las cuestiones referentes al orden interno, es decir, las relaciones entre los distintos Estados provinciales o de estos con el Estado nacional, sino que también se extienden a aquellas otras que son consecuencia directa o indirecta del manejo de las relaciones internacionales que tiene a su cargo la Nación.[333]

73. *Perpetuatio jurisdictionis*

Determinada la competencia, y aceptada por las partes una vez trabada la litis, o puesto en marcha el proceso, queda consagrado el principio denominado *perpetuatio jurisdictionis*, según el cual la competencia queda firme y no tolera modificaciones.

No obstante, la variación legislativa provoca el cambio de juez interviniente (*v. gr.* ley que priva a los jueces comerciales de entender en algún tema de contenido civil, antes atendido por aquellos); también, el llamado fuero de atracción que genera la radicación ante el juez del proceso universal (sucesiones, concursos y quiebras) de todos los juicios de contenido patrimonial que el agente pasivo tuviese. Asimismo, pueden incidir otros contingentes que morigeran la radicalidad del principio (*v. gr.* litispendencia, acumulación de procesos, etc.).

332. Fallos CSJN: 311:2478.

333. Fenochietto, Carlos, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, 1999, T. I, p. 6.

La competencia, por lo general, es improrrogable toda vez que resulta de orden público e interesa al conjunto de la sociedad conocer anticipadamente el juez que debe entender. Sin embargo, algunas cuestiones que concitan el mero interés privado pueden pactar libremente la competencia (pacto de foro prorrogado); la única limitación radica en la posibilidad jurídica para hacerlo y en la buena fe del acto que lo celebra, con la finalidad de evitar el abuso o eliminar la sospecha hacia los jueces de presunto favor.

Conocida y firme la avocación de la justicia en una causa determinada, existe la posibilidad de remitir partes del trámite a otro juez, o directamente la totalidad de la causa. En el primer caso, hablamos de *delegación de actuaciones* (ni la jurisdicción ni la competencia se delegan) dando a otro juez intervención para que obre a rogatoria en un aspecto procesal establecido en la petición.

Se acepta esta modalidad como una forma práctica de resolver situaciones procesales que de realizarse por el mismo juez de la causa, generaría una demora inusitada en el trámite, o algún conflicto burocrático de competencia visto en la dimensión de las facultades que se obtienen por razón del territorio (*v. gr.* secuestro de bienes en distinta jurisdicción a la del proceso).

En cambio, cuando la delegación se realiza sobre todo el expediente, se relaciona con la *competencia por avocación* o *por reenvío*, según cómo el juez se desprenda de la causa. La avocación sintetiza la actitud de otro órgano jurisdiccional que asume el compromiso de resolver el proceso, actuando por una decisión legislativa, o por la incompetencia o pérdida de jurisdicción de quien lo tenía.

El reenvío opera cuando una decisión resulta revocada y debe solucionarse nuevamente por otro magistrado de igual competencia.

Finalmente, cuando no se encuentra el juez que deba asumir la jurisdicción que le corresponde, podrá ser facultad del Tribunal Superior otorgar el conocimiento a los jueces realmente competentes para entender en ellas, aunque no hubiesen sido parte en la contienda. Así por ejemplo, cuando se trata de decidir sobre la competencia de los fueros civil y comercial federal y en lo contencioso administrativo federal, lo que interesa examinar es la índole de las normas y principios que *prima facie* estén llamados a resolver el conflicto, consistente en si la pretensión jurídica se desenvuelve en la esfera del derecho administrativo o si

por el contrario, se está frente a una relación jurídica de naturaleza civil regida por los principios propios del derecho común.

74. Pacto de foro prorrogado

La competencia judicial depende de los criterios legales que se establezcan, teniendo en cuenta la división territorial, la clasificación de materias, el valor o monto de la pretensión, y a veces, el grado o jerarquía de la jurisdicción a la que le toca intervenir.

El artículo 1 del Código Procesal federal deja en claro que la competencia es improrrogable, pero admite algunas excepciones, como el "pacto de foro prorrogado" que supone el acuerdo entre partes para desplazar el conflicto hacia un territorio diferente.

Esta convención puede ser *expresa* y quedar establecida por escrito con anterioridad a la controversia, de acuerdo con normas sustanciales que lo permiten; o resultar de la actitud pasiva de la contraparte al contestar la demanda y no cuestionar la competencia elegida.

La prórroga *tácita* inhabilita al juez a declarar su propia incompetencia, porque cuando la ley autoriza el desplazamiento territorial no se puede argumentar en contra de ella. Tampoco lo podría hacer quien interviene en el proceso en una calidad diferente a la de litigante principal o *justa parte*. Si es citado de evicción, y las partes en litigio han consentido la competencia, no puede formarse un incidente por aquel, pues de otro modo, se formaría una multiplicidad de procesos que agravia el principio de celeridad procesal.

75. Competencia absoluta y relativa

La competencia se divide en *absoluta* y *relativa*, distinción que sirve para reconocer cuando se puede o no transferir la competencia a otro juez.

Es absoluta cuando la ley dispone la imposibilidad de pacto en contrario. Las normas que regulan la competencia de los tribunales federales son de orden público, y salvo puntuales excepciones no pueden ser modificadas o alteradas por el acuerdo de partes. En líneas generales, la competencia por razón de la materia, grado y valor es absoluta. La com-

petencia por razón del grado puede sufrir algunas alteraciones cuando la variación legislativa otorga o asigna a un juez de grado antes inferior una jurisdicción más amplia que incide en el pacto de foro prorrogado.

Es el caso de las partes que convienen la competencia comercial ante la hipótesis de conflicto entre comerciantes, y la ley establece que, por razón de la materia, este tipo de controversias corresponderá a jueces vecinales, de paz o letrados, hasta cierto monto. En tal situación, la ley anula el pacto de foro prorrogado.

En cambio, la competencia es *relativa* cuando permite una radicación territorial diferente a la que establecen las reglas generales previstas en los artículos 5 y 6 del régimen federal.

En muchas oportunidades el juez originariamente competente, es desplazado o sustituido por otro que, en principio, era incompetente y que se transforma en competente por sumisión expresa de las partes. De este modo, los contratantes, antes de surgir la litis y en previsión de tal eventualidad, se someten a la competencia de determinado juez, incluso renunciando a aquel al que tenían derecho.

76. El acto jurisdiccional

Analizada la jurisdicción desde sus pronunciamientos, muestra ciertas condiciones de expresión, contenido y finalidad que culminan por caracterizarla. El simple hecho de emitir una sentencia judicial no interesa para concretar el acto jurisdiccional, este necesita integrarse a un complejo de necesidades, o modos de ser, que hacen a la esencia misma del juicio y a la legalidad que la fundamenta.

Dichos recaudos ocupan intrínseca y extrínsecamente al acto jurisdiccional, como atiende la génesis y función que desenvuelven esos pronunciamientos.

Pero, ¿cuál es el acto jurisdiccional?, ¿es solo la sentencia?, ¿o también los actos del procedimiento?, y aun así, ¿es la sentencia el verdadero acto que nos ocupa?

Cada uno de estos interrogantes obliga a asumir una postura personal pues el problema presenta cuestiones que exceden las planteadas, para dirigirse hacia el teorema del acto jurídico y la teoría general del derecho (en su aspecto dinámico).

Por esto, es importante aclarar previamente que las nociones de acto jurisdiccional, acto jurídico y acto procesal, si bien tienen una raíz en común se distinguen claramente en sus presupuestos, contenidos y funciones.

Materialmente existe una línea divisoria concreta que se da en el plano de la circunstancia de emisión. Del acto jurídico surgen derechos y obligaciones libremente concertados u obtenidos de una norma que lo procede; el acto procesal se vincula con esta idea, pero asume una fisonomía propia en orden al interés de los sujetos procesales (partes); en cambio, el acto jurisdiccional es fundamentalmente enjuiciamiento y se presenta como una resolución.

Tanto como sucede en la acción, también la jurisdicción es actividad, y como tal, es jurisdiccional toda la secuencia de despachos, providencias, decretos y resoluciones parciales o definitivas que el juez dispone en el curso de un procedimiento. No olvidemos que si la esencia de la jurisdicción es conocer y ejecutar, la actuación consecuente manifiesta el sentido real del acto al que referimos.

Obviamente, existe una íntima relación con el proceso, tanto como que resulta su génesis. Con la acción el parentesco es inmediato, como se ve al conjuro de la realidad presentada: *acción, jurisdicción y proceso*, enlaces sucesivos que hacen a un método particular.

Ahora bien, en esencia, el problema del acto jurisdiccional responde a una cuestión distinta a la exteriorizada. El origen y la función, como los efectos y otras consecuencias los veremos en los puntos siguientes; ahora nos ocuparemos de la apariencia visible del acto jurisdiccional y de sus requisitos extrínsecos.

76.1 Forma del acto jurisdiccional

Se anticipó que son actos jurisdiccionales todos aquellos que emite el juez en el curso del proceso, admitiendo la tradicional clasificación en providencias simples o de mero trámite; interlocutorias o decisorias de incidentes o controversias sobre puntos ajenos al *thema decidendum*, y sentencias que resuelven definitivamente la pretensión.

Externamente estos actos deben ajustarse a una técnica de manifestación que constituye el modelo previsto por el ordenamiento para diseñar el llamado principio de legalidad de las formas. Estas circuns-

tancias especiales se vinculan con el lugar, el tiempo y la condición,[334] y su importancia está en que no se puede atribuir al acto jurisdiccional ningún efecto jurídico si no está determinada su forma; de donde resulta, dice Carnelutti, "que toda atribución de juridicidad a un acto se resuelve en su regulación; esto es, en la prescripción de lo que debe existir físicamente a fin de que alguna cosa exista jurídicamente".[335]

La forma constituye el modo de expresión del acto, pero su consagración a ultranza puede conducir a un ritualismo exagerado, contrario a los principios fundamentales del proceso justo o debido (art. 18 CN). Dentro de estas modalidades, común es reparar en la exigencia del idioma nacional, en la escritura mecánica o informática, en la uniformidad del estilo de presentación (*v. gr.* Acordada N° 4/2007 CS), entre otras.

Internamente, la formalidad del acto jurisdiccional exige que la mayor parte de las providencias interlocutorias y sentencias que emita provengan del juez; admitiéndose –excepcionalmente y generalmente reglado– que el secretario u otros auxiliares (*v. gr.* oficial de justicia en una diligencia) asuman decisiones propias dentro del proceso. Son ejemplos de esto último las resoluciones tomadas en el curso de una audiencia, las providencias de mero trámite, la certificación de actos cumplidos ante el tribunal, etcétera.

76.2 Juez natural

Este es un requisito instalado en el terreno de las garantías, pero conectado con la jurisdicción y la competencia, en el sentido de ser el tribunal que por ley debe actuar en una causa.

El juez que vaya a resolver el conflicto, o en tránsito por una etapa sin haber recibido expresa delegación, nulifica la legalidad del acto jurisdiccional, de provenir de quien no tiene autoridad para dictarlo. El punto se comunica tangencialmente con la capacidad del órgano jurisdiccional. Capacidad en el sentido de autoridad y competencia obtenida para el ejercicio del poder, o para el cumplimiento del deber, en que el acto se resuelva.[336]

334. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 458; Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 68.

335. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 472.

336. Ibídem, T. I, p. 458.

Asimismo, como existe la posibilidad práctica de encomendar el cumplimiento de algunos pasajes del procedimiento a otros jueces (delegación) o a otros auxiliares de la jurisdicción (mandamientos), preocupa la falta de coincidencia entre la emisión del acto con el órgano revestido de autoridad.

Empero, el problema es más aparente que real y encuentra solución por la vía del acto que permitió esa remisión, partiendo de allí su legalidad o nulidad absoluta o relativa.

77. Contenido del acto jurisdiccional

Quizás el meollo de la cuestión radique en resolver si el juez al dictar la sentencia está creando el Derecho, o sólo aplicándolo luego de un silogismo donde ha subsumido las premisas de la norma a los hechos destacados. En verdad, además de este planteo, el juez resume en sus actos una zona muy amplia de facultades que exceden la simple dimensión de conflictos entre los hombres.

Acertadamente se reflexiona que "no todo conflicto debe ser visto y tratado como una controversia judicial",[337] pues los problemas puntuales del hombre moderno sobrepasan el interés dispuesto en el marco de la *litis contestatio*.

Bien recibido sea el hecho concreto y positivo de solucionar conflictos de hecho y de derecho, en procesos contenciosos o voluntarios. También, que el acreedor postergado reciba un tratamiento preferente –por el título que porta– en el proceso de ejecución. Pero el hoy nos demuestra que el activismo judicial debe integrarse al protagonismo y participación que la sociedad le reclama.

Este llamado a la reflexión se inserta en la duda que presentan los distintos modelos pensados para la función jurisdiccional. O el sistema de la desconfianza que persigue un juez aplicador mecánico de la ley; o el que inspirado por la confianza que en él se deposita puede realizar su tarea fuera del marco de la norma pero completo de justicia y equidad.

Sin embargo, también es cierto que el origen de los modelos ha variado en el curso de los tiempos, siendo posible aceptar a través de los índices estadísticos de confiabilidad en la justicia, que la *desconfianza* eu-

337. Morello, Augusto Mario, *Problemática actual de la justicia*, D J, 1989-II, p. 1053.

ropea torna hacia un respaldo mayor, donde las potestades jurisdiccionales aumentan pese a que se contienen en los límites de la división por competencias; mientras que los jueces americanos son genéricamente presa de severas críticas por su falta de independencia e imparcialidad, que ha tornado el sistema de la *confianza* en un espejismo absoluto.

En este contexto, uno se puede tentar con planteos teóricos y reiterar el interrogante clásico acerca de cuál es la misión constitucional de los jueces, para caer en posiciones restringidas a la aplicación de la ley; o en otras más elásticas que admiten la interpretación de la norma; o pensar en un magistrado con potestades suficientes para constituir un órgano más en la estructura del poder político, de manera que también el juez resuelva y decida con criterios económicos, políticos y sociales; entre muchos otros criterios.

Asignada la tendencia, cuadra posicionar al tribunal en el marco previsto como opción valorativa (y como tal, subjetiva y plenamente opinable) y proyectar cómo puede desempeñarse en el proceso para que este sea el *debido proceso* premeditado como principio general, antes que una sumatoria de reglas.

En este encuadre preliminar el punto de partida puede ser distinto. Algunos lo ciñen al deber constitucional de realizar la justicia aplicando la ley tal como esta se formula. Ferrajoli lo define desde el llamado garantismo, y encuentra apoyos locales en Alvarado Velloso y Benabentos. El primero, por ejemplo, dice que el garantismo procesal no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental; por el contrario, se contenta modestamente con que los jueces –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. Otros, en cambio, toman en cuenta las nuevas funciones del juez y asumen progresivamente, junto al clásico rol del decisor de los conflictos, *nuevas funciones no tradicionales*. En el *proceso civil* se dibuja un modelo de *juez administrador, gestor, o componedor económico social*.[338]

Comienza así una difícil tarea de esclarecimientos, donde la función no se concibe lineal (no es igual la responsabilidad de juzgar en el

338. Así lo presenta el informado relatorio de Roberto O. Berizonce en el Congreso Mundial de Derecho Procesal celebrado en Viena (Austria) en 1999.

campo penal que la derivada de temas civiles) y por eso los principios generales pueden mostrarse, a veces, inconsistentes ante la urgencia, apáticos hacia una realidad que les reclama adaptación, o incongruentes con la finalidad de ser justos.

La tarea de acople con los tiempos es evidente en la transformación de la legitimación procesal, donde el llamado por un acceso a la justicia sin restricciones terminó aligerando la tensión con los recaudos impertérritos de la legitimación *ad causam* y *ad processum*, permitiendo con la creación de nuevas categorías (derechos colectivos, de pertenencia difusa; o los llamados derechos de masa) una apertura del proceso a los antes soslayados por la consolidación del derecho subjetivo, que obligaba al actor a ser un damnificado directo para poder reclamar ante los jueces.

La cuestión, entonces, se posiciona desde una atalaya no habitual, donde el conflicto a resolver se suscita con el alcance que significa ser juez en uno u otro sistema constitucional, porque los poderes de la jurisdicción varían; de manera que el debido proceso señalará reglas comunes (*v. gr.* hacer que se cumpla el paradigma de la supremacía de la Constitución), pero la actividad propiamente dicha sufrirá adaptaciones acordes con la finalidad de cada proceso y la misión que se encuentre prevista para el juez, en cada caso.

78. La sentencia como acto jurisdiccional

En el conjunto de los actos jurídicos procesales se destaca nítidamente la sentencia, momento preciso en el cual se realiza la función jurisdiccional y que entroniza el poder que ostenta.

Calamandrei sostiene que "el juez ejerce jurisdicción solamente cuando decide sobre la existencia de voluntades concretas de ley de la que son destinatarios los sujetos de la relación controvertida",[339] y en esto parece coincidir la mayor parte de los estudiosos, aun contando con discrepancias bien fundadas.[340]

El problema radica, entonces, en los demás actos del proceso judicial que, siendo procesales o judiciales no serían jurisdiccionales en la inspiración de esta doctrina. Lo cierto es que dicha conclusión resuel-

339. Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el Proceso Civil*, Buenos Aires, Ejea, 1986, p. 45.
340. Briseño Sierra, Humberto, *Derecho Procesal*, México, Harla, 2ª ed., 1995, p. 265.

ve la naturaleza del acto más importante del proceso, pero desmerece su fundamento intrínseco al dejar fuera de esa condición (jurisdiccionales) a los otros actos del procedimiento, toda vez que el proceso es en sí mismo un conjunto que no puede reducirse sólo a un momento. Además, los litigios que terminen sin sentencia por una contingencia de trámite no tendrán explicación alguna, por cuanto no habrían sido jurisdiccionales los sucesos que le precedieron.

En este aspecto, coincidimos con Ibáñez Frocham cuando señala que "todos los actos cumplidos por el tribunal en ejercicio de su función, inclusive los que la ley difiere al secretario como inmediato auxiliar de la jurisdicción son *jurisdiccionales*".[341]

El aditamento que hace Couture referido a la cosa juzgada como elemento característico del acto jurisdiccional, puede superarse bajo la preclusión de todos los actos del proceso, que al ser secuencias sucesivas que no regresan, asumen la teleología del proceso como unidad de actos dirigidos a obtener un pronunciamiento de la jurisdicción. Ahora bien, emplazada la sentencia como un acto del proceso, puede observarse que en ese acto responde quien hasta allí aparecía como director (o espectador, en un procedimiento dispositivo rígido), dando lugar a uno de los fenómenos más notables en el tránsito hacia el derecho.

La posición del juez frente a la norma reproduce el análisis crítico que hace al juicio jurisdiccional, en este conjugarán componentes de variada importancia, de hecho y de derecho, de modo tal que el acto resolutivo podrá señalarse como un hecho jurídico y como un acto jurídico.

Así lo entiende Couture al destacar que

> … la sentencia es un hecho, "porque un hecho es todo fenómeno resultante de una actividad del hombre o de la naturaleza"; y también un acto, porque "es en sí misma un juicio; una operación de carácter crítico", donde "el juez elige entre la tesis del actor y la del demandado (y eventualmente una tercera) la solución que le parece ajustada al derecho y a la justicia". Esa labor se desenvuelve a través de un proceso intelectual cuyas etapas pueden irse aislando separadamente y al que la doctrina llama formación o génesis lógica de la sentencia.[342]

341. Ibáñez Frocham, Manuel, *La jurisdicción*, *op. cit.*, p. 56.

342. Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 279.

La construcción del pensamiento pone de manifiesto distintas valoraciones en torno a esta elaboración; pero todo lleva a demostrar la complejidad del acto donde el magistrado no resuelve sobre la base de fórmulas estereotipadas o esquemas de aceptación general; en realidad el resultado es el fruto de la recopilación tomada del proceso, donde concilian temperamentos disímiles como los que enfrentan la pretensión y la resistencia; percepciones íntimas y deducciones que llegan a la sentencia por una discrecionalidad técnica y normativa que expresa la voluntad judicial.

> La naturaleza jurídica de este acto de voluntad no consiste en una simple aplicación de la ley al caso concreto, lo que acaso podría servir para explicar el juicio lógico, primer elemento de la sentencia pero no su segundo elemento; tampoco es, no obstante, una *lex specialis*, un mandato análogo al de la norma pero de formulación concreta y particular en vez de general y abstracta. Lo cierto es que la sentencia opera sobre una realidad absolutamente distinta, en su esencia, a la de la ley; sobre la pretensión de una parte; y esta específica realidad es la que explica el acto que ahora analizamos; el segundo elemento de la sentencia lo constituye en efecto la actuación o la denegación de la actuación de una pretensión.[343]

79. El juicio jurisdiccional

La reducción del fenómeno jurisdiccional al hecho de juzgar ha provocado un debate dialéctico que reconoce largos años de antinomia entre dos interpretaciones distintas: el juez al dictar sentencia, ¿crea o aplica el derecho?

La tendencia inicial elaborada por la "jurisprudencia de conceptos" trataba las proposiciones jurídicas como normas creadas en consecuencia de un esquema universalmente aceptado. El centro de gravedad fue la tarea del juez, quien sólo cumplía una actividad puramente gnoseológica. Debía subsumir el caso bajo el concepto jurídico para aplicarlo sin otra interpretación.

343. Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, T. I, p. 954.

Wach se refirió al acto de juzgar como a un mero silogismo donde el juez se limita a declarar la voluntad de la ley ante un caso concreto:

> La sentencia firme no es nunca y bajo ninguna circunstancia otra cosa que la aplicación del Derecho. Es la voluntad de la ley concretada, que como tal siempre vincula. La sentencia es siempre declaración en función de protección del Derecho, pero nunca en función de producción del mismo.[344]

Estos criterios afincaban un positivismo a ultranza y fueron un pensamiento rector en las opiniones vertidas durante el siglo XVIII. Condenar o absolver, nada más, sostenía Montesquieu, y Feuerbach precisaba aún más la fuerza del concepto al señalar que el juez debía ceñirse a "deletrear la ley".[345]

Ihering asoma con cierta reacción a esta postura, generando un movimiento innovador que, de todos modos, no consigue variar el espíritu conservador señalado. Dice, entonces, sobre la conexión entre el derecho y los intereses de la vida (jurisprudencia de la realidad), distinguiendo dos formas de manifestación: una inferior y otra superior. La primera interpreta la norma jurídica, aclara su contenido, explicita sus alcances sobre la base de una metodología de raíz común con la investigación en otras ciencias. La jurisprudencia superior comienza con la autonomía de los conceptos jurídicos, con su tratamiento como "ordenamientos jurídicos". Por esta independencia, los institutos jurídicos pasan de ser sumas de proposiciones jurídicas o elementos de tales proposiciones a ser entidades existentes, individualidades lógicas a satisfacer mediante la idea del ser y de la vida individuales. Las ulteriores tareas de la jurisprudencia superior consisten en la investigación precisa de la estructura, las propiedades y las relaciones de y entre los "cuerpos jurídicos" cristalizados a partir de las proposiciones jurídicas.[346]

Siempre en terreno de esta concepción, Alfredo Rocco modifica el enunciado precedente para indicar como silogismo judicial el proceso de emisión de la sentencia.

344. Wach, Adolf, *La pretensión de declaración, op. cit.*, p. 72.

345. Cfr. Gimeno Sendra, *Fundamentos..., op. cit.*, p. 112.

346. Von Ihering, Rudolf, *La lucha por el derecho*, Buenos Aires, Helista, 1993, con cita de la obra de Philipp Heck, p. 47.

En efecto:

> … la norma jurídica es un mandato que, por estar expresado en forma abstracta, tiene necesidad de ser concretada, que es lo que hace precisamente el juez en la sentencia. Pero evidentemente, en esta operación el juez no añade ninguna partícula de voluntad propia a la voluntad ya manifestada por el legislador. La operación por la cual, dada una norma general, se determina cuál es la conducta que debe seguir en el caso concreto el particular sujeto a la norma es una pura operación lógica y, como se suele decir, un silogismo, en el cual tomada como premisa mayor la regla general, como menor el caso concreto, se deduce la norma de conducta que hay que seguir en el caso particular. El juicio lógico no cambia ciertamente de naturaleza por sólo tener por objeto una declaración de voluntad, esto es, una norma jurídica. La actividad mental del juez sigue siendo una actividad puramente teórica, aunque se ejercite sobre un problema de la actividad de otro, o sea, sobre una declaración de voluntad ajena. La operación de juez no es, pues, sustancialmente diversa de la de cualquier particular, que quiera deducir de la regla general la regla particular al caso concreto. Única diferencia es el distinto valor del juicio, o sea, la diversa eficacia jurídica del producto de aquella actividad. El derecho objetivo atribuye, en efecto, a la sentencia del juez, dados ciertos supuestos, una fuerza obligatoria que no posee la opinión de un particular. Pero tampoco aquí la voluntad del juez entra en juego, sino la ley que reconoce dicho objeto jurídico al juicio lógico del juez.[347]

Pero esta corriente mostraba fisuras notables cuando los hechos no tenían en el derecho un cuadro de aceptable inserción. Al mismo tiempo, la variación de los valores, otrora consolidados en los ordenamientos codificados, recibían la mutación constante de los reclamos presentes. La estabilidad de la norma no correspondía a la transformación de la sociedad, y no era lógico esperar una permanente adaptación legislativa.[348]

---

347. Rocco, Alfredo, *La sentencia civil, op. cit.*, pp. 50-55; Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 69.

348. Ello no obstante, dice José Vicente Gimeno Sendra, "el principio de la plenitud del ordenamiento jurídico y su corolario, la obligación de los jueces de resolver en todo caso los conflictos aplicando el derecho objetivo sigue manteniéndose como uno de los postulados de todo Estado de Derecho, cuando la realidad demuestra la existencia de lagunas o de leyes desfasadas, debido en parte, a la imposibilidad del legislador de prever la totalidad de las situaciones sociales que conforman la vida moderna y el anquilosamiento, en ocasiones, del Poder Legislativo que no sabe adaptarse con la

Había que indagar en la ley el motivo de su implementación; la finalidad de sus preceptos, y aun, ante el silencio legislativo, debía el juez cubrir esas "lagunas del derecho" creando de alguna manera la misma norma jurídica.

La etapa codificadora del siglo XIX y aun los ordenamientos más modernos admitieron esta "jurisprudencia teleológica", si bien delinearon su aplicación con prudencia, dejando que la ponderación judicial pudiera resolver ante el hecho concreto.

Se destacan así tres comportamientos hipotéticos: la libre estimación, la limitación a la subsunción, y la complementación coherente y dependiente del precepto. En la primera, el juez no tiene ataduras y obra como si fuera él mismo el legislador, con los inconvenientes que reporta la diferencia de criterios. La segunda alternativa se limita al esquema sostenido clásicamente, donde se prioriza la seguridad jurídica. La última posibilidad no limita al juez a la realización de la norma reconocida, sino que le permite completar o suplir las normas insuficientes y dar a las imprecisas la determinación de que carecen. No obstante, al hacerlo no debe proceder según sus propias valoraciones, sino que tiene que estar vinculado por las intenciones del legislador, por la valoración de los ideales e intereses que están en el fondo de la norma legal.

Aparece entonces Kelsen, colocando al juez como verdadero creador del derecho, toda vez que, inspirado en su *Teoría pura*, enfoca el orden jurídico como un todo, donde sin paradoja puede ver un acto del Estado tanto en un contrato como en una sentencia, dado que ambos son creadores de derecho imputable a la unidad del ordenamiento jurídico.[349] Legaz participa considerando que el juez, al aplicar la norma general, crea una norma nueva, individual.[350]

Entre los procesalistas, la idea partía de Von Bülow, distinguiendo entre leyes generales y especiales que por la vía del proceso transformaban el derecho abstracto en un mandato concreto y singularizado.[351] Esta fusión entre la ley y la sentencia ("no sólo la ley, sino la ley

rapidez requerida a los nuevos cambios sociales o a las concepciones de valores de la sociedad" (*Fundamentos de Derecho Procesal civil, op. cit.*, p. 113).

349. Kelsen, Hans, *Teoría pura del Derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1969 (8ª ed.), p. 182.

350. Legaz, Luis, *Filosofía del Derecho*, Barcelona, Ariel, 1953, p. 423.

351. Von Bülow, Oskar, *La teoría de las excepciones procesales y los presupuestos procesales*, Buenos Aires, Ejea, 1964, p. 3.

y la función judicial dan al pueblo su derecho") mortificó a la doctrina pues, de alguna manera, retomaba un aspecto que se consideraba superado, como era la identificación entre el derecho y la acción.

No se trataba ya de observar si la sentencia era o no un complemento, sino de evidenciar cómo se instalaba en el derecho y cuáles eran los efectos que producía.

Guasp, por ejemplo, la vinculó estrictamente con la pretensión, y decía que

> … la sentencia es aquel acto del órgano jurisdiccional en que este emite su juicio sobre la conformidad o disconformidad de la pretensión de la parte con el derecho objetivo y, en consecuencia, actúa o se niega a actuar dicha pretensión.[352]

Esta configuración del fenómeno muestra también la presencia de dos elementos inconfundibles en el acto de juzgar: por un lado, es evidente que existe un silogismo inicial donde se compara la pretensión con el derecho y la posición objetiva de respaldo que pueda fundamentar la primera. Por otro camino, efectuado este proceso de constatación, da lugar a un acto de voluntad que discrimina la valoración que el conjunto de preceptos merece.

Tanto Couture[353] como Serra Domínguez[354] han explicado esta evolución en la cual sucesivamente aparecen en el escenario del juzgamiento y de la sentencia motivaciones históricas (antecedentes fácticos), lógicas (subsunción de los hechos en el derecho) y críticas (voluntad concreta del juez), las que se pueden resumir en tres manifestaciones concretas de la tarea creadora del juez al dictar la sentencia judicial.

a. La sentencia asume en ocasiones la función de *crear el Derecho* a través de la ausencia normativa que tiene el conflicto en cuestión.
   No obstante, esta afirmación es superficial e hipotética porque la inseguridad jurídica no es la regla y cada caso concreto permite tener distintas soluciones ante identidad de problemas. Es decir que, aun cuando pueda el magistrado resolver una situación dada pergeñando las soluciones sin respaldo

352. Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, T. I, p. 950.
353. Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 304 y ss.
354. Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal, op. cit.*, pp. 63-117.

normativo donde adecuar las contingencias afrontadas, ello simplifica el acto de justicia en una norma de equidad, donde sería más correcto hablar de un juicio de equilibrio, razón y prudencia, que de una creación pretoriana que convierta en legislador a quien no tiene potestades para ello.

b. En otras oportunidades el *juez "completa" a la norma* que aplica, integrando sus disposiciones ya sea por la vía analógica o por interpretación singular.
"En teoría general se habla de autointegración o de heterointegración para significar que la primera obtiene la soldadura del sistema con la ley misma; la segunda, con el medio diverso, que es la intervención del juez".[355] En esta categoría podemos encontrar la integración por los estándares o "cláusulas generales abiertas",[356] como la moral y las buenas costumbres, el orden público, la diligencia de buen padre de familia, la buena o mala fe, etcétera.

c. E incluso podría llamarse *acto de creación del derecho* a la modalidad que se impone al cumplimiento de una sentencia que reconoce una situación de derecho predeterminada y concreta. En este sentido,

> ... la norma individual de la sentencia ha de contener necesariamente "algo más" que la norma general, y ese "algo más" es de creación judicial. Si el término creación parece excesivo, puede hablarse de elaboración, formulación o realización; lo importante es comprender que el juicio añade a la ley.[357]

80. Nuestra opinión

¿Qué es la sentencia? ¿Aplicación o creación del derecho? En el fondo, el problema es idéntico porque admite respuestas en ambos sentidos. Sin embargo, la norma jurídica no es el derecho, aunque pueda serlo objetivamente. Es decir, la función judicial decide las disposiciones a aplicar y en el mismo acto resuelve si subsume, sin otra

355. Carnelutti, Francesco, *Derecho y Proceso*, Buenos Aires, Ejea, 1971, p. 20.
356. Gimeno Sendra, José Vicente, *Fundamentos de Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 116.
357. Montero Aroca, Juan, *Introducción al Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 53.

interpretación que la ya dispuesta, el caso a la norma, o bien adopta teleológicamente el sentido normativo al conflicto que enfrenta. Así, entonces, habrá un acto de lógica pura y otro de volición estricta que se dan sucesiva y ordenadamente.

La consagración normativa no deja de ser un ensayo general del problema y una hipótesis de solución ideal pero, en el plano de la realidad, entrecruzan vivencias y experiencias particulares que recogen el sentido final del temperamento a seguir.

La estabilidad de la ley es blanco de críticas cuando aspira a respuestas totalizadoras y permanentes. La constante transformación de la sociedad obliga a recrear la norma y a completar sus premisas ajustando aquella realidad del ayer a los inconvenientes del hoy y a la permeabilidad del mañana. Por eso se explican las confrontaciones jurisprudenciales y no por ellas hay insatisfacción o inseguridad jurídica.

La creación pretoriana obedece en respuesta al ritmo cansino que tiene la actitud legislativa. El derecho, pues:

> … está considerado como un sistema estable de normas, a pesar de su continua adaptación a las circunstancias. La tarea de nuestros juristas resulta ser, por ello, de doble filo: por un lado, han de hallar la solución justa de cada caso; por otro, han de referir la más espontánea de sus soluciones a una doctrina general que se trata de hacer derivar de los artículos del Código.[358]

Evidentemente, en la libertad de selección y en la amplitud del criterio que obtiene el juez para juzgar, están asentados los mejores fundamentos para discernir cierta capacidad creativa. Los juicios de valor y de ajuste son igualmente libres y discrecionales, aun con el riesgo de tornarse injustos, de manera que, *mutatis mutandi*, el verdadero meollo es la discrecionalidad y no la creación.

Cada una de las construcciones jurídicas que personifiquen una sentencia llevará ínsita esta cuestión, y por eso importará más la justicia que el equilibrio normado, aun con el riesgo de la interpretación volátil o extravagante.

358. Puig Brutau, José, *La Jurisprudencia como fuente del Derecho (Interpretación creadora y arbitrio judicial)*, Barcelona, Bosch, 1951, p. 20.

Capítulo IX
Proceso

81. Concepto

"Proceso" proviene de *processus*, *procedere*, que simboliza progresar, avanzar, ir hacia delante, marchar hacia un fin preestablecido, desenvolvimiento progresivo, etcétera. También significa el desarrollo de actos dirigidos hacia una finalidad determinada que tienen una secuencia establecida.

No difiere el concepto del vocablo que generalmente aceptamos para configurar un proceso físico, químico, biológico, donde la dinámica muestra una concatenación de sucesos que prospera hacia un fin, para luego terminar y obtener así, ciertas conclusiones.[359]

El sentido procesal del término se debe relacionar con las nociones de jurisdicción y acción. Hemos visto que la función jurisdiccional supone el rol del Estado en los conflictos entre los hombres, componiendo el poder-deber de resolverlos ejercitando en las causas una decisión justa. A su vez, la acción protagoniza el papel del individuo que reclama y activa el mecanismo protector, permitiendo actuar el derecho objetivándolo en una sentencia.

Aparece entonces el proceso, verdadero artífice de la creación procesal y baluarte de su consagración científica. En esencia, el análisis de los actos que transportan pretensiones y resistencias que el juez debe resolver, constituyen la causa y razón de ser del proceso. Esta es la finalidad: lograr que las disputas entre los hombres se solucionen con la intervención de un tercero imparcial. Este representa el interés del Estado, y la decisión es la actividad de creación de una norma individual que impone la justicia en la crisis afrontada.

Sin embargo, objetivamente considerada, toda la actividad que importa el proceso no conviene simplificar o reducir a la simple

359. Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal, op. cit.*, p. 121; Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 220.

solución del conflicto intersubjetivo, porque existen otros procedimientos que necesitan de la función jurisdiccional para que el derecho pueda ser aplicado, y en ellos la decisión, antes que de pura resolución, tiende a constituir, modificar, transformar o extinguir relaciones jurídicas que no provienen de ninguna controversia.

Es el caso de la denominada "jurisdicción voluntaria", que estructurada secuencialmente como el proceso común (contradictorio), no tiene la particularidad de la oposición entre partes, de modo tal que tampoco existen pretensiones, resistencias, cosa juzgada, etcétera. Por ello, estas notas atributivas de otras peculiaridades procesales no tienen importancia a la hora de caracterizar al proceso.

Lo cierto es que desde esta perspectiva, de alguna manera dinámica, observa que "proceso" sería aquel desarrollo de actos encaminados a obtener una sentencia que consolide el derecho presentado (pretendido o peticionado) por la parte interesada.

Sin embargo, esta noción deja de lado otra no menos significativa. Guasp dice que el criterio señalado tropieza con

> ... la objeción que se deriva de la evidente inexistencia de muchos procesos en que no aparece como materia fundamental derecho subjetivo alguno, y de ahí que se propongan para evitar la dificultad, concepciones análogas de carácter sustitutivo que hablan de la protección de la esfera jurídica del particular considerada en su integridad, de las situaciones o posiciones individuales o de los poderes jurídicos, sin más, del particular.[360]

De todas maneras, unas y otras confunden el concepto unitario que tiene el proceso, pues aun cuando se pueda interpretar como actividad que permite la actuación del derecho subjetivo (interés particular), o como actuación de la voluntad de la ley (derecho objetivo), ambas responden a un orden consecuente de utilidad científica y práctica, por el cual los sujetos consiguen desarrollar un sistema que penetra en otras realidades del orden jurídico.

De este modo, es mejor considerar el proceso como un método en el cual se alojan identidades y experiencias que se conciben permanentes (garantías), o que orientan un camino para disponer la mejor solución (principios), o bien como un conjunto de reglas que dispone el sistema de enjuiciamiento.

360. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 14.

De esta manera, no encontraremos finalidades específicas sino funciones concretas, donde lo puramente adjetivo resulta residual y subordinado a una tarea que se afirma en la noción fundamental de las garantías constitucionales.

Por eso, hemos señalado antes de ahora que el Derecho Procesal moderno ha relegado su rol netamente instrumental, o servidor de las leyes sustantivas; donde si bien no está postergada totalmente esta función, aparece comprometido con novedosos principios que provienen de la socialización del proceso civil, otorgando la posibilidad de una justicia funcional, eficaz y solidaria.[361]

82. Finalidad del proceso

Existe una profusa caracterización doctrinaria sobre el fin que tiene el proceso, y asoma en cada idea una posición enclavada sobre la naturaleza jurídica que al instituto se asigna. En efecto, los autores polarizan las cuestiones hacia dos posturas diversas: por un lado, atienden *la finalidad objetiva del proceso* y los resultados que con él se persiguen. En este sentido, la duplicidad de criterios oscila desde la actuación del Derecho hacia el interés individual del litigante. Por otro, se piensa que lo esencial y trascendente radica en el fenómeno de la *solución del conflicto*, erradicando las formas primitivas de resolver diferencias, consagrando con esta modalidad civilizada, el orden y la justicia.

Guasp separó las ideologías en *sociológicas* y *jurídicas*, donde las primeras orientan para observar el hecho de la pura existencia del hombre en comunidad que sufre reclamos de sus semejantes. Estas quejas, pueden terminar o no en conflictos, pero en cualquier caso deben ser atendidas. Por ello, el proceso sería en definitiva un instrumento para satisfacer pretensiones.[362]

Esa base social determina y justifica la base jurídica, siendo entonces el derecho, reflejo o sustitución de las crisis, convirtiendo a la queja en una verdadera pretensión.

La agudeza de esta reflexión sintetiza un pensamiento generalizado que funde ambas nociones, es decir que no lo consideran

361. Gozaíni, Osvaldo, *Introducción al nuevo Derecho Procesal, op. cit.*, p. 20.
362. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 16.

solamente un medio para solucionar conflictos, sino que agrega el fin objetivo de aplicar el derecho.

Veamos entonces cómo presentan los autores la fisonomía del medio, el objeto que persigue y de qué manera evoluciona la doctrina.

82.1 Doctrinas subjetivas

Esta línea del pensamiento generaliza la función del proceso como medio para resolver conflictos entre las personas.

Surge con los prácticos españoles del siglo pasado, que decían que el proceso era:

> … la controversia o discusión que sostienen con arreglo a las leyes, dos o más personas que tienen intereses opuestos, sobre sus respectivos derechos u obligaciones, o para la aplicación de las leyes civiles o penales, ante juez competente, que la dirige y termina con su decisión, declarando o haciendo respetar un derecho o imponiendo una multa.[363]

La reducción del proceso al ámbito de la controversia era la característica esencial; de otro modo, no había proceso sino actos de jurisdicción voluntaria.

La definición propuesta responde a una etapa histórica cuando aún no estaba consagrado el Derecho Procesal como ciencia autónoma, pensando entonces en el suceso por el que un juez interviene en el conflicto entre hombres como un acto ritual asentado en un procedimiento establecido.

Carnelutti, contemporáneamente, defiende esta tesis propiciando su conocimiento a través de la llamada "teoría de la litis", desde la que distingue finalidades preventivas y represivas del proceso. La diferencia entre el proceso contencioso y el voluntario la encuentra en la situación actual o potencial del conflicto.

Ese estado actual de intereses en conflicto se denomina litis, siendo finalidad del proceso la "justa composición del litigio":

> Si una *litis* fuese simplemente un conflicto intersubjetivo de intereses, los sujetos de ella serían siempre y simplemente los dos hombres o los dos

363. Vicente y Caravantes, José, *Tratado histórico, crítico filosófico de los procedimientos judiciales en materia civil, según la nueva ley de enjuiciamiento: con sus correspondientes formularios*, Madrid, Imprenta de Gaspar y Roig, 1856, T. I, p. 353.

> grupos a los cuales pertenecen los dos intereses en conflicto; pero la cosa se complica si se reflexiona que para constituir la *litis* tiene que agregarse a cada interés la pretensión o la resistencia, que son, actos jurídicos.[364]
> Si la pretensión es exigencia de subordinación de un interés ajeno al interés propio; y la resistencia es la no adaptación a la subordinación propia al interés ajeno, la *litis* puede definirse, entonces, como un conflicto de intereses calificado por una pretensión resistida.[365]

Estas concepciones, no obstante la seguridad del acierto para mostrar el formidable fenómeno de la intervención jurisdiccional entre los hombres, dejan latente el vínculo que ocupó el problema doctrinario de la acción, esto es, la identificación entre el derecho y el proceso. Por eso, variables de esta posición reflejan la finalidad a partir del objeto pretendido, sea ya comprendido como un medio de coacción para el cumplimiento de los deberes; o como forma de dirimir conflictos de voluntad o de actividad.[366]

82.2 Doctrinas subjetivas: satisfacer pretensiones

Siempre dentro de las doctrinas subjetivas, pero con la intención de poner distancias entre el derecho cuestionado y el proceso en sí mismo, algunos autores buscaron el fin del proceso en un aspecto puramente procesal: la pretensión.

Schwab,[367] por ejemplo, indicó que el objeto litigioso estaba en la solicitud del actor para obtener una sentencia; idea basada en Rosenberg, que concibe al proceso a partir de la consecuencia esperada de la sentencia.[368]

Guasp dijo, justamente, que el proceso estaba para satisfacer pretensiones, caracterizado, además, por tres sujetos situados en planos distintos: el objeto del proceso es, naturalmente la relación o queja que se trata de satisfacer, es decir, la pretensión procesal.[369] Recoge la inspiración Fairén Guillén mudándole el carácter estrictamente procesal

364. Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil, op. cit.,* T. I, p. 29.
365. Ibídem, T. I, p. 28.
366. Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal, op. cit.,* T. I, pp. 98-99.
367. Schwab, Karl Heinz, *El objeto litigioso en el proceso civil, op. cit.,* p. 245.
368. Rosenberg, Leo, *Derecho Procesal Civil, op. cit.,* p. 73.
369. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.,* p. 17.

para interpretarlo como instrumento para la satisfacción jurídica;[370] principio que coincide con la propuesta de Barrios de Angelis que habla de erradicar la insatisfacción jurídica.[371]

Desplazada la noción arraigada en la actitud servil del proceso hacia el derecho material, las teorías presentes extremaron el objetivo de la satisfacción individual, sin atender la incidencia natural del comportamiento de las partes respecto a lo que esperan conseguir cuando acuden a la jurisdicción. La función del proceso resulta ser, entonces, la génesis del derecho, y por lo tanto, no puede tratar de objetivarse un contenido distinto de la propia actividad procesal.

82.3 Protección del derecho subjetivo

Cuando nos referimos al problema doctrinario de la acción recordamos que durante los inicios como ciencia del Derecho Procesal, la jurisdicción fue atendida en la tarea de tutelar los derechos subjetivos de los particulares. Las obras de Hellwig, Kisch, Simoncelli, entre otros, enfocan la cuestión desde esta perspectiva.

El vínculo directo que contrae por estos motivos el derecho subjetivo con la acción regresa de alguna manera al punto de partida, tomando al proceso como ligamen entre el derecho sustancial y procesal. Zanzucchi destaca esta característica del proceso, señalando el carácter instrumental en cuanto, aun tendiendo a la preservación del ordenamiento jurídico, procura de modo final realizar intereses que no son del Estado, ni de este en ejercicio de la función jurisdiccional, sino que pertenecen al sujeto privado a quien se tutela por el proceso de sus derechos materiales.[372]

Esta posición resulta cuestionada por Chiovenda al sostener que

> … no siempre se encontraría en el proceso el derecho subjetivo a defender, por ejemplo, cuando la sentencia rechaza la demanda; pero, además, si el derecho subjetivo no es sino la expectativa de un bien garantizado por el Estado, el titular del derecho que se dirige al Estado no pide una

370. Fairén Guillén, Víctor, "El proceso como función de satisfacción jurídica", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1969-I, p. 17.

371. Barrios de Angelis, Dante, *Teoría del Proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1979, p. 18.

372. Zanzucchi, Marco, *Diritto processuale civile, op. cit.*, p. 80; cita de Montero Aroca, Juan, *Introducción al Derecho Procesal, op. cit.*, T. I, p. 178.

cosa que afirma tener ya la garantía de su expectación, sino la actuación de esta garantía, que es la ley.[373]

83. Doctrinas objetivas

Estas teorías presentan como función del proceso la actuación o aplicación de la ley. Se dividen conforme interpreten la supremacía de las normas o del derecho.

83.1 Actuación de la ley

A partir del desconocimiento que hace Chiovenda a la finalidad subjetiva del proceso, se considera que la verdadera defensa es de carácter objetivo, por la naturaleza pública de la función, donde la constante radica en la *actuación permanente de la ley*.

La idea fuerza se muestra con los dos estadios o fases procesales como trabaja la ley: mediante la declaración (o reconocimiento) o con la ejecución forzosa, cuando el Estado se vale de medidas que actúan sobre la voluntad de la ley, o se subroga en su actividad, dando directamente al interesado los bienes que la ley garantiza. A veces basta el primero (acción de declaración); otras pasa directamente al segundo teniendo por base títulos ejecutivos diferentes de la sentencia; otras se agotan en ambos estadios. En este último caso el de declaración se presenta como una preparación del de ejecución, que no fue otra cosa en sus remotos orígenes históricos.[374]

Siguiendo a Wach, concluye Chiovenda que "el proceso civil es el conjunto de los actos dirigidos al fin de la actuación de la ley (respecto de un bien que se pretende garantizado por esta en el caso concreto) mediante los órganos de la jurisdicción ordinaria".[375]

373. Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal, op. cit.*, T. I, p. 95.
374. Ibídem, p. 97.
375. Ibídem, p. 98.

83.2 Actuación del derecho objetivo

Con pocas diferencias, otros creen que la actuación suscitada es del derecho más que la ley, porque el proceso genera un mecanismo de tutela que permite el obrar del juez, con amplias potestades para investigar los hechos y llegar a la verdad, consiguiendo de este modo realizar el *derecho objetivo*.

Sin embargo, esta presentación reduce el problema a un aspecto puramente teórico e hipotético, porque el derecho, esencialmente, garantiza los intereses individuales sin necesidad de recurrir al proceso. El carácter general que tiene su regulación se demuestra cuando el acatamiento a la norma es voluntario (por ejemplo, cuando hay sometimiento del deudor renuente para cumplir con su obligación).

83.3 Actuación del derecho subjetivo

Desde esta perspectiva, tomada en oposición al anterior planteo, se observa que la finalidad del proceso se deduce de la actividad del juez y de las partes; donde el primero cumple una misión pública propiciando el restablecimiento del orden jurídico e institucional; pero cuya actuación es conjetural y dependiente de la voluntad de las partes. La instancia particular promueve el proceso, y el interés a satisfacer es el individual, si bien el objeto inmediato lo constituye el restablecimiento del orden jurídico.[376]

En este sentido, Prieto Castro define al proceso como el conjunto de actividades reguladas por el Derecho Procesal, que realizan las partes y el tribunal, iniciado por una petición de otorgamiento de justicia a la jurisdicción, para alcanzar una sentencia o acto por el cual el Estado realiza su deber y su derecho de defensa del orden jurídico objetivo privado, que implica la protección del derecho o del interés del justiciable, que se ampara en tal derecho objetivo.[377]

376. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 196.
377. Prieto Castro y Ferrandiz, Leonardo, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 33.

84. Función del proceso

Lo cierto es que todas las posturas referidas acerca de la finalidad del proceso coinciden en destacar que, más allá de los ideales puristas o escolásticos que tienden a conservar las reglas de convivencia social a partir de la función jurisdiccional, el proceso concita la participación del justiciable a quien se le debe respuesta y remedio al conflicto que contrae.

De esta manera, confluyen ambos principios de protección, sean mediatos o inmediatos según el ángulo de observación. Es decir, si el acento lo ponemos en la función pública institucional del proceso, el *prius* será la conservación del orden social aplicando el orden normativo. Si atendemos la perspectiva del litigante, lo esencial será la tutela de sus derechos. En uno y otro caso, el proceso tiene una función autónoma que obtiene desde el derecho constitucional para convertirse en una garantía de ambos objetivos o finalidades.

Así, tanto el Estado podrá preferir los ideales puestos en la legislación común, aplicando y haciendo observar sus postulados, castigando sus desvíos o inaplicaciones; como también consigue el individuo una norma individual (sentencia) que esté reservada para su exclusivo conflicto y que le permite tener una solución particular con iguales medios y posibilidades que tuvo el Estado para su destino institucional.

El proceso cumple una función de servicio, con principios y presupuestos que lo convalidan, pero que no pueden instalarse en terrenos estancos, o de poca movilidad, porque precisamente su vida se desarrolla en la transformación social. Un proceso purista e ideológico, formal e hipotético, no cumple con esa función garantista que le reservamos.

El proceso no tiene fin por sí mismo, sino para realizar el Derecho que viene a garantir y a concretar. De ahí, dice acertadamente Morello: "que cuando no consigue este objetivo, la significación es que el derecho procesal, en cualquier construcción, funciona mal".[378]

No decimos que el proceso haya dejado de ser un instrumento del derecho material; ni que hubiese perdido su condición de modelo técnico; se trata simplemente de advertir que su realidad es mudable y que su fisonomía debe resultar permeable con las exigencias del tiempo en que ocurre.

378. Morello, Augusto; Sosa, Gualberto y Berizonce, Roberto, *Códigos Procesales*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, T. I, p. 5.

Su autonomía está acotada a la función que cumple: es garantía fundamental y así debe preservarse en cada tiempo y lugar. Pero esta función es de asistencia hacia el hombre, de modo tal que estar presente en sus diseños la flexibilidad propia de la condición humana. En esta idea está latente aquel recordatorio de Cappelletti: "la justicia sigue siendo el baluarte final en todo sistema político. Quien la toque, afecta los fundamentos de la sociedad".[379]

La tesitura pretende distanciarse de los estudios que distinguían entre normas materiales e instrumentales, donde las primeras resuelven la relación entre el derecho y la obligación, y las restantes concretan el mecanismo para resolver la crisis del desconocimiento de los principios iniciales. Carnelutti mostró este diseño, asignándole al derecho procesal una función estrictamente instrumental por la calidad de las normas que lo reportan.[380]

Zanzucchi, por su parte, comprendió al proceso como un mecanismo selectivo, secundario y sustitutivo, de manera que su recorrido restablece de modo inmediato el ordenamiento jurídico y el interés individual.[381]

Montero Aroca emplea el término *instrumento*, desde su tesis del derecho jurisdiccional. Entiende el proceso como un instrumento necesario para que la jurisdicción y sus órganos realicen la función que les es propia y natural. Por ello, en lugar de hacer hincapié en los fines del proceso, prefiere referir al fin o función de los órganos jurisdiccionales, en cuanto titulares de la potestad jurisdiccional.[382]

La sumatoria de las corrientes de pensamiento confluyen para reconocer en el proceso una serie de identidades que conforman la base de conceptos fundamentales para inspirar una teoría general del proceso, donde el método, los principios, los presupuestos y, principalmente, la naturaleza jurídica, depuran el carácter exclusivamente instrumental para orquestarlo como pilar del trípode que asienta el derecho procesal como ciencia autónoma.

379. Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, México, Porrúa, 1993, p. 146.

380. Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 26.

381. Zanzucchi, Marco, *Diritto processuale civile*, Milano, 1948, T. I, p. 80; cita de Montero Aroca, Juan, *Introducción al Derecho Procesal, op. cit.*, p. 178.

382. Montero Aroca, Juan, *Introducción al Derecho Procesal, op. cit.*, p. 182.

85. El proceso como método

La actividad del juez y de las partes integra la noción de proceso, convirtiéndolos en elementos de necesaria presencia para constituir la relación jurídica que entabla un juicio cualquiera.

Palacio distingue dos componentes básicos, uno *objetivo* que se halla en la pretensión o la petición según se trate de proceso contradictorio o voluntario, respectivamente; y otro *subjetivo*, representado por las personas que inician, impulsan, extinguen o deciden el proceso.[383] El tercer elemento es la actividad, esto es, la sucesión de actos que orquestan el procedimiento que constituyen, en definitiva, la historia del conflicto y su resultado.

De esta manera, en el proceso ocurren los tres cimientos de la ciencia procesal: *la teoría de la acción*, porque desde su medio atendemos la actividad de las partes; *la teoría de la jurisdicción*, ya que por ella estudiamos la actividad del órgano jurisdiccional. La interacción de ambos nutre al proceso, entendido al respecto como un método de debate representado en el concepto de juicio.[384]

Este problema es el artífice del derecho procesal, y por eso el juicio es el centro de atención de la disciplina, toda vez que en él reposan todas las actividades procesales. Ya veremos cómo el concepto fue depurándose en los estudios sobre la naturaleza jurídica, pero sirve como antecedente para demostrar que en el derecho procesal el juicio es el método, la disciplina que se cuida de señalar los pasos que han de darse para obtener la sentencia.

Carnelutti había dicho que

> … el proceso sirve al derecho en cuanto es un método para la formación o para la actuación de este; en cuanto, por otra parte, tal formación o actuación a causa de los conflictos de intereses que tiende a regular, y

383. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 228.

384. En nuestro derecho positivo suelen utilizarse como sinónimos los términos: proceso, procedimiento, juicio, litigio, controversia, causa, asunto, contienda, etc., siendo que cada uno inspira un concepto distinto. Carnelutti lo distingue tomando como ejemplo el sistema decimal, donde el procedimiento es la decena y el proceso el número concreto. El *procedimiento* está formado por la secuencia de actos que constituyen la instancia; en tanto que el *juicio* será, propiamente, el desarrollo intelectual del juez para elaborar y decidir el proceso.

> también de aquellos otros en los que el proceso mismo se resuelve, se regula por el derecho, el proceso es servido por el derecho, por lo que la relación entre el derecho y el proceso es doble y recíproca.[385]

De este modo, el enjuiciamiento –noción que nos llega del derecho romano y directamente de la ley española antecedente de nuestras leyes procesales– encamina el sistema que instrumenta la ciencia del derecho procesal, demostrando que su método disciplina con autonomía una rama del derecho, que, aun cuando curse la operatividad de normas sustanciales en conflicto, son estas las que llegan al proceso para ser reconocidas y para crearse individualmente en la sentencia, sin que por ello subordine al derecho adjetivo ni lo haga específicamente dependiente.

86. Naturaleza jurídica del proceso

El interés que despertó el estudio sobre el proceso se ratifica cuando el análisis se concentra en la naturaleza jurídica, que procura resolver si este fenómeno es verdaderamente autónomo o está involucrado en otra categoría jurídica. Recordemos que la autonomía del derecho procesal científico se consigue recién con el aislamiento que obtiene la acción del derecho, de modo tal que las primeras teorías elaboradas en torno de la problemática ahora planteada fueron influidas por aquella concepción estrecha que no reconocía fisuras entre uno y otro derecho.

Por esta característica resulta cómodo y clarificador clasificar las teorías atendiendo el vínculo que trasciende, sea de derecho público o privado, refiriendo, entonces, a doctrinas privatistas y publicistas.

86.1 Doctrinas privatistas

Estas se explanan en un momento histórico donde el derecho privado, particularmente el civil, y en derredor del mismo, el derecho de propiedad, reunía prácticamente todos los intereses individuales y políticos, explicando así la naturaleza del proceso partiendo desde esta premisa.

385. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de derecho procesal, op. cit.*, T. I, p. 30.

a. Teoría del contrato

Los autores franceses de fines del siglo XVIII y del siglo XIX (Pothier, Demolombe, Aubry y Rau) consideraron el proceso como un contrato, sobre la base de opinar que existía un acuerdo de voluntades entre litigantes que convenían solucionar ante un juez el conflicto que los distanciaba.

La intimidad con los principios del derecho civil era tan grande que fue asimilado el litigio a un contrato, un contrato judicial cuyos componentes básicos: sujeto, objeto y causa, eran tomados del orden normativo común.

> Pothier afirmó que el efecto entre partes de la cosa juzgada, no era otra cosa que la consecuencia lógica del principio de que las convenciones sólo afectan a los contratantes, y que la fuente de la *res judicata* era, justamente, el contrato judicial.[386]

La teoría reconoce orígenes romanos, en especial, por el ligamen que expone con la *litis contestatio*, al provenir del acuerdo celebrado entre partes con un pretor quien otorgaba la fórmula para controvertir ante el magistrado. De ella resultaban los puntos litigiosos y los poderes del juez.

Hoy día, esta posición no tiene predicamento, principalmente por el carácter publicístico adquirido por el proceso donde la actividad judicial no puede resolverse sobre un acuerdo de voluntades individuales.

Tampoco resiste el embate que sufre cuando se alerta sobre la posibilidad del proceso en ausencia o en rebeldía; o cuando la pretensión resulta de mera certeza o de inconstitucionalidad o ilegitimidad de normas provenientes de otros poderes del Estado.

b. Teoría del cuasicontrato

Con la intención de fortalecer el concepto descripto precedentemente, los autores privatistas del siglo pasado procuraron relativizar las críticas que mostraban la debilidad de la teoría contractualista.

Especialmente en Francia, sostuvieron que era necesario ver en la *litis contestatio* el hecho generador de una obligación bilateral en sí misma.

386. Cfr. Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 127.

> Como ella no presenta ni el carácter de un contrato, puesto que el consentimiento de las partes no es enteramente libre, ni el de un delito o de un cuasidelito, puesto que el litigante no ha hecho más que usar de su derecho, lejos de violar los de otros, los autores alemanes valiéndose del texto de la ley 3 F.F. de *peculio* le han reconocido el carácter de un *cuasi contrato* […]. En el mismo tiempo del procedimiento formulario, continúa el autor, este cuasicontrato es necesario para introducir la instancia y hacer posible la decisión del juez. También, se producen en el antiguo *ordo judiciorum*, un sistema de medidas destinadas a asegurar la comparecencia de los litigantes a los pies del magistrado. La *vocatio in jus violenta, las vandimonia, la missio in possessionem bonorum*, tienden a ese objeto, que no se puede alcanzar completamente, sin embargo, puesto que todos estos rigores vienen a estrellarse contra la inercia del demandado.
>
> La *litis contestatio* exige, en efecto, de su parte, una manifestación exterior y sensible de voluntad, a la que nadie puede ser constreñido; de suerte que no hay, bajo el imperio de las fórmulas, ningún medio de entablar el debate a pesar del demandado, ninguna vía abierta para llegar, contra su deseo, a la formación del contrato judicial. El procedimiento por contumacia (el juicio en rebeldía) mismo, supone la *litis contestatio* sin la cual no podría haber allí sustancia ni proceso: *Ante litem contestatam, non dicitur lis nota; nec dicitur quis agere, sed agere voluisse*.

Quiere decir, en resumen, que

> … la concepción del juicio como cuasicontrato procede por eliminación, partiendo de la base de que el juicio no es contrato, ni delito, ni cuasidelito. Analizadas las fuentes de las obligaciones, se acepta por eliminación, la menos imperfecta.[387]

Esta concepción toma cuerpo en prácticos españoles como Manresa y Reus, De la Serna y Caravantes, entre otros; siendo interpretada por Parodi, Rodríguez y De la Colina, entre los argentinos.

De todos modos, las dos posiciones privatistas resultan superadas en la actualidad ante la sola constatación del rol de los operadores jurídicos que postergan todo acuerdo previo para ajustarse, en realidad, al método dialéctico concebido por el juicio.

387. De Guenyveau, Arnault, *Du quasi-contrat judiciaire*, Francia, Pothier, 1859, p. 14. Cfr. Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal civil*, *op. cit.*, pp. 130-131, de quien se toma el párrafo final.

86.2 Doctrinas publicistas

La autonomía científica del derecho procesal, y después la elevación del principio de autoridad en el proceso mediante la publicización, concretan una serie de doctrinas que explican la naturaleza del proceso con fundamentos distintos a los apuntados.

a. Teoría de la relación jurídica

El concepto de relación jurídica procesal es acuñado en la obra pandectista alemana del siglo XIX; Hegel y Bethmann-Hollweg trasplantaron al proceso civil este criterio, siendo Von Bülow el primero en sistematizar el pensamiento.

Afirma que la actividad procesal que desenvuelven los sujetos procesales se vinculan en el proceso para llegar a obtener un fin común. Juez y partes traban dicho nexo jurídico, investido cada uno de ellos de poderes determinados que controla la función jurisdiccional y cuya finalidad es la solución del conflicto de intereses.

A su tiempo, la relación es procesal porque los deberes impuestos son recíprocos, y así como el juez asume el compromiso de tutela, ordenación y decisión del litigio; a las partes les corresponde el deber de exponer los hechos en forma clara y explícita, de observar los tiempos predispuestos, de colaborar con el órgano jurisdiccional y sus auxiliares, etcétera.

Chiovenda, principal cultor de esta teoría, sostiene que

> … la idea es inherente al concepto romano de que *judicium est actus trium personarum, iudicius, actoris et rei*. Por ello, la relación procesal es una relación autónoma y compleja que pertenece al derecho público. Autónoma en cuanto tiene vida y condiciones propias, independientes de la existencia de la voluntad concreta de ley afirmada por las parte, puesto que se funda en otra voluntad de ley, en la norma que obliga al juez a proveer a las demandas de partes […]. Compleja, en cuanto no comprende un sólo derecho u obligación, sino un conjunto indefinido de derechos […]. Perteneciente al derecho público, porque derivase de normas que regulan una actividad pública.[388]

Ahora bien, como la relación planteada por Von Bülow daba una visión diferente sobre los vínculos trabados entre los intervinientes en

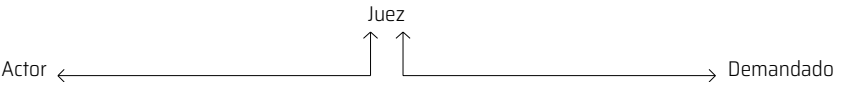
388. Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal, op. cit.*, T. I, p. 124.

el proceso, a partir de entonces fueron ofrecidas otras explicaciones que, sin mudar el criterio de la primera, pretendieron completarla.

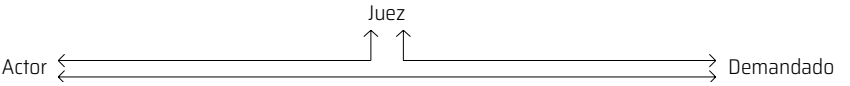
Kholer desarrollará la teoría de la relación jurídica procesal (1888) y la pondrá en discusión desde su cátedra en la Universidad de Mannheim.[389] Ya había combatido las tesis de Wach y de Hellwig en la teoría de la acción; y creó prácticamente la ciencia de los derechos inmateriales (propiedad intelectual, industrial, marcas, etc.), pese a la resistencia que el derecho civil le opuso.

Para este autor la mentada relación es lineal y, por lo tanto, solo impone derechos y obligaciones a las partes. Gráficamente se representa así:

Hellwig completó la tesis de Wach sobre la acción en sentido concreto, como derecho a obtener del Estado una tutela jurisdiccional específica, y compartió con Stein la paternidad de la teoría de la relación jurídica. Controvierte la línea anterior al pensar que el vínculo que el proceso genera entre las partes obliga a estas con el juez. Entre ellas no hay más relación que la establecida desde el órgano.



Sin embargo, se apartó de Wach, quien había destacado el carácter triangular de la relación jurídica, donde los derechos, obligaciones y cargos eran recíprocos.



389. Cfr. Domingo, Rafael, *Juristas universales*, V. III, Madrid, Marcial Pons, 2004. Hombre realmente increíble por sus múltiples facetas, pero casi dedicado plenamente a la enseñanza universitaria. La docencia fue su principal actividad, quizás influido por ser hijo de un maestro de escuela. Primero fue profesor de derecho civil en Wurzburgo (1878), después en Berlín (1888). Las disciplinas de que profesó atravesaron el Derecho Procesal Civil y Comercial, el Derecho Penal y el Derecho Mercantil, sin perjuicio de puntuales desarrollos en Propiedad Intelectual y Filosofía del Derecho. Tantos conocimientos los explanó en libros y revistas especializadas que dirigió y editó.

En general, esta teoría es seguida mayoritariamente y con gran predicamento, porque destaca la unidad y continuidad del proceso, distanciando debidamente la situación procesal del derecho material.

No obstante, la escisión entre los derechos no debía suponer necesariamente la fractura absoluta; debía hallarse un camino que los uniese sin hacerles perder continuidad.

b. Teoría de la situación jurídica

Hacia este rumbo se dirige la teoría de la situación generada por Goldschmidt:

> El concepto de situación jurídica se diferencia del de relación procesal, en que este no se halla en relación alguna con el derecho material que constituye el objeto del proceso, mientras que aquel designa la situación en que la parte se encuentra respecto a su derecho material, cuando lo hace valer procesalmente. Es erróneo creer, por esto, que el concepto de situación jurídica no es distinto del de relación procesal, y por ello es imposible admitir que esta se desenvuelva hasta llegar a ser una situación jurídica; esto no es una mera situación de la relación procesal, sino del derecho material que constituye el objeto del proceso. Resulta por ello innecesario recurrir al concepto de relación procesal, para asegurar la unidad del proceso, ya que tal unidad viene predeterminada por el derecho material, objeto de referencia de las situaciones jurídicas que surgen en el proceso.[390] Las *situaciones jurídicas*, son *situaciones de expectativa*, es decir, esperanzas de la conducta judicial que haya de producirse y, en último término, del fallo judicial futuro. En una palabra: expectativas, posibilidades y cargas. Sólo aquellas son derechos en sentido procesal, las últimas –las cargas– "imperativos del propio interés", ocupan en el proceso el lugar de las obligaciones.[391]

La teoría responde a una construcción anterior del autor referida a lo que denomina *derecho justicial material*, donde expone un aspecto dinámico del derecho que ante los cambios obliga a ajustes constantes. Basado en esta constatación de la realidad, diseña las funciones del derecho en su aspecto estático, con las normas que rigen las conductas sociales; y en su aspecto dinámico, por el cual los derechos llevados al proceso

390. Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 9.
391. Ibídem, p. 10.

pierden su virtualidad para someterse a la incertidumbre del proceso, donde recién con la sentencia adquirirían fuerza imperativa.

Las críticas elevadas contra este pensamiento, reprocharon la idealización del proceso y las deformaciones que provocaba el suceso, tal como verdaderamente ocurre.

Calamandrei señaló la concepción eminentemente individualista del proceso, indicando que muy a pesar de las reglas fijas del procedimiento, la permeabilidad de los hechos no puede centrarse en sólo una posibilidad mutante, sino en un conjunto de situaciones de tal carácter.[392]

Alsina tituló un trabajo suyo: "La teoría de la situación jurídica no se opone, antes bien, integra el concepto de relación jurídica",[393] formulando estas reflexiones:

> ... En un proceso de retroceso, cabe preguntar si cuando la sentencia declara fundada o infundada una pretensión ¿no hay propiamente actuación de la ley sustancial, a favor del actor o a favor del demandado? Si el objeto del proceso es la constitución de la cosa juzgada en la sentencia ¿no es ésta el objeto inmediato y aquélla su consecuencia inmediata? Si la sentencia es el resultado de la actividad de las partes en el proceso ¿puede negarse que haya una vinculación entre los sujetos que en el sistema intervienen? Si esta actividad está regulada por normas de derecho ¿no adquiere carácter jurídico? El análisis que Goldschmidt hace del desenvolvimiento de la situación procesal, con su conjunto de expectativas y consecuencias desfavorables recíprocamente entre actor y demandado ¿no revela la existencia de una vinculación regulada por la norma procesal? Si sustituimos las expresiones *derechos* y *obligaciones* por *facultades* y *deberes* en sentido jurídico, y damos al concepto de sanción la amplitud comprensiva de *consecuencias desfavorables* ¿sería vano un intento de conciliación de ambas doctrinas?[394]

c. Teoría de la institución

Puede reconocerse en esta teoría una profunda influencia de los publicistas franceses, en especial de Maurice Hauriou. A este tiempo

392. Calamandrei, Piero, *Estudios de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 266.

393. Alsina, Hugo, "La teoría de la situación jurídica", en *Revista de Derecho Procesal*, 1952-I, p. 1 y ss.

394. Ibídem, p. 10 y ss.

corresponde la adhesión a principios de derecho público que se asignaba, prácticamente, a toda organización jurídica fundamental.

Las grandes líneas de esta teoría son las siguientes:

> Una institución es una idea de obra o de empresa que se realiza y dura jurídicamente en un sentido social; para la realización de esta idea, se organiza un poder que le procura los órganos necesarios; por otra parte, entre los miembros del grupo social interesado en la realización de la idea, se producen manifestaciones de comunión dirigidos por órganos del poder y reglamentadas por procedimientos.[395]

Empero, el desarrollo procesal de la teoría corresponde a los autores españoles, donde logra gran predicamento, especialmente en Guasp:

> Entendemos por institución, no simplemente el resultado de una continuación de actos tendientes a un fin, sino un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes procede aquella actividad. La institución se compone, pues, de dos elementos fundamentales, que son como la trama y la urdimbre de un tejido: la idea objetiva, que está situada fuera y por encima de la voluntad de los sujetos, y el conjunto de esas voluntades que se adhieren a dicha idea para lograr su realización. Entendido de esta manera, no es difícil aplicar el concepto de institución al proceso: la idea objetiva común que en él aparece es la actuación o denegación de la pretensión, las voluntades adheridas a esta idea son las de los diversos sujetos que en el proceso figuran, entre las que la idea común crea una serie de vínculos de carácter jurídico también.[396]

Inicialmente Couture respondió a esta tesitura, pero posteriormente la abandonó por la multiplicidad de acepciones que tiene el vocablo "institución", confundiendo la figura y proyectándola a imprecisiones que la privan de eficacia. La misma crítica le asignó Prieto Castro, y otras de mayor encono fueron de Allorio y Alcalá Zamora.[397]

---

395. Hauriou, Maurice, *La teoría de la institución y de la fundación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1968, pp. 139-140.

396. Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, T. I, p. 22.

397. Prieto Castro y Ferrandiz, Leonardo, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 34 y ss.; Allorio, Enrico, *Problemas de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ejea, 1963, T. I, pp. 146-147; Alcalá

A nuestro entender, la teoría tiene aportes positivos para individualizar el carácter público del proceso, resolviendo claramente su situación *institucional* por encima de la voluntad de las partes. Podemos reconocerle, en cambio, su insuficiencia para responder a los demás problemas intrínsecos del procedimiento.

d. Teoría del servicio público

Proviene de los más notables administrativistas franceses (Duguit Jéze y Nezard); conforme a ellos el proceso es un servicio público comprendido en la actividad administrativa que desenvuelve el Estado.

En España, González Pérez refleja la posición pero en la perspectiva de la función pública, considerando inapropiado el concepto de servicio público. A su entender:

> … el proceso es, respecto de la función jurisdiccional, lo que el servicio público es respecto de la función administrativa. Uno y otro consisten en un complejo de actividades o actuaciones en que se concreta una función pública. En uno y otro caso existe un complejo de actividades presididas por la idea común de satisfacer una necesidad pública. El proceso y el servicio público son instituciones a través de las cuales se realiza una función estatal.[398]

e. Teoría del procedimiento

Esta teoría tiende a simplificar el problema ontológico que presentamos. La noción toma cuerpo en la descripción del fenómeno, de manera tal que el proceso todo sería simplemente un acto.

Furno la dedujo en 1953[399] y Fazzalari la completa diciendo que

> … el procedimiento se resuelve en una serie de comportamientos valorados por la norma y ordenados uno detrás del otro, de modo que cada componente presupone aquellos que lo preceden, y condiciona aquellos que le siguen.[400]

Zamora y Castillo, Niceto, "Algunas concepciones acerca de la naturaleza del proceso", en *Estudios de teoría general e historia del proceso, op. cit.*, T. I, p. 431 y ss.

398. González Pérez, Jesús, *Derecho Procesal Administrativo*, Madrid, Instituto de estudios políticos, 1955, p. 71.

399. Furno, Carlo, *Actas del congreso internacional de Derecho Procesal Civil*, Padua, 1953, p. 11.

400. Fazzalari, Elio, *op. cit.*, p. 110.

Al esquema lógico propuesto, lo interpreta Alvarado Velloso resumiendo:

> … para que un proceso sea tal y no otra cosa, debe estar constituido siempre e inexorablemente por la totalidad de los elementos enunciados y colocados en el orden lógico ya señalado: afirmación - negación - confirmación - evaluación. De consiguiente, todo proceso supone la existencia de muchos actos realizados por las partes y por el juez.[401]

Bien apunta Ramos Méndez que por esta vía se ha esfumado por completo la noción de proceso para reducirla a ser un mero procedimiento. Claro está que el trueque provocado modifica el punto de partida, porque la unidad se obtiene desde el procedimiento. *Mutatis mutandi*, si se quiebra la secuencia típica, no habría proceso, circunstancia sorprendente e imprevista, que dejaría sin explicación lo hasta allí sustanciado.[402]

La incorporación del orden temporal al proceso, vale como elemento característico, pero responde a un criterio técnico y no de esencia. Por otra parte, si redujésemos al procedimiento la *ratio essendi* del proceso, sólo conseguiríamos una respuesta formal del fenómeno, pero dejaríamos en la oscuridad el aspecto más trascendente y vital como es, naturalmente, el ontológico.

86.3 Conclusiones

Resolver la naturaleza jurídica del proceso es de suma gravedad e importancia, porque a partir del criterio aceptado debe regularse jurídicamente la técnica a disponer. Por eso, teniendo en cuenta la autonomía científica de la ciencia procesal y específicamente por la escisión planteada entre el derecho material y el derecho de acción, las teorías que atendían al proceso desde una perspectiva privatista, contractual o cuasicontractual carecieron de asidero para fundar una explicación razonable.

Ahora bien, la independencia lograda sirvió para orquestar el famoso tríptico esencial, donde a cada vértice le corresponde una actuación particular dentro de la unidad teleológica que inspira el derecho

401. Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al estudio del Derecho Procesal, op. cit.*, T. I, p. 237. Agregando a modo de conclusión que el proceso carece de naturaleza jurídica.
402. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho y Proceso, op. cit.*, p. 87.

procesal. Queremos decir, entonces, que aun cuando la teoría de la relación procesal sea útil y efectiva para destacar con criterio los vínculos que traban los participantes del litigio, ellos no necesitan reflejarse en figuras similares de otras disciplinas, precisamente porque el fenómeno procesal es único, y concita derechos, deberes, obligaciones, en suma, relaciones y situaciones propias, que son distintas de toda otra vinculación entre hombres.

Además, el proceso soporta un compromiso institucional de raigambre constitucional. Es anterior al conflicto y allí está su verdadera esencia fundamental. Por eso decimos que es una garantía. De alguna manera tiene carácter abstracto, emparentado en gran medida con el derecho a la jurisdicción.

Lo concreto y de contenido público será la secuencia de actos que confirman la existencia de una teoría de los actos procesales, los que, a su vez, organizan un sistema de principios y presupuestos que hacen a la estructura del procedimiento.

Bien lo expone Rosenberg al indicar que

> … todo proceso es una relación jurídica, esto es, una relación entre los sujetos procesales regulada jurídicamente [...]. El significado de la relación jurídica procesal se basa en que hace posible una concepción unitaria del proceso, consistente en múltiples actos particulares y situaciones jurídicas. El proceso no sólo es una sucesión de actos de las partes y del tribunal, sino una unidad jurídica que comprenden las relaciones jurídicas producidas a través de la conducción procesal.[403]

El proceso evidentemente podrá ser un misterio como dice Satta, o un juego como lo piensa Calamandrei, porque su explicación intrínseca, dinámica, depende de circunstancias que responden a la iniciativa y a las posibilidades de los operadores jurídicos (jueces y partes). Posiblemente del estudio del objeto procesal, de sus elementos y principios dependa, en gran medida, la elección para interpretar la función, pero ontológicamente, la esencia radica en la faz garantista que presupone.

403. Rosenberg, Leo, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, pp. 8-9.

87. Elementos del proceso

El proceso judicial se compone de dos elementos: uno *permanente*, que se conforma por el órgano jurisdiccional y las partes; el otro *variable*, instalado en la tipología o estructura del procedimiento y que depende del objeto o pretensión propuesto.

Terminológicamente, conviene apuntar que nos referimos al órgano jurisdiccional como a aquel conjunto de funcionarios que contribuyen al desarrollo de la función judicial, donde la cabeza del sistema es el juez, principal exponente de la administración de justicia. El resto lo integran los auxiliares de la jurisdicción, quienes sin potestades decisorias (jurisdiccionales *stricto sensu*) representan el interés público, o bien colaboran en el mejor desarrollo y desempeño del oficio.

La determinación acerca de las facultades, poderes y deberes que tiene el cuerpo se subordinan al marco político-institucional que considere el Estado, de modo tal que su obrar se condiciona al sistema discernido.

Interesa afirmar que la noción de proceso requiere para su concreción de un juez, que decida la suerte del proceso de forma tal que su resolución sea libre, independiente y con atributos de firmeza que impidan su reedición. Algunos consideran que el juez es un sujeto del proceso instalado en un plano supraordinado con relación a las partes, "por cuanto puede imponerles, a través de actos de creación normativa individual, la observancia de determinadas conductas".[404]

El criterio se debe diferenciar de la noción de *parte*, por cuanto ello corresponde a los particulares que instan la actividad jurisdiccional o que acuden al proceso llamados a defender un derecho. Unos y otros, jueces y partes, conforman los elementos principales del proceso.

Algún problema puede encontrarse en los denominados procesos voluntarios donde no existen partes propiamente, sino peticionantes que reclaman por un conflicto de derecho que urge la decisión judicial. En este aspecto, la ausencia de controversia no difumina la noción de proceso, cual sigue anexada a la relación institucional que traban jueces e individuos.

Con el juez trabajan auxiliares del oficio que desenvuelven actitudes distintas según el rol que operen. Así podrán ser representantes

404. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 227.

del Ministerio Público, o funcionarios del organismo (*v. gr.* oficiales, ujieres, etc.).

Respecto de las partes, la asistencia letrada, la representación voluntaria o discernida o el patrocinio constituyen también figuras de colaboración auxiliar. Unas y otras pueden señalarse como elementos secundarios del proceso.

Finalmente, la actividad procesal mecaniza procedimientos seleccionados o adscriptos a un arquetipo que clasifica los procesos de acuerdo a una fisonomía singular. Podrán hallarse así descripciones de procesos contenciosos o voluntarios, o de conocimiento, ejecutivos o cautelares, entre otros, que tendremos oportunidad de reflejar.

SECCIÓN 2ª
GARANTÍAS, PRINCIPIOS Y REGLAS DEL PROCESO CIVIL

Capítulo X
Principios y reglas del proceso civil

88. ¿Principios o sistemas?

Un sector de la doctrina clásica dice que son *principios procesales* los presupuestos políticos que determinan la existencia funcional de un ordenamiento procesal cualquiera.[405]

Este criterio fue aceptado por la mayoría de los cultores de la ciencia y, en definitiva, incorporaron la afirmación. Por ejemplo, Palacio sostiene que "se denominan principios procesales a las directivas u orientaciones generales en que se funda cada ordenamiento jurídico procesal".[406]

Sin embargo, la simplicidad del argumento exigió mejorar la fundamentación, porque al admitirse que los principios eran "presupuestos políticos", fácilmente se llegaba a convalidar que ellos podían variar por razones "políticas".[407]

Fue así que otros autores, anticipándose al dilema, optaron por referirse a *sistemas*, dando la idea de que el proceso se ejecutaba mediante una serie de actos que se cumplían de manera ordenada, sistemática, estableciendo principios que le daban unidad al mecanismo.[408]

405. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, T. I, p. 212.

406. Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil, Buenos Aires*, Abeledo Perrot, 2ª ed., 1ª reimpr., 1979, T. I, p. 250.

407. El mismo Palacio dijo que los principios procesales, en la medida en que se extraen de un determinado contexto normativo, expresan valoraciones de la respectiva comunidad, y deben interpretarse por lo tanto, en un sentido armónico con las necesidades propias del tiempo y del lugar en que han de aplicarse. En su mayor parte, los principios procesales no revisten carácter absoluto. Difícilmente, en efecto, la ley que adopta un determinado principio no prevé, respecto de ciertas situaciones, la necesidad de hacer prevalecer, en mayor o menor medida, un principio distinto y aún opuesto. El principio dispositivo, por ejemplo, es susceptible de funcionar junto con las facultades concedidas a los jueces en materia de iniciativa probatoria, siempre que el ejercicio de tales facultades no ocasione agravio al derecho de defensa ni comprometa la igualdad de las partes (Ibídem, p. 251).

408. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial, op. cit.*, T. I, p. 448.

Con estos parámetros, en lugar de referirse a principios, razonaron sobre la base del método adoptado por un Estado cualquiera para desarrollar sus procedimientos.

De algún modo, esta duplicidad en la orientación estaba ya en los orígenes de la ciencia, cuando Chiovenda argumentó que la finalidad del proceso era la actuación de la voluntad de la ley, pretendiendo así señalar que lo verdaderamente importante era conseguir que el Estado aplicara el derecho objetivo sin importar los condicionamientos formales.[409]

Sin embargo, frente a este criterio aparecía una concepción diferente que veía en el proceso una lucha entre partes, donde el Estado sólo intervenía con sus jueces para evitar que las reglas del debate fueran cambiadas en beneficio de uno de los contradictores, vulnerando así los principios de bilateralidad, contradicción, carga de la prueba, alcance y efectos de la cosa juzgada, etcétera.

Desde entonces, la polaridad ideológica comprometió la interpretación de los principios procesales, porque cada una de las posiciones tenía (tiene) diferencias significativas, y establecieron distancias considerables entre una u otra opción.

En la actualidad, este enfrentamiento pervive y se repite en las acciones que se toman para analizar la validez de los actos procesales. La singularidad de la hora está en el debate que genera el problema de resolver si los principios son incanjeables o pueden admitir morigeraciones basadas en la libre interpretación judicial.

En suma, la discusión se entabla entre admitir que el proceso es solo cosa entre partes que debaten con reglas conocidas e invariables, o bien que en la búsqueda de soluciones justas y efectivas, pueden los jueces aligerar las rigideces técnicas y hasta dogmáticas.[410]

409. Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 51. Agregando: "Ni siquiera la circunstancia de que el juez civil proceda únicamente a instancia de parte, puede conducir a un criterio distinto. Pues no hay que confundir la *naturaleza* de una función con el interés de su desenvolvimiento *en el caso concreto*. El primer interesado en pedir la actuación de la ley es el particular; pero esto no impide que lo que él solicita sea la actuación de la ley…".

410. Montero Aroca, Juan, "El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritaria", *op. cit.*, pp. 15-50; *Proceso civil e ideología, op. cit.*, pp. 144-145. El autor sostiene que, "frente a la idea de que las partes son dueñas del proceso, a lo largo del siglo XX se ha ido desarrollando como idea opuesta, la que suele conocerse como publicización del proceso civil. Aunque esa publicización se ha articulado con matices diferentes, como es natural que fuera, todos ellos tienen una misma raíz que atiende al aumento de los

89. Principios y presupuestos. Reglas y garantías

Para nosotros deben diferenciarse las *garantías*, los *principios* y las *reglas*.

En efecto, el desarrollo del proceso permite observar un conjunto de principios y presupuestos que estructuran las denominadas reglas adjetivas del procedimiento. Es el ritual propiamente dicho. El reflejo de cómo se hace un proceso a partir de la orientación que fundamenta cada sistema jurídico procesal.

Es una cuestión técnica pero también dogmática, porque aun siendo cierto que no impiden introducir en ellas algunas ideas políticas,[411] consienten el establecimiento de imposiciones que no se deben perder bajo ninguna circunstancia.

89.1 Las garantías

Se llama *garantías* a los derechos constitucionales o fundamentales que siempre deben estar presentes para que se pueda litigar en el marco de un proceso debido.

Este sería el género, mientras que las reglas y los principios serían proyecciones que no pueden opacar la luz que aquel establece. Menos aún dejarlas de lado, y sería nulo cualquier procedimiento que no aplicara a pie juntillas las garantías establecidas.

En esta senda transitan el derecho de defensa en juicio, comúnmente razonado con el principio de bilateralidad procesal, o de contradicción; para lo que habrá de tenerse presente que este postulado resulta útil, únicamente, en los procesos controvertidos. También la independencia e imparcialidad judicial; la igualdad de las partes; el derecho a ser oído; y la razonabilidad judicial, entre otras.

---

poderes del Estado dentro de la sociedad, por lo que se trata siempre de una cierta base autoritaria, por lo menos si entendemos la palabra autoritario en sentido general, en el que equivale a aumento, exageración, desarrollo anómalo, deformación de la autoridad. Autoritario o autoritarismo son siempre formas exageradas, deformadas de la autoridad, y por ello persona con autoridad es algo muy distinto de persona autoritaria…".

411. *V. gr.* la entrada al proceso se puede o no restringir desde la legitimación en el proceso, la cual se puede analizar con la admisión de la demanda o al resolver las excepciones, pero siempre en un tiempo anterior al juicio propiamente dicho; o bien, relegando la cuestión para cuando se dicte sentencia definitiva, permitiendo así el derecho al proceso en términos cabales.

89.2 Los principios

Los *principios* no son reglas técnicas, sino imperativos que guían el procedimiento de jueces y abogados. Por eso, también se pueden presentar como garantías procesales.

Dicho en otros términos, constituyen los resguardos y reaseguros que tiene el justiciable para confiar en el sistema al que recurre cuando peticiona protección jurisdiccional.

Se pueden encontrar principios en la *acción*, o al tiempo de entrar al *proceso* (acceso a la justicia); cuando se debate en el proceso (buena fe, lealtad, probidad, moralidad); y en la propia *función jurisdiccional* (sentencia debidamente fundamentada).

En este terreno anidan como principios el *dispositivo* (según el cual el proceso se inicia a petición de parte), la *legalidad* de las formas (formalismo o informalismo en los actos procesales), la *publicidad* (el proceso no debe ser secreto para las partes aunque pueda serlo para el público), la *lealtad, probidad* y *buena fe* (que se puede resumir en el principio de moralidad o en la prohibición de abuso procesal), la *autoridad del juez* en el proceso, y el *respeto por la dignidad profesional* ("En el desempeño de su profesión el abogado será asimilado a los magistrados en cuanto al respeto y consideración que debe guardársele", art. 59, CPCC).

No obstante, la doctrina es bastante versátil para encolumnar en la categoría de principios reglas del procedimiento (por ejemplo, cuando se pone dentro del primero la oralidad y la escritura); o bien para adoptar como principios auténticas garantías constitucionales, como la independencia judicial y el derecho de defensa en juicio.

89.3 Las reglas

Las *reglas*, por su parte, se convierten en el sistema previsto para ordenar el debate dialéctico entre las partes. Dentro de ellos existen agrupamientos diferentes, como son las pautas para la producción probatoria en el juicio escrito, o la actuación de ellas en el litigio que se sustancia con oralidad.

También las imposiciones que se establecen para la introducción de los hechos en el proceso, o para impugnar las sentencias.

En líneas generales, son los reglamentos señalados para el lugar, tiempo y forma de los actos procesales. Por ello son de esta categoría, la *eventualidad* (distribución de los tiempos del proceso, es decir, que consiste en pedir de las partes que todos los actos de postulación, ataque y defensa respondan a las etapas preclusivas del proceso);[412] la *economía procesal* (que significa establecer o no la gratuidad del proceso, y también disponer la secuencia del procedimiento, la acumulación de actuaciones y la periodicidad o preclusión de los actos); el derecho a los *recursos* (con la discusión abierta acerca de si desde una regla se puede violar un estándar del debido proceso constitucional); y, en definitiva, todas las demás cuestiones que significan dar criterios para el desarrollo del trámite contencioso y voluntario.

89.4 Los presupuestos

Los presupuestos procesales son las condiciones que deben revestir los actos y las actuaciones que el proceso desarrolla. Son condiciones de regularidad y eficacia que anidan en las etapas preclusivas por las que avanza el procedimiento.

Cada exigencia instala los presupuestos que, como fue señalado oportunamente, distingue entre los que son necesarios para *entrar al proceso* (acción y derecho de acción); los que permiten estar y continuar en el mismo (*derecho a la jurisdicción y derecho al debido proceso*), y los que asientan en la eficacia misma del juicio como elemento de creación del derecho a través de la sentencia.

En cambio, los principios, las reglas y las garantías se relacionan con otros aspectos, que se simplifican a continuación.

89.5 Síntesis

Los *principios* establecen las formas ineludibles como se debe desarrollar un procedimiento judicial; las *reglas* imponen normas de conducta para el juez, las partes y sus abogados; y las *garantías* se convierten en los fundamentos objetivos y subjetivos que salvaguardan los derechos inalienables de toda persona que esté en juicio.

412. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediar, 1992, Volumen 1: "Jurisdicción, acción y proceso", T. I, p. 360.

Llevada a la práctica, cada exigencia puede encontrar aplicaciones disímiles, lo que conduce a tener que explicar por qué las variaciones se producen sin originar nulidades del procedimiento.

Por ejemplo, la garantía de defensa y el derecho a ser oído no puede ser vulnerada; sin embargo, hay alteraciones que dan testimonio de cuántas veces se afecta; por ejemplo, con el llamado "enjuiciamiento *prima facie*",[413] donde la bilateralidad se atenúa alterando, por vía de principio, el derecho de defensa. Otro caso es la simple formalidad de cumplir con el derecho a la contradicción que se ejecuta dando oportunidad de oír aunque en los hechos sea imposible hacerlo (*v. gr.* notificaciones mal practicadas; también al permitir emplazamientos que no son tales; notificación por edictos; etc.); o bien, la sentencia motivada suficientemente se tiene fundada con remisión a precedentes que, a veces, siquiera están relacionados adecuadamente.

Hay innumerables cuestiones que pueden mínimamente calificarse como contradictorias, como ocurre con el derecho a la doble instancia y la restricción de recursos; el derecho a ser oído y las medidas autosatisfactivas, etcétera; en fin, cada una y todas a la vez son manifestaciones incongruentes que, para convalidarlas, necesitan explicarse con nuevas argumentaciones.

Pero donde se reúne el mayor conflicto es en la consideración de la *autoridad judicial* en el que se plantea el debate entre el ejercicio con autoridad (director del proceso) o con exceso de ella (autoritarismo), proyectando desde esta cuestión otras no menores en importancia y trascendencia, como resulta la aplicación del *principio de saneamiento procesal* (el control de oficio sobre los presupuestos procesales ¿desequilibra la igualdad de las partes en el proceso?); *la iniciativa probatoria del juez* (¿viola la imparcialidad?); *la aplicación de medidas conminatorias o sobre la conducta de las partes en el proceso* (¿es un acto de supremo condicionamiento al ejercicio del derecho de defensa?); *el poder cautelar* (¿cercena el derecho a ser oído?, ¿afecta la pauta constitucional del proceso bilateral y contradictorio?); entre muchas otras contingencias que regresan a la polémica tras muchos años (casi un

413. Cfr. Nieva Fenoll, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie*, Barcelona, Atelier, 2007, en especial p. 37 y ss.

siglo) de quietud intelectual (para algunos) o de evolución significativa en el derecho a un proceso justo (para otros).[414]

90. Principios del proceso y del procedimiento

Del encuadre anterior surge una primera lectura. Los *principios procesales* disciplinan cómo ha de ser el debate (iniciado por la parte; dirigido por el juez; con formas legalmente establecidas; conductas honestas y de buena fe, etc.); las *reglas* conforman la regulación adjetiva con modalidades y efectos que pueden ser distintos de acuerdo con la naturaleza del conflicto, o de la finalidad inmediata que las partes persigan, o bien, por los intereses cuya tutela se pretende,[415] mientras que las *garantías* se ocupan de los presupuestos incanjeables y permanentes que la litis debe tener para salvaguardar el debido proceso.

Los principios se controlan desde la actividad jurisdiccional, sea como deberes (obligaciones) del órgano o como potestades (facultades) aplicadas. Lo mismo sucede con las garantías, que se instalan como presupuestos que pueden ser fiscalizados de oficio o mediante la deducción de excepciones y/o defensas de la contraparte. Por su lado, las reglas son más permeables a la influencia de factores que determinan su vigencia; por ejemplo, la oralidad o la escritura, como método de debate, estructuran posibilidades de actuación diferentes.

Ahora bien, cada uno de ellos no puede desatender la finalidad implícita del proceso: él mismo es una garantía,[416] y como tal debe

414. Los interrogantes que se ponen como afirmaciones no significan que el autor comparta lo que se supone implícito.

415. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. 1, p. 260.

416. Los primeros estudios de Derecho Procesal fueron siempre dirigidos a explicar el procedimiento. Esto es, la técnica como se desarrolla un instrumento que servía para aplicar los derechos subjetivos. Esta herramienta originaba el derecho a tener jueces y a peticionar ante ellos dando lugar a un sistema que debía resolver las pretensiones que las partes en conflicto planteaban. Pero con la aparición de los derechos humanos, el derecho a tener jueces, a ser oído y a tener un proceso con todas las garantías, fomentó una evolución notable en el concepto.
De ser un proceso legal se pasó a estimar como un proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales. A partir de esta concepción, el proceso como herramienta al servicio de los derechos sustanciales pierde consistencia: no se le asigna un fin por

comportarse en su paradigma. Pero, al mismo tiempo, es una herramienta que actúa como instrumento de protección de derechos sustanciales, que de acuerdo con las pretensiones y/o peticiones que se proponga, tienen modismos diferentes para obrar.

En consecuencia, una cosa es el proceso y otra diferente los procedimientos. Mientras el primero desenvuelve los límites y alcances de la actuación jurisdiccional y de las partes dentro de un conflicto planteado, ofreciéndole a cada uno garantías permanentes, el segundo no tiene solamente en el terreno de la contienda judicial su actuación plena (pueden existir procedimientos –administrativos– que no sean bilaterales ni contradictorios), en la medida que se relaciona con las formas de proceder en determinadas situaciones. En suma, se trata de resolver la dinámica de la actividad procesal con sus límites y proyecciones.

Con ello se quiere señalar que el proceso, como garantía, se enrola en la categoría del derecho procesal constitucional, donde podemos encontrar reglas y principios generales y permanentes, en los que existen particularidades permitidas –sin menoscabar la regla general– que acuña cada proceso constitucional.[417]

---

sí mismo, sino para realizar el derecho que viene a consolidar (cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Elementos de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediar, 2005, p. 115).

No debe creerse –dice Gelsi Bidart– que por ser el proceso un instrumento que se construye para una finalidad que le es extrínseca, él mismo (la garantía) no tenga una propia finalidad. Ello así, en la medida en que un mismo fin puede lograrse por diferentes caminos o medios, lo cual pone de relieve que el fin no integra la consistencia del medio, aunque esta debe ser adecuada para alcanzarlo. Por ende, cada medio ha de utilizarse según su propio modo de ser, respetándolo y cambiándolo para que mejor llegue al fin perseguido. Cabe modificar el medio siempre que se mantengan sus aspectos fundamentales, pero no cambiando alguno de estos, de tal manera que se pierda la manera de ser o consistir del instrumento. Si ello se hace, estamos ante un medio diferente, mejor o peor, pero no ante el mismo (Gelsi Bidart, Adolfo, *De derechos, deberes y garantías del hombre*, Montevideo, Fondo de Cultura Universitaria, 1987, p. 45). Con ello no decimos que el proceso abandone el rol que permite ejercer los derechos materiales; ni que haya perdido su condición de modelo técnico; se trata simplemente de advertir que su fisonomía debe resultar permeable a las exigencias del tiempo en que ocurre, de forma tal que no sea un mero procedimiento, sino una garantía esencial para los derechos humanos.

417. Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Introducción al Derecho Procesal constitucional*, *op. cit.*, p. 187 y ss. Allí hemos sostenido: "Los principios procesales constituyen una suerte de máximas inalienables que se dan para ordenar el desarrollo de un litigio, por eso, la variedad de procedimientos permite formular reglas particulares. No se quiere afirmar que los principios sean distintos por los intereses a desentrañar, sino que las estructuras

En cambio, el proceso expuesto en su desarrollo, debe atender las familias o grupos de intereses a los que destina su esquema para aplicar el derecho correspondiente; de este modo, la diversidad podrá sugerir formas y criterios diferentes de actuar en los principios (*v. gr.* la neutralidad absoluta del juez puede sufrir alteraciones actuando en la justiciabilidad de los derechos sociales); lo mismo cuando se trata de aplicar reglas (*v. gr.* la carga de la prueba en los procesos constitucionales no es igual a la que se aplica en los procesos comunes); o bien al reglamentar las garantías (*v. gr.* la cosa juzgada en los juicios de conocimiento es diferente de acuerdo con las posibilidades de cognición que el juez tenga en cada uno).

---

procesales admiten modificar la reglamentación puntual del proceso para darle una eficacia mayor a la que tendría de aplicar un patrón común. En el caso, la actividad principal de los procesos constitucionales es fiscalizar la ejecución de los mandamientos fundamentales, de modo tal que el conflicto principal está en la norma a interpretar antes que en la controversia entre partes".

"La función judicial es diferente (como lo es, también, el sistema donde tenga funcionalidad porque las posibilidades de los jueces constitucionales del modelo difuso son distintas de los tribunales constitucionales) y se adapta al estándar de aplicación. En definitiva, al hablar de principios procesales para los procesos constitucionales, tenemos que mostrar aquellos que informan todas las instancias, hasta alcanzar la sentencia definitiva. No son reglas del debido proceso porque forman parte de él, sino aplicaciones necesarias y precisas que se han de cumplir en las etapas secuenciales de los trámites para que ellos tengan validez".

"Evidentemente, así presentados, estos principios constituyen presupuestos políticos y en esa dimensión han de interpretarse. No obstante, no debe olvidarse que también el proceso significa garantía. Como tal, su función institucional contrae un notable compromiso hacia el deber de tutela. Si es garantía y reserva de los derechos fundamentales del justiciable, no podremos hablar de principios flexibles, adaptados a una dinámica de conjunto atrapada en el conjuro de ciertas coyunturas. En verdad, el proceso como garantía constitucional, inspira una serie de principios propios, estables, de esencia. Ellos son los principios del proceso y, de alguna manera, se vinculan con las seguridades que preserva la jurisdicción. El proceso tiene, entonces, un contenido bifronte que lo explica a partir de su significado y de su desarrollo. Unos reposan en la síntesis del proceso como respuesta al reclamo del individuo; otros, refieren a las reglas técnicas que estructuran el ordenamiento procesal".

"La presentación del espacio que le corresponde a los principios procesales (del proceso y del procedimiento) desde esta óptica, obedecen a nuestro criterio acerca de que el proceso no es sólo técnica, sino antes bien, un fundamento de vínculos que atraviesan el clásico conflicto entre el derecho material - Derecho Procesal. Por ser un método único, particularizado, de singulares proyecciones hacia la unidad del orden normativo estos principios manifiestan mucho más que la razón de una estructura, o de una motivación de política procesal o económica".

Esta distinción entre proceso y procedimientos ha puesto a la doctrina con opiniones heterogéneas sobre cuál de ambos es el género. Redenti no dudó de que el primero fuera el "principio general",[418] teniendo en cuenta la integración de los actos secuenciales y progresivos que culminan en una resolución integral del conflicto. Más o menos igual fue el pensamiento de Calamandrei, para quien la voz "proceso" tenía un significado común que se relacionaba con la continuidad de una serie de operaciones vinculadas por la unidad del fin; por eso, afirmó que

> ... proceso y procedimiento, aun empleándose en el lenguaje común como sinónimos, tienen un significado técnico diverso. El procedimiento indica más propiamente el aspecto exterior del fenómeno procesal (en el curso del mismo proceso puede, en diversas fases, cambiar el procedimiento).[419]

Carnelutti fue más complejo, pues no hizo de la relación *proceso-procedimiento* una cuestión visceral para determinar los presupuestos y condiciones de su regularidad, porque prefirió partir del concepto de la unidad o pluralidad de procesos respecto al tipo de litigios. Sobre esta base distinguió: un proceso jurisdiccional, otro ejecutivo y uno más, cautelar. Mientras los dos primeros, con sus propias modalidades, generaban una función distinta y una estructura desigual, tenían no obstante reglas asimiladas para el litigio. Mientras que el proceso cautelar, siendo un arreglo provisional del litigio, no le excluyó de sus principios aquellos que tenían los demás que reclamaban una composición definitiva.[420]

La distinción no es baladí, pues como señala Montero Aroca, las diferencias entre proceso y procedimiento se manifiestan en que

> 1º. El término procedimiento no es exclusivo del ámbito judicial, sino que es aplicable –refiriéndonos exclusivamente a su contenido jurídico– a todas las funciones del Estado, y así se habla de procedimiento legislativo y, sobre todo, administrativo (existe una ley de procedimiento administrativo, pero no puede existir una ley que regule el proceso ante la administración).

418. Redenti, Enrico, *Diritto Processuale Civile, Nozioni e regole generali*, Milán, Giufrè, 4ª ed., 1995, T. 1, p. 97 y ss.

419. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, V. 1, p. 318.

420. Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. II, p. 615 y ss.

> 2º. Procedimiento, pues, hace referencia a forma, a sucesión de actos, y ello sin precisar si esa actividad es la de los órganos jurisdiccionales, pues puede ser también la de los órganos administrativos.
> 3º. Cuando se habla de procedimiento judicial se está destacando la forma de la actividad judicial, el "lado externo de la actividad procesal", "una consideración meramente formal del proceso", o "el fenómeno de la sucesión de actos en su puro aspecto externo", la mera actividad o sucesión de actos en el tiempo.
> 4º. Aunque proceso y procedimiento tienen una misma raíz etimológica, procedere, en el segundo destaca la nota de actuación externa, el trabajo que pudiéramos llamar administrativo que se realiza en cualquier actividad jurídica y, por tanto, también en ésta, mientras que en el primero es necesario tomar en consideración la estructura y los nexos que median entre los actos, los sujetos que los realizan, la finalidad a que tienden, los principios a que responden, las condiciones de quienes los producen, las cargas que imponen y los derechos que otorgan. Mientras existe procedimiento en cualquier actividad jurídica, el proceso es propio y exclusivo de la actuación jurisdiccional.[421]

En definitiva, si trazamos una línea divisoria entre el *proceso como garantía constitucional* y el *proceso desenvuelto como herramienta* (posible de tener una diversidad de procedimientos), será factible observar que las garantías, principios y regla, tienen adaptaciones que, sin resquebrajar la unidad de intelección, van tejiendo presupuestos y condiciones que exceden la simple regularidad formal, para afincar los requerimientos imprescindibles de la validez sustancial de la instancia.

En este sentido, la garantía que el proceso ofrece por sí solo es suficiente para tener que afianzar el derecho de acceso a la justicia; a ser oído dentro de un plazo razonable; a tener todas las garantías de alegación, réplica y prueba, y a obtener una decisión razonable y fundada.

Es esta una visión ampliada de las garantías mínimas predispuestas en el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que tiene dos incisos que dividen claramente las garantías judiciales aplicables a todo tipo de procesos (primer inciso) y las que corresponden solamente al proceso penal (inciso segundo).

421. Montero Aroca, Juan, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil (Los poderes del juez y la oralidad)*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2001, pp. 58-59.

El primero establece:

> 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 a 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.[422]

Por su parte, la Constitución Nacional (art. 18) y cada uno de los códigos procesales locales culminan dándole normatividad a estos presupuestos generales, los que, siendo "garantías", perviven en todo tipo de procesos, sin que ningún procedimiento pueda alterar la plena vigencia de los principios establecidos.[423]

El resumen enumera como garantías inclaudicables del proceso a las siguientes:

a. *El derecho a ser oído*, que implica el acceso a la justicia sin restricciones personales ni económicas.
b. *El derecho al proceso*, que se fracciona en puntualizaciones como las garantías de alegación, prueba y defensa de los derechos; dentro de un esquema confiable y que le garantice seguridad personal y jurídica.
c. *El derecho al plazo razonable*, ya sea en el tiempo para ser oído, como en el tránsito por las distintas etapas judiciales, acordando al afectado un derecho indemnizatorio cuando acredite los perjuicios sufridos por la demora injustificada de los tiempos del proceso.

422. Este conjunto no está aislado del bloque de normas que componen el cuadro armónico de principios sobre el debido proceso. Desde la Declaración Americana hasta las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los informes y recomendaciones de la Comisión, existe un plexo articulado de contenidos que constituyen el perfil moderno del debido proceso (cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional. Debido Proceso*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 37).

423. Peyrano, Jorge, *El proceso civil. Principios y fundamentos*, Buenos Aires, Astrea, 1978, pp. 40-41. Este autor, siguiendo a Guasp y a Couture, reafirma que los principios generales del proceso civil son normas similares a las demás que integran un ordenamiento: "Desconocer la normatividad –afirma– de los principios procesales equivale a quitar obligatoriedad a su aplicación", por ello, "los principios generales del proceso civil son construcciones jurídicas normativas".

d. *El derecho al juez natural*, y a que este sea *competente, independiente e imparcial*, donde anidan proyecciones sobre el ejercicio de la función jurisdiccional, especialmente, el derecho a que la sentencia sea fundada y razonable, dando soluciones apropiadas al objeto de la pretensión.[424]
e. *El derecho a la utilidad de la sentencia*, que se enlaza con el último aspecto en el sentido de darle sentido al pronunciamiento judicial a través de una decisión justa y efectiva, que pueda ser cumplida también dentro de un plazo razonable.

Por su parte, los procedimientos tienen, al igual que el proceso, principios y reglas (las garantías se resguardan desde el proceso) que estructuran una forma para desarrollar las actuaciones procesales. Cada uno de ellos no significa, propiamente, una cuestión reglamentaria cuyos defectos ocasionan la invalidez de los actos, porque puede ocurrir que, encontrándose previsto el trámite oral, la actuación se ejercite por medio de escritos; o que habiendo una secuencia lógica para la concreción de ciertos actos, ellos se cumplen con un orden diferente sin alterar las reglas del contradictorio.

En consecuencia, los principios del procedimiento resuelven situaciones de estructura o arquetipos (oralidad o escritura, legalidad o informalidad, carácter público o secreto de las actuaciones) y una vez hecha la opción, encontramos otras disposiciones para lo propiamente adjetivo (orden secuencial de los actos o libertad de aportación, inmediación del órgano o distancia absoluta con las partes), recalando en particularidades específicas que conforman el conjunto ritual (economía procesal, saneamiento, eventualidad, etc.).

424. Cfr. Montero Aroca, Juan, *Los principios políticos…*, *op. cit.*, p. 59. Este punto, en particular, tiene diferencias de criterios importantes y fundadas, porque establecer para los procedimientos la garantía de "independencia" puede ir en contra de la propia naturaleza del sistema (por ejemplo, en el procedimiento administrativo). De allí que autores como Montero Aroca afirmen que: 1) La función jurisdiccional se ejerce sólo a través del proceso; 2) Jurisdicción y proceso son realidades correlativas e interdependientes; sin proceso no hay ejercicio de la función jurisdiccional; 3) Todo proceso se desarrolla formalmente a través de un procedimiento; 4) Existen procedimientos judiciales que no son la forma externa de un proceso (en aquellos casos en los que el juez no actúa jurisdiccionalmente), y 5) Un solo procedimiento judicial puede ser la forma externa de dos o más procesos.

91. Clasificaciones

Otra de las cuestiones previas antes de ocuparse de cada uno de los principios procesales *lato sensu*, radica en atender la diversidad de clasificaciones que la doctrina establece.

Buena parte coincide en fraccionar entre los que corresponden al proceso y los que se aplican a los procedimientos, pero no faltan quienes prefieren darle más precisión al problema, clasificándolos siguiendo el momento cuando han de imperar.

En esta línea, Ramos Méndez sostiene que

> ... los principios del proceso civil vienen condicionados por el significado y función del proceso civil en el ámbito del ordenamiento jurídico y, en concreto, por la índole de su objeto. Son por lo tanto válidos y homogéneos para todo tipo de proceso civil. Entre ellos unos rige la actividad de las partes, otros la actividad del órgano jurisdiccional y otros la interacción de ambas en orden al juicio. Los principios del procedimiento, por el contrario, son funcionales y de carácter más bien técnico. Se adoptan con criterios de oportunidad, en función de la mayor o menor complejidad del procedimiento o por conveniencias prácticas.[425]

En el mismo sentido, Gimeno Sendra ha señalado que

> Para reflejar la estructura del proceso, dos caminos se nos ofrecen: el uno podría consistir en descubrir cada uno de los actos o fases fundamentales que transcurren en el mismo desde la demanda hasta la sentencia, y el otro estribaría en reflejar los principios informadores del proceso, a través de los cuales se puede llegar al conocimiento del comportamiento de los sujetos que intervienen en el proceso, sus posibilidades, cargas y obligaciones procesales.[426]
>
> El primero de ellos, que podríamos calificar de procedimentalista, ocupó a los "prácticos" o autores del siglo XIX, pero en la actualidad debemos rechazarlo por incompleto, pues tan sólo contempla el lado formal de la actuación procesal, y poco científico, toda vez que mediante tal método tan sólo se adquiere una visión casuística del quehacer diario en la actividad de los Tribunales.[427]

425. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 337. Gozaíni, Osvaldo, *Introducción al Derecho Procesal Constitucional, op. cit.*, p. 187 y ss. Asimismo en *Derecho Procesal Civil*, tomo I, volumen 1, p. 371 y ss.

426. Gimeno Sendra, Vicente, *Fundamentos de Derecho Procesal*, Madrid, Civitas, 1981, p. 177.

427. Ídem.

Por su parte, en Argentina, Lino Palacio advierte claramente el inconveniente de concretar los principios procesales de una vez y para siempre, pues afirma que ellos responden a circunstancias históricas, políticas y sociales que caracterizan al Estado. Por eso mismo sostiene que

> … en su mayor parte, los principios procesales no revisten carácter absoluto. Difícilmente, en efecto, la ley que adopta un determinado principio no prevé, respecto de ciertas situaciones, la necesidad de hacer prevalecer, en mayor o en menor medida, un principio distinto, y aún opuesto. El principio dispositivo, por ejemplo, es susceptible de funcionar junto con las facultades concedidas a los jueces en materia de iniciativa probatoria, siempre que el ejercicio de tales facultades no ocasione agravio al derecho de defensa ni comprometa la igualdad entre las partes. El principio de contradicción sufre atenuaciones importantes en cierta clase de procesos cuya efectividad resulta incompatible con una plena y actual posibilidad de audiencia y prueba para ambos litigantes (procesos cautelares y ejecutivos)…[428]

Muchas más podrían ser las opiniones sobre la división práctica o la enseñanza por esquemas de cada uno de los principios procesales, pero desde nuestra perspectiva queremos formular un ideario diferente.

Se insiste en diferenciar los *principios*, las *reglas* y las *garantías*. Los primeros pueden resultar permeables a situaciones de práctica porque determinan acciones y conductas de las partes en el proceso; el restante, en cambio, no admite deformaciones ni lecturas ambivalentes o alternas.

De este modo, se puede aceptar la penetración, en la formación técnica del proceso, de otras cuestiones vinculadas con la política (social, jurídica, económica, etc.), de manera que, en definitiva, el cuadro de formalidades y características quede adaptado para un determinado contexto.

Si esta permeabilidad no se discute, será verdad que los efectos más inmediatos se apreciarán en los principios *dispositivo* y *oficial*, pues del reconocimiento o no del derecho a la propiedad privada de los medios de producción, o si se prefiere –como argumenta Gimeno Sendra– de la existencia de un sistema capitalista o socialista puede depender la hegemonía en la esfera del principio dispositivo u oficial.[429] Lo mismo podrá

428. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, pp. 251-252.

429. Gimeno Sendra, José, *op. cit.*, p. 178; Serra Domínguez, Manuel, "Liberalización y socialización del proceso civil", en *Revista de Derecho Procesal*, Barcelona, 1971,

acontecer con el modelo que se adopte para la investigación de los hechos y, en su medida, el valor que se quiera dar a la verdad en el proceso y los modos de alcanzarla. E inclusive, el propio reaseguro de la intervención del juez podrá quedar sometido en el campo de las reglas, si es que desde la legislación se prefiere un juez inactivo, pasivo, inerte, en lugar del actual director, activo y protagonista en el conflicto que debe resolver.

Sin embargo, lo que no podrán cambiar serán los parámetros para que exista "debido proceso", en definitiva, la máxima garantía que se debe resguardar de toda influencia política.

92. La ideología en el proceso

Al comienzo indicamos la tendencia doctrinaria que muestra a los principios procesales como "presupuestos políticos" de carácter funcional. Precisamente esta connotación fue decisiva a la hora de encontrar la ideología imperante en un proceso. Lo que supone, en opinión de algunos –no es la nuestra– que el tiempo es el espejo de las instituciones.

Por ejemplo, Cipriani afirma que

> El código de 1940 marca declaradamente un gran vuelco en sentido publicístico. El legislador tuvo el cuidado de suprimir el "*principio de libertad* al cual se inspiraba el código de 1865", por multiplicar los casos de intervención del ministerio público y, sobre todo, por reforzar los poderes del juez en menoscabo de las garantías de las partes, de tal forma que se asegurara que cada causa fuera lo más rápido o conciliada o decidida: en particular, se dijo que, mientras el viejo código disciplinaba el proceso desde el punto de vista de las partes, el nuevo lo disciplinaba desde el punto de vista del juez. Bajo el presupuesto, no manifestado, pero claramente sobrentendido, de que la solución del problema estuviera en neutralizar a los abogados, que serían el origen de todos los males del proceso, y en la certeza –que se reveló, en verdad, injustificada– de que haciéndose así, las cosas en el proceso, habrían sido mejor.[430]

pp. 514-515. Además, cabe destacar la opinión de Serra Domínguez quien afirma para apoyar su tesis sobre el carácter técnico de los principios del proceso que el CPC Italiano de 1942, promulgado en la Italia fascista, es hoy el vigente, que la ZPO alemana no fue derogada por el Estado nazi y que la LEC de 1881 también ha perdurado bajo los regímenes más diversos.

430. Cipriani, Franco, *Batallas por la Justicia Civil*, Lima, Cultural Cuzco, 2003, p. 52.

En la misma línea, Montero Aroca compara los principios políticos de la ley española con el *Códice di procedura civile* italiano de 1940, al afirmar que

> Una ley o un código, sea cual fuere la materia que regula, es siempre expresión de la concepción ideológica propia de la sociedad en que se hace y de la sostenida por los responsables políticos que lo hacen. Nada extraño podría tener que una ley promulgada en la Alemania nazi y que regulara el proceso civil respondiera en su esencia a la concepción política propia del lugar, del momento y de sus autores, lo mismo que un código procesal de la Rusia soviética asumiría la esencia de la concepción comunista de las relaciones entre lo público y lo privado. En sentido contrario, un código como el alemán de 1877 no podía dejar de tener una base liberal, dentro del nacionalismo y del centralismo del Imperio, y por ello, aún después de todas las reformas sufridas a lo largo de casi un siglo, no podía mantenerse en la ex República Democrática Alemana [...] Cualquier persona razonable y con experiencia no llegaría ni siquiera a cuestionarse que un código promulgado en Italia y en 1940 tiene que tener una base ideológica fascista y que el mismo no puede estar elaborado sobre la idea liberal y garantista de la tutela de los derechos de los ciudadanos, sino sobre la preponderancia de lo público sobre los intereses de los súbditos. Siempre esa persona podría llegar a cuestionarse el grado de autoritarismo que se alcanza en el código, pero no la base autoritaria del mismo.[431]

Esta mirada histórica refleja la época con las ideas, lo que es correcto con dicho emplazamiento; sin embargo, aunque la impronta quede impresa con el mote que se pretende estigmatizar (código autoritario), lo cierto es que la dirección formal del proceso pasó a manos del juez sin que ello fuera suficiente para convertirlo, definitivamente, en un dictador de las reglas.

Obsérvese, por ejemplo, que cuando Estados Unidos recibe la influencia inglesa en sus instituciones, en materia procesal significó asumir un sistema diferente pero útil al mismo tiempo, como explican Hazard y Taruffo.

> En efecto, el origen y fundamento del proceso civil americano se hallaban, en un sistema tan extraño como valioso. El proceso de *common law*

431. Montero Aroca, Juan, "El proceso civil llamado 'social' como instrumento de 'justicia' autoritaria", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 2004, Nº 6, pp. 15-50. También en *Proceso civil e ideología*, pp. 134-135.

> era extraño, en la medida en que había evolucionado para hacer frente a los problemas de la justicia civil en la Inglaterra feudal y post-feudal, pero después se había implantado en América, es decir, en un país en trance de construcción que nunca había conocido el feudalismo. Y este proceso también se consideraba valioso, porque su conservación era una de las justificaciones para derrocar el régimen colonial inglés. Este dualismo puede explicar cómo el proceso civil americano ha conservado muchos elementos procesales ingleses pre-modernos, dándoles la consideración de derechos constitucionales.[432]

Ese dualismo entre autoridad en el proceso y autoritarismo ideológico no es más que una afirmación carente de realidad práctica, pues las partes no padecieron sacrificio alguno en el sistema para debatir en igualdad y equilibrio; lo que sí cambiaron fueron algunos principios (no todos); se alteraron pocas reglas (como el pretendido tránsito de la escritura hacia la oralidad); pero jamás se perturbaron las garantías. Es más, estas se consolidaron con el control y la aplicación jurisdiccional.

93. El proceso como garantía

El proceso se integra, necesariamente, con dos partes antagónicas y un tercero imparcial que resolverá con poderes suficientes para dotar su decisión de las notas de definitividad y fuerza compulsoria propia. Es decir: poder y autoridad componen este aspecto de la práctica judicial.

Para que dicho imperio y auctoritas no excedan sus límites, el procesalismo pone la valla con el principio de razonabilidad, el cual supone que toda la actividad jurisdiccional se moviliza bajo la legalidad del obrar y fundamentando adecuadamente cada una de sus resoluciones.

Estas son garantías debidas al justiciable que se integran en la noción de "debido proceso" formal (o procesal). Mientras que la otra faceta del "proceso debido" que refiere a lo sustancial o material del principio, se manifiesta en el conjunto de exigencias procedimentales que se deben garantizar a cualquier persona que exige el cumplimiento de sus derechos y libertades.

---

432. Hazard, Jr., Geoffrey y Taruffo, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos* (traducción de Fernando Gascón Inchausti), Thomson - Aranzadi, Navarra, 2006, p. 25.

Hoy día, se han ampliado notablemente los deberes de la jurisdicción y, en su consecuencia, los límites de la llamada tutela judicial efectiva no se sostienen únicamente en el respeto por el derecho de defensa en juicio. Precisamente, esta lectura de vanguardia conspira contra el modelo clásico de la estructura procesal y abre brechas que resisten el ímpetu de estas realidades que emergen del reclamo social antes que de una ilusión teórica sin fundamentos.

Por ello, el modelo tradicional que discutió si el proceso era sólo cosa entre partes donde el juez asistía al debate para luego definir con su sentencia el derecho aplicable a uno u otro; y la renovación que trajo la llamada publicización que le asignó al juez mayores poderes y deberes, obligándolo a dirigir el conflicto para encontrar la verdad real antes que la confirmación de una u otra de las versiones de las partes; entre ambos modelos existen aproximaciones y diferencias que conviene informar para que a nadie lo tome por sorpresa esta supuesta afectación a la Constitución Nacional y sus principios.

No obstante, debe quedar en claro que si hablamos de garantías constitucionales, en definitiva, no hay más garantía que el proceso judicial, porqué será este el que en definitiva persiga la consagración de los derechos y libertades que trae la Ley Fundamental.

Capítulo XI
La interpretación de los principios procesales

94. Principios generales

La diferencia establecida en el capítulo anterior entre *garantías, principios* y *reglas* se presenta ahora desde una perspectiva diferente. Se trata de ver si cada uno es impermeable a contingencias externas que pueden alterar su modelo, o si tienen la posibilidad de aplicarse con cambios sin modificar su esencia. En su caso, el problema será encontrar el límite de la innovación y quién lo puede autorizar.

En el devenir de la cuestión es ineludible recordar que el origen de los principios procesales surge como una forma de limitar el abuso de la autoridad, de manera que más allá de la influencia que se le reconoce a la tradición romana sobre las instituciones procesales, la consagración normativa es producto del positivismo.

Desde las leyes aparecieron las primeras consignas que antes eran "poco más que un arte de secretarios";[433] ellas afinaron los presupuestos para cumplir con las formas del procedimiento y sirvieron de fuentes para las reformas procesales que se suscitaron a fines del siglo XIX y en el curso del siguiente. Por aquella época, en pleno auge del constitucionalismo, los principios se trasladaron a las normas fundamentales.

El positivismo que caracterizó toda esta etapa impuso la necesidad del juicio previo a la condena (*nulla poena sine iuditio*), el derecho a ser oído (defensa en juicio), la presunción de inocencia, la inviolabilidad del domicilio y los papeles privados, etcétera.

La *ley* se convirtió en un mito de soluciones "de una vez y para siempre", pensando en su razón eterna (fruto de la actividad racional) de modo que la emisión del mandato era un imperativo que no admitía modificaciones. El juez debía ser la boca de la ley; no estaba en su arbitrio

433. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 85.

la posibilidad de cuestionar sus alcances pues no era esa su función. Además, el famoso prolegómeno de la legalidad democrática ponía un manto de duda sobre la autorización para que ejerciera actividad discrecional.

Existe una impronta voluntarista del legislador que quiere imprimir su sello en todas las cualidades que modela para los actos jurídicos, por eso, era común a fines del siglo XVIII oír que la ley debía ser única, pública y sencilla, precisa y clara, abstracta y general, garante de la libertad y, sobre todo, expresión de la voluntad esclarecida del príncipe o de la soberana del pueblo que constituye el instrumento de la razón ilustrada para alcanzar la justicia y la felicidad de las sociedades.[434]

Inclusive la famosa expresión de Voltaire "la libertad consiste en depender tan solo de las leyes"[435] explicó la trascendencia de la norma en estos tiempos y la uniformidad que de ellas se desprendió.

Esa confianza propia de la positivización del pensamiento se llevó a los códigos, que también portaron la tradición de las costumbres y de las reglas.

Poco tiempo después, algunas de esas normas dispuestas se entronizaron en las constituciones. Es la época de la constitucionalización que promueve un espacio de derechos y garantías que se consideran inalterables e inmodificables.

Pietro Sanchis dice:

> Paulatinamente aquella armonía en apariencia perfecta entre razón y voluntad, entre ciencia y política, con que se inauguraba la experiencia legislativa del Estado liberal fue basculando a favor del segundo de los elementos anunciados. Desde luego, se seguirá postulando el respeto a la ley, pero ya no se apela tanto a la racionalidad de su contenido cuanto a la autoridad de su origen, el poder político estatal o el espíritu popular, que en todo caso se resiste a cualquier intento de comprensión científica.[436]

Las leyes y los códigos que se ocuparon de algunos principios procesales sirvieron de fuente para que las constituciones siguieran sus preceptos y los fijara definitivamente en la letra de sus textos, esta vez dándoles la condición de "garantías". Otros principios llegaron de al-

434. Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Ley, principios, derechos*, Madrid, Dykinson, 1998, p. 15.

435. Voltaire, "Pensamientos sobre la Administración Pública", en *Opúsculos satíricos y filosóficos*, Madrid, Alfaguara, 1978, p. 194.

436. Prieto Sanchís, Luis, *Ley, Principios, Derechos, op. cit.*, p. 17.

gunas reglas, tal como sucedió con el ritual del Derecho Romano[437] que tanto influyó en el diseño de los procedimientos.

Inicia entonces una suerte de "cláusulas generales" o "principios programáticos" que se convierten en patrimonio de las Cartas Magnas de cada nación, donde la idiosincrasia de los pueblos no aparece desinteresada al impactar en ellas con sus usos y costumbres.

La ley pierde consistencia ante la Constitución. Se desacredita y admite ser interpretada. De alguna manera surge este primer fenómeno que trasciende en el aspecto que queremos mostrar.

Vale decir, la ley queda como producto del poder constituyente y de la iniciativa de la administración política. Se transforma en reglamentaria de la orientación que señalan las constituciones.

Las garantías se imprimen inclaudicables y permanentes; las leyes de procedimiento son guías a seguir, pero pueden ser descifradas por los jueces quienes pueden actuar, inclusive, *contra legem*.

El texto normativo mayor de un Estado funda el poder y lo limita. Establece deberes, derechos y garantías que definen y caracterizan una clase de organización política, y al mismo tiempo impone el principio de la supremacía constitucional.

El Estado constitucional suple al Estado de derecho, o como dice Alexy "en el constitucionalismo contemporáneo hay más principios que reglas; más ponderación que subsunción; más jueces que legislador; y más Constitución que Ley".[438] [439]

---

437. Lorenzetti, Ricardo, *El tratado de los contratos*, *op. cit.*, p. 143. La regla, usada preferentemente por los posglosadores, se expresaba en forma de brocárdico, y era básica para el uso de la retórica. No es solo un destilado de conocimiento antiguo, sino que se transforma en una verdadera norma aplicable para resolver casos en los que la *ratio* es similar.

438. Alexy, Robert, *El concepto y la validez del Derecho* (trad. de J. M. Seña), Barcelona, Gedisa, 1994, p. 160.

439. Luis Prieto Sanchís apunta que más principios (constitucionales) que reglas (legales) no significa que la solución de los conflictos jurídicos pueda ser encomendada en exclusiva a las directivas que emanan de los genéricos principios fundamentales, sino que estos han de ser tomados en consideración o que han de serlo, en primer lugar, para someter a juicio previo la propia validez de las leyes relevantes en el caso. Más ponderación que subsunción tampoco significa que esta deje de ser operativa, sino que en todo caso la aplicación de principios se acomoda a un esquema particular que llamamos ponderación donde dos criterios en conflicto (*v. gr.* la libertad de expresión y el derecho al honor…) no se anulan ni excluyen con carácter general, sino que han de buscar su peso relativo en cada caso mediante un juicio de razonabilidad o de balance entre argumentos y razones. Más jueces que legislador no representa un

La interpretación le dio protagonismo a la actuación de los jueces, y en orden a los principios procesales significó facilitar cierta permeabilidad que eludió la rigidez de sus preceptos.

La supremacía de la Norma Fundamental permitió trabajar con normas de diferente registro, donde, por ejemplo, el derecho a la sentencia fundada en ley podía ser bastante con la motivación suficiente. Es decir, la sustitución de la ley por la razón, lo objetivo por lo razonable.

No pasó mucho tiempo para que el juicio de ponderación construyera nuevas "reglas" (*v. gr.* el debate litigioso en base a la lealtad, probidad y buena fe de las partes), las que regresaron el circuito a las leyes que las establecieron, y a las garantías que se fijaron.

Bien dice Lorenzetti que la afirmación de las garantías ha sido un proceso histórico que insumió grandes debates que parecen no haber concluido;[440] cuestiones que remarcan la circularidad de la evolución.

Los *principios* surgen de las leyes, es cierto, lo cual significa que sirven o deben servir para delinear los presupuestos políticos de un ordenamiento procesal; a su vez, las *leyes* son producto de su tiempo, por lo que no pueden permanecer invariables evitando la modernización o la justa transformación. Por su parte, las *reglas* son cerradas e inmodificables porque indican cómo se juega a tal cosa, mientras que los principios son abiertos porque dependen de muchos contingentes (*v. gr.* principio de congruencia).

95. El activismo judicial en la transformación de los principios

Cuando se exponen los principios generales de un proceso cualquiera, cada uno de ellos se puede vincular con una regla constitucional. No se trata de señalar que todos los principios son garantías, ni

llamamiento a prescindir de la tarea legislativa, que sigue siendo fundamental, sino una invitación al control de la misma por parte de quienes únicamente pueden hacerlo, que son los jueces. Y finalmente, como se comprenderá, más Constitución que ley no significa que la primera convierta en superflua a la segunda, sino solo que esta última carece de autonomía porque siempre habrá de rendir cuentas ante la instancia superior de la Constitución" (*Ley, Principios, Derechos*, *op. cit.* pp. 35-36).

440. Lorenzetti, Ricardo, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de derecho*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 157.

que todas las garantías sean reglas inalterables, sino de analizar su operatividad y aplicación específica.

Como punto de partida debemos estudiar si las "garantías" son inmutables; si los "principios" son invariables, y si las "reglas" admiten alteraciones.

En el marco de la evolución señalada, el tiempo del positivismo a ultranza evitó cualquier apartamiento de las normas; con la constitucionalización se privilegió el rigor de los principios, pero se permitió la interpretación en el caso concreto, dando lugar al juicio de ponderación.[441]

El juez pasó a ser el legislador del caso concreto, y su actividad dio lugar a una jurisprudencia creadora que impactó en las instituciones del proceso.

> Por ejemplo, el recordado caso *Colalillo* (CS, 18 de setiembre de 1957), testimonia cómo un principio procesal (preclusión) pudo ser resuelto con justicia a pesar del rigor de su emplazamiento formal;[442] lo mismo sucedió con la aplicación concreta de otros principios como el de

441. El triunfo de la ponderación sobre la subsunción conduce a la preeminencia del juez. Primero, porque en sentido estricto la ponderación es algo que puede hacer el juez pero no el legislador: la ley contempla casos genéricos y no casos concretos, pudiendo establecer reglas favorables a uno u otro de los principios en eventual conflicto, pero sin desvirtuar *a priori* ninguno, pues ello equivaldría a la violación de la Constitución; de manera que el legislador podrá orientar la ponderación del juez, pero, aunque quiera, por su propia posición carece de facultades para sustituirlo en esa labor, determinando la decisión que proceda a la vista del juego conjunto de los preceptos constitucionales y de las circunstancias del caso (dado que precisamente no puede tener esa "visión"). (Cfr. Prieto Sanchís, Luis, *Ley, Principios, Derechos, op. cit.*, p. 41).

442. La Corte nacional debía resolver si, a la fecha del accidente, la demandada carecía o no del registro habilitante correspondiente, a cuyo fin se habían ofrecido como prueba las constancias del acta policial labrada en la ocasión del accidente, de las que surgía que en el momento del hecho el conductor "carecía de registro". El accionante, a su vez, solicitó que se librara oficio al Intendente municipal de la ciudad de Buenos Aires a fin de que informara si en los registros de la municipalidad, Dirección General de tránsito de la misma, figuraba extendida la habilitación para la conducción de vehículos automóviles a nombre de la persona que realmente conducía el vehículo del actor en el momento del accidente. Reiterado el oficio por falta de contestación del primero, la Dirección de Tránsito manifestó que había demorado la contestación treinta y siete días con motivo de la búsqueda realizada en los registros respectivos y que no le era posible informar porque "los padrones y ficheros de conductores habilitados se llevan por el número de la respectiva licencia y no por el nombre y apellido de sus titulares". La sentencia de primera instancia, haciendo mérito fundamental de que el accionante no había probado que el conductor tenía registro habilitante en el momento del accidente, desestimó la demanda. Fallo que la Alzada confirmó.

perentoriedad de los plazos, donde también se sigue la línea de excepción que señalamos (Fallos: 303:1532 y 306:485); o cuando se interpreta el principio de eventualidad en orden a la conducta procesal desenvuelta.[443]

En suma, el activismo judicial genera una jurisprudencia innovadora que, en algunos casos, no está bien vista al ser, de algún modo, reaccionaria y contrapuesta a las reglas previstas. En cambio, otros alientan y elogian esa actitud que evita el estancamiento y pone al día los principios con la justicia del caso.

Quizás la raíz de la polémica asiente en la seguridad que proviene de las garantías, los principios y las reglas, pues hay en ellas demasiadas zonas de penumbra como para trabajar con la claridad que ofrecen. De suyo, el protagonismo judicial tampoco resuelve la falta de certeza, pero le da otro significado y sentido a los elementos con los que trabaja.

Al llegar por recurso extraordinario al Alto Tribunal de la nación se dijo: [...] "Que el caso presenta ciertamente características singulares. Y es propia de tales situaciones la obligación de los jueces de ponderar con mayor rigor la aplicación de los principios jurídicos pertinentes, a fin de no incurrir con daño para la justicia, en una aplicación solo mecánica de esos principios" [...] "El proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cumplimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte. Que concordantemente con ello la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán, en cualquier estado del juicio, la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos. Y tal facultad no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable. En caso contrario la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación del derecho" [...] "Que en el caso de autos, la sentencia que rechaza la demanda omite toda consideración del documento oficial agregado a fs. 66, por razón de la oportunidad de su incorporación al juicio. Y aun cuando la solución del pleito puede depender de la existencia y autenticidad de la licencia en cuestión, el fallo se limita a comprobar la extemporaneidad de su presentación".

443. Aun cuando cupiera algún reproche en orden al deber de lealtad, probidad y buena fe, por estimarse abusivo el concreto ejercicio de la facultad procesal de negar los hechos afirmados en la demanda (en el caso, se negó que el actor hubiera ascendido al colectivo y obtenido el boleto), tales desconocimientos quedan obviamente sometidos a la prueba que se produzca. Siendo ello así, atento el principio de eventualidad no puede entenderse que a raíz de esas negaciones fuera improbable la excepción de prescripción, identificando el precepto aplicable según la calificación jurídica correspondiente a los hechos invocados en la demanda (Cámara Nacional de Apelaciones Civil, Sala C, "Pérez Filimón y otra c. Dadona, Donato y otro", 08/10/1991, DJ, 1992-1-1077). Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Temeridad y malicia en el proceso*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002.

Ahora bien, esa maleabilidad de los instrumentos ¿le permite al juez alterar las garantías? ¿Puede afectar los principios? En su caso ¿podrá cambiar las reglas del juego?

La respuesta probablemente tenga la misma dosis de inseguridad que tiene el planteo, pero en tren de afirmaciones, es preciso diferenciar cada situación.

En efecto, las *garantías* son reaseguros que no pueden ser negadas ni limitadas. No se consiguen si hay insuficiencia o se cercenan al emplearlas. Pueden ser muchas (las garantías) o una sola, como es el caso del proceso judicial (el proceso como única garantía). Cuando son diversas se confunden o entroncan con los *principios*, que algunos llaman "garantías constitucionales del Derecho Procesal"[444] si se singularizan se aplican como procesos específicos (amparo, hábeas corpus, hábeas data, o simplemente, procesos constitucionales) destinados a dar supremacía a la Norma Fundamental; pero si están referidos a *reglas* no se pueden transformar ni alterar (*v. gr.* independencia judicial; imparcialidad de los jueces; sentencia fundada; plazo razonable; etc.).

En pocas palabras, las garantías son las piezas necesarias para que exista el debido proceso; si desaparecen o menguan, no hay debido proceso. Por ende, se trata de partes indispensables de un conjunto; cada una es indispensable para que este exista y subsista.[445]

De su lado, los *principios procesales* constituyen una suerte de máximas inquebrantables que se dan para ordenar el desarrollo de un litigio, por eso, la variedad de procedimientos permite formular reglas particulares. No se quiere afirmar que los principios sean distintos por los intereses a desentrañar, sino que las estructuras procesales admiten modificar la reglamentación puntual del proceso para darle una eficacia mayor a la que tendría de aplicar un patrón común. Por ejemplo, si la actividad principal de los procesos constitucionales es fiscalizar la ejecución de los mandamientos fundamentales, el conflicto principal está en la norma a interpretar antes que en la controversia entre partes. La función judicial es diferente (como lo es, también, el sistema donde tenga funcionalidad, porque las posibilidades de los

444. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal. Parte general*, *op. cit.*, p. 213.

445. Ver el meditado voto de Sergio García Ramírez en la OC N° 16/1999 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre "El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal".

jueces constitucionales del modelo difuso son distintas de los tribunales constitucionales) y se adapta al estándar de aplicación.[446]

En definitiva, los principios procesales informan todas las instancias, hasta alcanzar la sentencia definitiva. No son reglas del debido proceso porque forman parte de él, sino aplicaciones necesarias y precisas que se han de cumplir en las etapas secuenciales de los trámites para que ellos tengan validez. Evidentemente, así presentados, estos principios constituyen presupuestos políticos y en esa dimensión han de interpretarse.[447]

Finalmente, las *reglas*. Estas trabajan con los sistemas procesales y se adaptan al modelo o diseño pensado para los procedimientos. Si queda establecida la expresión escrita en lugar de la oralidad, habrá que cumplir con ella por el principio de legalidad formal; si impera un orden secuencial para el aporte de los hechos en la causa, el ofrecimiento de prueba, la producción de la misma, también se deben respetar esas consignas, sencillamente porque esas son las pautas del trámite.

El *quid* de las reglas está en asumir si ellas pueden quedar convenidas por las partes (como en el procedimiento arbitral), o solamente provenir de las normas que las establezcan. Pero, como dice Díaz:

> … el problema podría invertirse en tanto se establezca que cualquiera sea su origen las formas procesales deben ser un medio para *conseguir la certeza del derecho*; y este predicado impone: *fijeza de las formas* que tiendan a hacerlas claras e indiscutibles, sin implicar rigidez formalística; *adaptabilidad de las formas*, para conseguir las finalidades propuestas; *simplicidad de las formas* para evitar el fárrago y la confusión; y finalmente, *rigor formal*, en un sentido teleológico-trascendente, para sancionar el incumplimiento de aquellas cuya violación lesione fundamentalmente el principio de la audiencia: *audiatur et altera pars*.[448]

446. Couture, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Depalma, 1979, T. I, p. 312. Sostiene el autor que la enumeración de los principios que rigen el proceso no puede realizarse de forma taxativa, porque los principios procesales surgen naturalmente de la ordenación, muchas veces impensada e imprevisible, de las disposiciones de la ley. Pero la repetición obstinada de una solución puede brindar al intérprete la posibilidad de extraer de ella un principio. En otras oportunidades, es el propio legislador el que cree necesario exponer los principios que dominan la estructura de su obra, para facilitar al intérprete la ordenación adecuada de las soluciones.

447. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Introducción al Derecho Procesal constitucional, op. cit.*, p. 256.

448. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal, Parte general, op. cit.*, p. 225.

96. Efectos del incumplimiento de garantías, principios y reglas

Cuando una *garantía* deja de aplicarse en el proceso judicial, existe un vicio que lo nulifica por inconstitucionalidad del acto. Si la transgresión es de algún *principio*, la nulidad es la consecuencia, pudiendo agregar una multa como sanción (*v. gr.* temeridad y malicia); mientras que el incumplimiento de las *reglas* provoca solamente anulación a instancia de parte interesada.

En todas ellas hay un punto de reunión que está en el tiempo de resolver. Allí la interpretación del vicio se debe colegir en su plenitud, midiendo el perjuicio al debido proceso.

Presentado el marco de ponderación, en los hechos la nulidad solamente procede si el vicio es trascendente (cuanto mayor sea su expresión, más serán las posibilidades de anulación; inclusive pueden llevar a que se resuelva sin sustanciación o de oficio); y la parte que requiere la invalidación demuestre consistentemente el perjuicio sufrido.[449]

Por eso, la iniciativa para declarar la nulidad de los actos procesales no solo puede partir de la parte perjudicada, sino también del propio órgano jurisdiccional, salvo que el vicio esté expresa o tácitamente consentido por los interesados, pues la facultad de declarar de oficio la nulidad encuentra una valla insuperable en el principio de convalidación.

Esto es consecuencia de la máxima que pretende evitar la nulidad por la nulidad misma, es decir, que la simple irregularidad no contamine todo el proceso ni evite la validez de los actos cumplidos.

La convalidación del error se mide con dos parámetros: uno, la efectiva posibilidad de conocimiento que se ha tenido; y la segunda, que el planteo se realice en término legal.

97. Diferencias en la interpretación

La trascendencia, a los fines del vicio que define la nulidad (procesal o constitucional) es diferente entre las *garantías*, los *principios* y las *reglas*.

449. Gozaíni, Osvaldo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2ª ed., 2006, comentarios al art. 172, T. I, p. 515 y ss.

Hay una distancia considerable en la calidad de los valores a tutelar que, en los hechos, impacta en términos metodológicos y estructurales.[450]

Asimismo se ha explicado que

> ... la distinción entre reglas y principios adquiere todo su interés cuando se compara su distinto modo de entrar en conflicto. La diferencia estribaría en lo siguiente: los principios poseen una característica que está ausente en las normas, que es su 'peso' o 'importancia' y, por ello, cuando dos principios se interfieren o entran en conflicto, ambos siguen siendo válidos, por más que en el caso concreto se conceda preferencia a uno de ellos: lo que no ocurre con las reglas, donde no se puede decir que una norma sea más importante que otra dentro del sistema.[451]

O como dice Dworkin: si se da un conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida[452]; o la solución de Alexy, para quien, si dos reglas están enfrentadas, solamente hay dos soluciones: o bien se declara la invalidez de una de ellas; o en su caso, se introduce una cláusula de excepción que elimina el conflicto, de manera que una de las reglas cederá siempre en presencia de la otra.[453]

En cualquier supuesto, la cuestión metodológica puede partir de un supuesto como el formulado en el punto anterior: las *garantías* son

450. En el análisis de la cuestión se pueden adoptar varias corrientes. Una de ellas la denomina Alexy como "teoría de los principios". Para el profesor alemán (Universidad de Kiel) la tesis básica consiste en entender los derechos fundamentales como principios o mandatos de optimización, que ordenan la realización de su contenido en la mayor medida posible, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Esta comprensión de los derechos fundamentales implica además la idea de que no existen derechos absolutos, de que en la vida social es imprescindible cohonestar las exigencias que se derivan de unos y otros, y que las intervenciones estatales en los mismos son una consecuencia legítima de la democracia y son válidas mientras respeten el principio de proporcionalidad. De este modo la tesis de Alexy también tiene profundas implicancias en el ámbito de la interpretación jurídica, pues realza la función del principio de proporcionalidad, y sobre todo de su tercer subprincipio, la ponderación, mecanismo que comienza a ocupar un sitio de privilegio en la metodología jurídica, junto a la subsunción. (Introducción de Carlos Bernal Pulido a la obra de Robert Alexy, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia. Serie de teoría jurídica y filosofía de derecho, Nº 28, 2003, p. 15.)

451. Prieto Sanchís, Luis, *Ley, Principios, Derechos, op. cit.*, p. 57.

452. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, p. 78.

453. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales* (trad. de Ernesto Garzón), Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 89.

inflexibles; los *principios* son normas abiertas; y las *reglas* son normas cerradas pero que admiten elasticidades.

La diferencia estructural aparece cuando entre ellas interfieren, pues una *garantía* predispone y condiciona; un *principio* orienta el presupuesto que se quiere preferir, y las *reglas* señalan el camino para llegar a esos objetivos.

Desde una visión distinta, el paralelo se puede trazar como lo explica Zagrebelsky: "las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia son prevalentemente principios".[454]

En consecuencia, la vigencia práctica de cada uno puede ser errática y ello se evidencia constantemente en la dinámica procesal.

Veamos, como ejemplo, el caso de la garantía procesal que indica los contenidos del debido proceso. En su dimensión se debe resolver qué se quiere obtener con la prueba, y la actividad que deben tener quienes se encuentran litigando.

Desde tiempos inmemoriales se debate acerca de cuál es el objeto que tiene la producción probatoria: ¿buscar la verdad?, ¿confirmar una versión?, ¿determinar los hechos y aplicarle el derecho?, en fin, cada argumento tiene fundamentos muy sólidos que pueden quedar desvinculados del tema que aquí se propone; pero que sirven para demostrar los principios eventualmente aplicables.

Una respuesta puede ser que la verdad es el objetivo de la actividad jurisdiccional, en cuyo caso, las *garantías* son: el debido proceso, el derecho de defensa, la bilateralidad de las instancias, la sentencia fundada, la ejecución del pronunciamiento, y la efectividad de la actividad jurisdiccional. En este terreno habita un primer interrogante: ¿Cuál es el rol del juez en la obtención de la verdad? Si la respuesta se deduce del *principio dispositivo*, dentro del cual no se niega la dirección material del proceso, evidentemente la iniciativa probatoria es una garantía de la eficacia jurisdiccional; pero hipotéticamente, quedaría en duda si esa actividad compromete la imparcialidad del juez en el proceso.

Desde los *principios*, la buena fe de las partes diseña un tipo de comportamiento ideal, en cuyo caso, la colaboración de ambas en la búsqueda de la mencionada verdad jurídica no sería extraño requerirla

454. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta, 4ª ed., 2002, p. 109 y ss.

(*v. gr.* el principio de solidaridad en la obtención de la prueba testimonia y prueba la afirmación); sin embargo, el principio procesal de la carga de la prueba pone en cabeza de quien alega el deber de confirmar su versión de los hechos.

Por su parte las *reglas* procesales conspiran constantemente con estos objetivos, como señalamos en el caso la regla de aportación de hechos (enclavado en el principio de preclusión y oportunidad); en el legalismo formal (presentaciones fuera de término); en las solemnidades propias del acto (*v. gr.* forma de practicar la prueba de absolución de posiciones; interrogatorio de testigos; puntos de pericia, etc.), pues prefieren el cumplimiento del rito antes que la realidad conseguida.

En definitiva, en la aplicación puntual de *garantías*, *principios* y *reglas* el juez tiene un rol protagónico muy superior al que el esquema decimonónico le marcó; como contrapartida a ese aumento de deberes y poderes, le fueron señaladas obligaciones entre las cuales la necesidad de justificar sus decisiones aparece en primer plano.

98. La inflexibilidad de las garantías

Dogmáticamente ninguna garantía debiera ser flexible pues no sería, en tal caso, una garantía cierta, previsible y segura. La firmeza de contenidos esenciales promete certidumbre y quiere evitar el riesgo de la interpretación pendular.

Sin embargo, a veces la misma garantía acepta lecturas contrapuestas. Que el juez sea independiente es una obviedad manifiesta, pero ¿a qué independencia nos referimos? Que la justicia sea el resultado de una valoración objetiva que se traduzca en una sentencia debidamente fundada, tiene igual connotación, no obstante los pesares por decisiones absurdas, arbitrarias o excesivamente discrecionales. Que la presunción de inocencia sea un estado que evite la indefensión es también una seguridad para el justiciable, pero ¿puede ella extenderse como garantía a los procesos no penales?

En fin, cada garantía jurisdiccional o procesal plantea incertidumbres, donde la interpretación judicial puede conducir a resultados inciertos. Inclusive, algunas garantías indiscutibles (*v. gr.* principio de igualdad) deben superar la permeabilidad con las circunstancias que lo

rodean, porque en ocasiones lo que es igual para algunos no recibe idéntica aplicación en otros, afectando la seguridad que aquellas persiguen.

La *garantía de igualdad*, puesta en orden con la jurisprudencia de nuestro país, advierte que al no existir obligatoriedad de seguir la doctrina de los tribunales superiores se admite que cada juez tenga plena libertad para trabajar con "su criterio".

¿Se afecta el principio fundamental? ¿O se respeta el sistema procesal previsto?

Cualquiera sea la observación preferible, lo cierto es que todo juicio de igualdad es siempre un comparativo de valores; por tanto, la garantía tiende a evitar las desigualdades de hecho y de derecho.[455]

En esta línea, la igualdad como garantía procesal se relaciona con la igualdad de los ciudadanos ante la ley, pero las normas fundamentales no enuncian más que un programa de tipo preventivo (así, por ejemplo, el art. 16 de la Constitución Nacional); una teoría constitucional que no refiere a ningún hecho en particular, sino a un objetivo a conseguir.

En suma, el principio de igualdad supone dar a cada parte la posibilidad real de alegar y demostrar (bilateralidad y contradicción), evitando que cualquiera de ellas esté en inferioridad jurídica, sin conceder a uno lo que a otro se niega.

A su vez, también exige que la igualdad se concrete respetando la certidumbre lograda en situaciones similares a la que se resuelve, las que sirven de modelo para otras conductas o situaciones que se emparientan por su fisonomía similar.

Con estas perspectivas, la garantía es inflexible.

Otro ejemplo: en la independencia judicial hay planteos diferentes que analizan las circunstancias cuando la sentencia se produce, provocando interpretaciones disímiles según se entienda que la función del juez es un tipo de obediencia al Derecho y a las normas; o quienes aducen que, precisamente por ser los jueces independientes, es factible y aconsejable la desobediencia a la ley en contingencias especiales.

455. Es muy amplia la bibliografía que aborda los problemas de la igualdad en el proceso. Quizás el punto central consista en determinar los rasgos que representan una razón para el tratamiento igual o desigual; rasgos que han de ser al mismo tiempo el *criterio* de la clasificación normativa, esto es, de la condición de aplicación, y el *fundamento* de la consecuencia jurídica. (Cfr. Calsamiglia, Albert, "Sobre el principio de igualdad", en *El fundamento de los derechos humanos*, de Muguerza, Javier y otros, Madrid, Debate, 1989, p. 89).

Podemos afirmar así que los frentes que tiene la independencia judicial son diversos y complejos y que no se ocupan solamente de la actividad dentro de un procedimiento. El compromiso con la realidad pone en debate la necesidad de aflorar nuevas conquistas en la tarea de hacer justicia, porque ello lo demanda el desarrollo social; y también, por qué no, para consagrar un diseño del debido proceso donde el juez no esté aislado ni inerte.[456]

En todo caso, la independencia judicial persigue que quien debe actuar como tercero imparcial no esté vinculado a alguna de las partes en el conflicto; y que pueda resolver con justicia sin comprometer la objetividad.

Las demás "garantías del proceso" muestran iguales desequilibrios. La defensa en juicio se pone a prueba en instituciones novedosas como la tutela de urgencia. El derecho al juez natural hoy se conforma con la actuación imparcial del órgano preferido. A la sentencia fundada en ley le basta la motivación suficiente, y en definitiva, todo hace ver que en las garantías se alojan valores que constituyen límites a la versatilidad.

Es verdad que la constitucionalización de los principios llegó de la ley, y que esta fue producto de la necesidad de afianzar la seguridad jurídica. También lo es que la consagración de garantías se complementa con normativa transnacional como la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana sobre los Derechos y Deberes del Hombre; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y tantos más que constituyen, luego de ratificarse por los Estados, el denominado "bloque de constitucionalidad".[457]

456. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso, op. cit.*, p. 145.

457. La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostiene que la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y, en su caso, la de la Corte Europea de Derechos Humanos, constituye una pauta muy valiosa para interpretar las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos (disidencia parcial de los doctores Fayt y Petracchi) (CSJN, "Viaña, Roberto", 23/11/1995, *La Ley* 1997-E-1004 [39.764-S]). Al haber ingresado la República Argentina al sistema interamericano de protección de los derechos humanos, y más aún a partir de la modificación de la Constitución Nacional en 1994 –Convención Americana sobre Derechos Humanos y art. 75, inc. 22 Constitución Nacional–, la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituye una imprescindible pauta de interpretación, cuya significación, así como la de las directivas de la Comisión Interamericana, ha sido reconocida reiteradamente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (voto del doctor Petracchi) (CSJN, "Videla, Jorge R.", 21/08/2003, *La Ley* 2003-F-87).

Por eso, cada una de las *garantías* necesita del juicio de ponderación que las vuelva efectivas. No se afirma con ello que las declaraciones constitucionales sean meros programas de acción, sino garantías directamente operativas que, al estar formuladas de manera abstracta, necesitan concretarse en cada caso, para alcanzar soluciones justas y razonables.[458]

99. La flexibilización de los principios

Los principios procesales son guías de conducta. No constituyen paradigmas sino valores. Inclusive no faltan quienes les asignan un rol normativo con base en el derecho natural, y por eso su utilidad como estándares de integración.

Agrupados representan una estructura deontológica pues señalan un "deber ser", y tienden a mejorar las instituciones y el funcionamiento pleno del proceso jurisdiccional.

En su aplicación no constituyen máximas inflexibles, pues toleran adaptaciones siempre que no afecten los contenidos esenciales, o el "mínimo indisputable". Esta flexibilización depende de cierto casuismo, aun cuando es posible trazar algunas pautas comunes.

En primer lugar, hay principios que corresponden al acceso a la justicia, que se controlan con los presupuestos procesales de admisión y a través de las excepciones y defensas que las partes pueden hacer valer. De este modo, los conflictos de legitimación se presentan como enunciados normativos, de manera que pueden actuar como regla (legitimación *ad causam* y *ad processum*) o como principio (toda persona tiene derecho a ser oída ante un Tribunal independiente e imparcial) dejando en los jueces la solución del estándar.

Otros *principios* derivan de garantías generales, como los relativos a la organización jurisdiccional, los que conciernen al juez y los que

458. Lorenzetti, Ricardo; *Teoría de la decisión judicial, op. cit.*, p. 213. Muchos autores cuestionan la idea de una decisión correcta porque la consideran racionalista, ya que nunca se podrá prescindir de ciertas posiciones previas que tienen los jueces basados en sus propias convicciones. Esta crítica es adecuada desde el punto de vista filosófico, sociológico y aun económico, pero si se mira el problema desde la perspectiva del destinatario de las normas, resulta necesario establecer un mínimo de criterios de corrección que limiten la interpretación jurídica meramente subjetiva o hermética. Ello es esencial para que los ciudadanos tengan una percepción clara de que las decisiones se basan en la igualdad y en el estado de derecho.

pertenecen a las partes. Por ejemplo, la *unidad de jurisdicción* es un presupuesto político constitucional que significa sentar las bases mismas del funcionamiento judicial, de modo que sería inusitado imponer variaciones prácticas. Lo mismo respecto del *principio de exclusividad* jurisdiccional que supone establecer la posibilidad de dictar pronunciamientos definitivos solamente en jueces y tribunales del Poder Judicial; criterio muy cercano a la garantía del juez natural.

Respecto de las partes, la bilateralidad y la contradicción testimonian el paralelo entre la garantía de defensa en juicio, y el principio que dimana del antiguo brocardo *audiatur et altera pars*, o lo que es igual: "nadie puede ser condenado sin ser oído y vencido en juicio". Aquí las elasticidades son posibles, desde que la misma instalación del sistema piensa en la posibilidad de resolver sin oír a la parte afectada, cuando la situación es manifiestamente clara y existe peligro fáctico si la decisión se demora; o cuando se facilita la ejecución provisional de la sentencia pese al derecho al recurso o doble instancia, etcétera.

En la especie, el juicio de ponderación fluctúa entre el derecho fundamental a ser oído y la contradicción necesaria que puede llegar después sin alterar el régimen procesal. Hay otros casos donde se ilustra la plasticidad de los *principios procesales*. En el principio dispositivo, por ejemplo, la iniciativa probatoria del juez no restringe ni altera la pertenencia del proceso;[459] con el principio de congruencia se dan similares extensiones, aumentadas considerablemente cuando se analiza el tipo de proceso tramitado (*v. gr.* la cosa juzgada no puede ser igual en los procesos constitucionales; el límite subjetivo también es mayor en las acciones colectivas; el amparo colectivo aumenta el alcance objetivo, etc.),[460] con el principio de legalidad formal las correcciones son permanentes.

459. Benabentos, Omar, *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, Rosario, Juris, 2001, p. 78. Opinión que no es compartida por toda la doctrina. El denominado "garantismo", sostiene en la palabra de Benabentos que "... En el mejor desarrollo del proceso civil está interesado el Estado es algo obvio, y lo es tanto que no ha sido negado por nadie, pero desde esta obviedad no puede llegarse en el razonamiento posterior a la conclusión de negar la plena aplicación del principio dispositivo en el proceso civil, pues ello implicaría negar la misma existencia de la naturaleza privada de los derechos subjetivos materiales en juego". Sobre esta argumentación se agrega que los jueces inspirados en la publicización en realidad esconden un autoritarismo manifiesto que se hace mucho más evidente en los procesos penales.

460. Gozaíni, Osvaldo, *El alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos*, en *La Ley* 2005-F-626; De Los Santos, Mabel, "Algunas pautas para la regulación normativa de los

Algunos dirán que es un riesgo muy grande el que se corre, dejando en manos de la interpretación judicial la plenitud práctica de los principios; sin embargo podría señalarse que hay *prohibiciones expresas* (la indefensión total de la parte) enmarcadas como un derecho fundamental propio del debido proceso, esté o no constitucionalizado internamente. Existen *pautas necesarias* que actúan con márgenes de acción (*v. gr.* el principio de congruencia) controlables; y *solemnidades* o *formas* que son *disponibles* para el juez y las partes con cierta discrecionalidad (*v. gr.* objeto; plazos, etc.).[461]

100. La adaptación de las reglas a las garantías y principios

Hay dos formas de mirar el funcionamiento de las reglas procesales. Una, que atiende lo estricto y condicionado que emana de ellas, que impide apartarse de lo determinado por el ordenamiento. Y otra de carácter valorativo que exige observar la aplicación práctica de la regla para señalizar si ella es justa o puramente formal.

---

procesos colectivos", ponencia presentada en el XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005 (*JA* 2005-IV-1269). Pellegrini Grinover se refiere a una nueva dimensión del impulso oficial en esta arena, señalando que aun cuando se bregue por el aumento de los poderes del juez en el marco del proceso individual, *la suma de los poderes atribuidos al juez del proceso colectivo es inconmensurablemente mayor*. Entre tales poderes destaca la posibilidad de *flexibilizar la técnica procesal, como por ejemplo, en la interpretación del objeto pretendido y de la causa de la pretensión*. Asimismo, al referirse al *principio de instrumentalidad de las formas* señala que *La técnica procesal debe ser vista siempre al servicio de los fines de la jurisdicción y ser flexibilizada de modo de servir a la solución del litigio* (conf. Pellegrini Grinover, Ada, *Derecho Procesal Colectivo*, trad. del portugués de Juan C. Copani, aún sin editar). También destacando expresamente la necesidad de repensar el principio de congruencia con motivo de los nuevos desafíos planteados frente al conflicto colectivo, Hitters, Juan Carlos, "Alcance de la cosa juzgada en los procesos colectivos", ponencia presentada en el XXIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Mendoza, 2005. Por todos, Verbic, Francisco, *Procesos Colectivos*, Buenos Aires, Astrea, 2007.

461. Recordaba Véscovi que "Las partes pueden, además, *disponer*, no solo de los actos procesales, sino del propio proceso, esto es, de los derechos (sustanciales) planteados a través del mismo; ya sea el actor *desistiendo* de su pretensión; el demandado *allanándose* a la misma, realizando una *transacción*, en la cual ambos se hacen concesiones recíprocas o, también, pueden abandonar el proceso sin proseguirlo, lo que, pasado un tiempo, produce su *caducidad* (perención)…". Véscovi, Enrique, *Manual de Derecho Procesal*, Montevideo, Idea, p. 64.

El Código Procesal es un conjunto de reglas, y como tal, conforma una estructura de cumplimiento obligatorio que pretende afianzar la seguridad y previsibilidad en la relación jurídica que crea una controversia judicial; los mandatos impuestos orientan sobre distintas cuestiones que tanto el juez como las partes deben respetar.

Frente a tal criterio se alza la opinión de quienes argumentan que las formas no convierten a los programas de acción en algo inquebrantable y definitivo que sirva para fomentar un parasistema deformante y desnaturalizador del objetivo primordial que es lograr la eficacia de las instituciones.[462]

La dicotomía que presentamos enfrenta el modelo propuesto como sistema o método para el debate judicial, con las correcciones que exige una práctica activa. Es la confrontación entre el "deber ser" y la teleología que llega de los principios y garantías.

El problema a superar surge de la propia neblina en que se encuentra la distinción entre *principios* y *reglas*, que al efecto no se puede simplificar con el núcleo abierto o cerrado que presentamos *ab initio*. La cuestión se agudiza cuando la diferencia se quiere encontrar con los modelos de procedimiento, porque los objetivos difieren, al no ser igual sustanciar un proceso civil, otro penal, administrativo, fiscal, laboral, etcétera.

La inmovilidad de las reglas puede confrontar con los principios generales, y si estos los encuadramos dentro del artículo 2 del Código Civil y Comercial fácilmente se colige la posibilidad de su interpretación.

La versatilidad se puede mostrar con algunos ejemplos. La regla que establece el derecho de defensa en juicio, permitiría que un litigante use todas las posibilidades que el código le permita para ejercer legítimamente tal facultad; sin embargo, la actividad puede resultar abusiva y violentar el principio de moralidad (regla moral en el proceso),[463]

462. Cfr. Berizonce, Roberto Omar, "El proceso civil: Modelo teórico y realidad", en *Derecho Procesal*, trabajos presentados en el III Congreso Internacional de Derecho Procesal, Lima, 2005, p. 257 y ss.

463. En nuestra obra *Temeridad y malicia* destacamos algunos ejemplos de ello: 1.- La defensa sostenida en motivos inocuos o de manifiesta ilegitimidad, conforma un abuso de la jurisdicción toda vez que a lo único que tiende es a postergar una decisión consabida; 2.- Quien reitera un planteo de recusación con causa contra el Juez actuante, insistiendo en que existe la causal invocada y que fuera anteriormente resuelta en forma adversa por la Alzada, demuestra una conducta obstruccionista que persigue un fin meramente dilatorio, tanto más cuanto se la deduce antojadizamente y

también puede ocurrir que una regla sostenga los tiempos del proceso, y que ellos mismos conspiren con la celeridad y rapidez que pide una *garantía* (*v. gr.* art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos respecto del plazo razonable), o con la economía que requiere un *principio*; o bien, que se establezca la identificación de litigantes allí donde el alcance de la cosa juzgada es difuso (*v. gr.* procesos colectivos).

Es evidente así que hay reglas inalterables, otras que permiten movilidad y algunas más que necesitan interpretarse para que consigan su eficacia práctica. Con tino se dice que no hay estándares que sirvan para orientar sobre la preferencia de una regla por sobre los principios, o viceversa; pero que existen dos orientaciones cardinales que son de irrestricta vigencia: *la igualdad de las partes* y *la imparcialidad del juzgador*;[464] con mayor apertura dice Taruffo que, en la aplicación de principios, el juez tiene un papel protagónico o creativo que puede ser formador de reglas, de ahí la imperiosa necesidad de justificación, pues el ejercicio de ese poder "solo es aceptable si el juez proporciona una justificación racional de las decisiones adoptadas".[465]

En uno y otro caso, aparecen limitaciones propias del camino que se quiere adoptar. Cuando la garantía es concreta (*v. gr.* imparcialidad

---

con deleznables fundamentos, que importan una falta contra la autoridad y dignidad del magistrado; razón por la cual, la recusación debe ser desestimada y calificada de maliciosa; 3.- Cuando la memoria de agravios es técnicamente inatendible y revela superficialidad y ligereza; 4.- O bien, cuando existe abandono del proceso evidenciado en la desidia para efectuar las pruebas ofrecidas, indicio de íntima admisión sobre la insostenibilidad fáctica de la construcción argumental fundamento de la demanda, y a la desatención de la incomparecencia a la citación personal del juzgador, ocasiones en las cuales los resortes morales de delicadeza y de pudor hubieran impuesto admitir soluciones simplificadas y expeditivas del conflicto carente de andamiento, vía procesal económica que de esa manera fue obstruida; 5.- Si el demandado reconoce la existencia tanto del vínculo jurídico que lo unía al actor como de la deuda, pretendiendo luego, sin ningún apoyo probatorio que esta fue saldada. En este aspecto, la malicia estriba en la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto y en el empleo de facultades que la ley otorga a las partes en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y mala fe.

464. Alvarado Velloso, Adolfo, "La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil", en AA. VV., De la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván (coords.), *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 286.

465. Taruffo, Michelle, "La giutificazione delle decisión fondate su standards", en *L´Analisi del racionamiento giuridico*, Comanducci, Paolo, Guastini, Riccardo, Torino, Giappichelli (dirs.), 1989, p. 314.

del juzgador) no es posible encontrar alternancias en las reglas que lo aplican (*v. gr.* causales de excusación);[466] si la trama diseña un ritual determinado, el juez puede alterar ese camino;[467] y si los principios trabajan sobre presupuestos lógicos pensados para un modelo determinado, la adaptación con las exigencias del caso es una potencialidad.[468]

En esta línea de opciones, dice Falcón que los llamados principios derivados de la legislación procesal, que constituyen sistemas de organización del procedimiento, en general no aparecen puros sino combinados. Una cuestión interesante es que los principios derivados

466. Como ha sostenido la Corte Nacional, con la recusación se intenta preservar la imparcialidad necesaria de los tribunales de justicia, pero a su vez, se intenta evitar que el instituto se transforme en un medio espurio para apartar a los jueces del conocimiento de la causa que por la norma legal le ha sido atribuido (CS, 30/04/1996, *LL* 1998-A-711). Las partes no pueden crear motivos de excusación. De lo contrario, se corre el riesgo de que quien pretenda separar al juez natural del conocimiento del juicio y no lo consiga por medio de la recusación con causa, por no darse ninguno de los supuestos previstos por el art. 17 del Código Procesal lo obtenga en forma elíptica por la excusación que él mismo pudiera provocar (Cfr. CNCiv., Sala F, 30/11/1995, "Calomite, Alberto c. Consorcio de Propietarios Avda. Pueyrredón 1774/78", *LL* 1996-C-790).

467. En esta línea, afirmamos en nuestro *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso* (*op. cit.* p. 89 y ss.), que la tarea consiste en dar una pauta de conducta cuando la solución del conflicto necesita eludir alguna regla o pauta del proceso; sea formal (*v. gr.*: un plazo), o sustancial (*v. gr.*: dar patrones de cumplimiento en un contrato), y hasta constitucional (*v. gr.*: extender los alcances de la cosa juzgada a quienes no han sido partes). La justicia suele presentarse como "de acompañamiento", donde la razón de la crisis permite eludir reglas estrictas para alcanzar una solución justa y proyectada al clamor social. Por ejemplo, se ha dicho que, por debajo de lo que las leyes parecen decir literalmente, es lícito indagar lo que quieren decir jurídicamente y si bien no cabe prescindir de las palabras de la ley, tampoco hay que atenerse rigurosamente a ellas cuando una interpretación sistemática así lo requiera, dado que la misión judicial no se agota con la remisión a su letra, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma (del dictamen del Procurador General) (Fallos: 305:973). La primera fuente de interpretación de las leyes es su letra y, cuando esta no exige esfuerzo para determinar su sentido, debe ser aplicada directamente, con prescindencia de consideraciones que excedan las circunstancias del caso expresamente contempladas en la norma, ya que de otro modo podría arribarse a una interpretación que, sin declarar la inconstitucionalidad de la disposición legal, equivalga a prescindir de ella (CS, Recurso Queja Nº 1, "Martínez, Matías L. c/ Galeno Aseguradora de riesgos del trabajo SA s/ accidente", 30/10/2018).

468. Alvarado Velloso, Adolfo, "La imparcialidad judicial y la función del juez en el proceso civil", *op. cit.*, p. 286. Dice el autor: "el mejor intento de hacer justicia en un caso concreto no puede vulnerar el método mismo de la discusión. De así hacerlo y, a raíz de ello, un juzgador privilegiare la obtención de la meta por sobre la legitimidad del método, estaría dando razón postrera a Maquiavelo: 'El fin justifica los medios'".

pueden tener más de una variante. Muchos de estos sistemas están fundados en principios o líneas jurídicas que el legislador pretende imponer, ya sea porque se funde en ideas principistas o prácticas.[469]

También Eisner al explicar los principios dice (refiriéndose a dichos sistemas) que ellos se manifiestan en múltiples formas, que pueden adoptarse para regular el mecanismo procesal, con el cual se piensa dar a cada uno lo suyo, y son o pueden ser diversas las orientaciones a que obedecen. Las orientaciones explican los sistemas procesales y, dentro de esos sistemas, cuáles son las pautas directrices; una vez establecidos se conocen los principios formativos o rectores del proceso. Estos principios formativos o monitores, inspiran las soluciones de los códigos y están obstinadamente reflejados en cada una de sus normas.[470]

En suma, las *reglas procesales* están previstas en función de un sistema inspirado en principios y garantías que propician desarrollar el proceso judicial conforme un modelo que sigue y en el que se fundamenta. En el Derecho Procesal penal el vínculo con el derecho constitucional se ha ido estrechando desde hace tiempo, al punto que muchos principios provienen de las cartas superiores y del derecho trasnacional (*v. gr.* art. 18 de la Constitución Nacional Argentina, y art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente), que evitan debatir sobre la eficacia o ineficacia de una garantía, un principio o una regla.

Pero esa vinculación aun no es tan explícita en el Derecho Procesal civil, provocando la discusión que debe resolver si la variación de las reglas conspira con el debido proceso, o si justamente, para consolidar el debido proceso, es necesario actuar sin el formalismo ritual.[471]

469. Falcón, Enrique Manuel, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Astrea, 2006, T. I, p. 106 y ss.

470. Eisner, Isidoro, *Planteos Procesales*, Buenos Aires, La Ley, 1984, p. 47 y ss.

471. Couture, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Lexis Nexis (4ª ed.), 2003, T. I, pp. 21-22.
No queremos olvidar que las reflexiones provienen de larga data y de los mejores cultores de nuestra ciencia. Por el caso, el siempre vigente Couture ha dicho "... El proceso debe ser un proceso idóneo para el ejercicio de los derechos: lo suficientemente ágil como para no agotar por desaliento al actor y lo suficientemente seguro como para no angustiar por restricción al demandado. El proceso, que es en sí mismo solo un medio de realización de la justicia, viene así a constituirse en un derecho de rango similar a la justicia misma [...]. El juez servil al Poder Ejecutivo no es el que quiere la Constitución; el juez demagogo no es el juez idóneo que aquella promete; el juez cuyos fallos son desobedecidos por los órganos encargados de cumplirlos es todo lo

101. Los nuevos derechos procesales fundamentales

El tramo final de la interpretación sobre los principios procesales tiene otra hipótesis de trabajo: ¿el proceso judicial es una garantía; un principio (debido proceso) o una regla (el procedimiento propiamente dicho)?

Nosotros ya nos hemos pronunciado respecto del primer planteo, afirmando ahora, una vez más, que el proceso es una garantía preexistente al conflicto y como tal actúa, como un reaseguro para quien necesita formalizar una pretensión. Es una *garantía* que responde en el constitucionalismo argentino al concepto formal de cómo se debe desarrollar un procedimiento, y cómo debe justificarse la decisión (principio de razonabilidad).

Es asimismo una *garantía* en el sentido del que hablaba Calamandrei, cuando indicaba cada una de las garantías que ofrece la actividad jurisdiccional (*v. gr.* observancia de la ley; reintegrar el derecho transgredido; ofrecer certidumbre y seguridad jurídica; restituir la vigencia del derecho afectado; constituir un estado jurídico; actuar preventivamente, etc.)[472] y los requisitos básicos que consagra el debido proceso.

Ahora bien, si el proceso es una *garantía* es evidente que como herramienta constitucional o fundamental necesita estar cubierto de mínimos que afiancen o aseguren su eficacia.

Aparece así una proyección del proceso analizado en torno a su dinámica funcional. ¿Qué significa "debido"? ¿El debido proceso es un principio fundamental?

Es verdad que el adverbio "debido" no aparece en la mayoría de las cartas constitucionales americanas, hecho significativo si tenemos en cuenta la idea que surge inmediata cuando se habla del "debido proceso". El origen aceptado es la 5ª Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que establece los derechos de todo ciudadano a tener un proceso judicial; y también figura en la 14ª Enmienda, como una restricción al poder del Estado para resolver sobre el destino de los hombres sin el *debido proceso*.

---

contrario de un juez; el juez sin responsabilidad por sus errores y culpas no ofrece el mínimo de seguridad que la Constitución anuncia…".

472. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 141 y ss.

Estas dos facetas se reproducen en la explicación acerca del concepto. Es decir, se pone de relieve la importancia que tiene la actuación jurisdiccional. Son los jueces quienes deben preservar las garantías del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte.

Con la aparición de los derechos humanos, el derecho al proceso exigió que fuera *con todas las garantías*, generando una evolución notable en el concepto. De ser un proceso legal basado en reglas y principios se pasó al proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento que, sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales.

Desde esta perspectiva, el debido proceso es una garantía autónoma cuyos contenidos son principios intangibles.

> En los últimos tiempos aparece una nueva corriente que, sin alterar estas conclusiones, promueve la protección constitucional de los derechos fundamentales de naturaleza procesal.[473] No se trata de radicar toda la protección en el "debido proceso", sino en un *proceso rápido y expedito* (art. 43, Constitución Nacional Argentina); o exigiendo un *recurso sencillo y rápido*, o cualquier otro *recurso efectivo* (art. 25, Convención Americana sobre Derechos Humanos); o un *procedimiento preferente y sumario* (art. 53.2 Constitución española); entre otras expresiones de similar o idéntico sentido.[474]

473. Natarén Nandayapa, Carlos, *La tutela de los derechos fundamentales de naturaleza procesal*, UNAM, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Nº 358, 2006. Carocca Pérez, Alex, *Garantía Constitucional de la defensa procesal*, Barcelona, Bosch, 1997. Fiaren Guillén, Víctor, "El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo", en *Revista de la Administración Pública (RAP)*, N° 89, 1989, entre muchos más.

474. Hay que diferenciar las "garantías judiciales" que porta, por ejemplo, el art. 8 del Pacto de San José de Costa Rica, de la necesidad de consagrar un recurso especial para la defensa genérica de los derechos del hombre. En efecto, el art. 8 no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención. Este artículo 8 reconoce el llamado "debido proceso legal", que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial. La Corte Interamericana ha observado que la expresión "garantías judiciales", *strictu sensu*, se refiere a los medios procesales que "sirven para proteger, asegurar o hacer valer la titularidad o ejercicio de un derecho […], vale decir, los medios idóneos para que los derechos y libertades sean efectivos en toda circunstancia." No obstante, el uso de la expresión "garantías judiciales" como título del art. 8 de la Convención Americana

El objeto de la hora es resguardar la protección procesal efectiva; el derecho al amparo; el también denominado "derecho a la jurisdicción", o el más usado y conocido como derecho a la *tutela judicial efectiva* desde el cual, el debido proceso comienza a integrarse en cada etapa del procedimiento, con exigencias singulares. Por ejemplo, acceso irrestricto, asistencia legal de confianza e idónea, derecho a ser oído y a probar con libertad las afirmaciones, solidaridad y compromiso de las partes en la búsqueda de la verdad, sentencia razonada, derecho a los recursos, a la ejecución de la sentencia o prestación judicial útil y efectiva, etcétera.[475]

Este desarrollo modifica las reglas de otrora con principios de raigambre constitucional, al punto que los tribunales constitucionales europeos han multiplicado su jurisprudencia al explicar los alcan-

ha favorecido el uso de este término para referirse genéricamente a los distintos requisitos enumerados en dicho artículo.

475. Aragón Reyes, Manuel, "Relaciones Tribunal Constitucional-Tribunal Supremo", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, Porrúa, N° 8, 2007, pp. 31-39. Explica el autor que el art. 53.2 de la Constitución española acota la defensa a los derechos fundamentales vulnerados por actos de cualquiera de los poderes públicos (o de los particulares) o por normas con rango inferior a la ley. Sin embargo, la confluencia entre las jurisdicciones constitucional y ordinaria es total, teniendo, además, la jurisdicción ordinaria un ámbito material más amplio incluso que el propio Tribunal Constitucional. El recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional no es, pues, el único, sino solo el último remedio de las vulneraciones producidas respecto de los derechos fundamentales a que se refiere el art. 53.2 CE. Aquí el Tribunal Constitucional y la jurisdicción ordinaria realizan la misma función, es decir, la actividad jurisdiccional es idéntica y, por ello, cuando en una Sentencia de amparo se anula una Sentencia judicial es porque esta última no hizo, debiendo hacerlo, lo mismo que hace en su Sentencia el Tribunal Constitucional: proteger el derecho. No hay, pues, como se ha venido diciendo, dos jurisdicciones separadas, una que juzga de la "constitucionalidad" y otra de la "legalidad", sino dos jurisdicciones estrechamente relacionadas. Por lo demás, ya el propio Tribunal Constitucional, desde fecha muy temprana, lo había constatado (como no podía ser de otra manera): "La distinción entre la jurisdicción constitucional y la ordinaria no puede ser establecida, como a veces se hace, refiriendo la primera al 'plano de la constitucionalidad' y la jurisdicción ordinaria al de la 'simple legalidad', pues la unidad del ordenamiento y la supremacía de la Constitución no toleran la consideración de ambos planos como si fueran mundos distintos e incomunicables. Ni la jurisdicción ordinaria puede, al interpretar y aplicar la Ley, olvidar la existencia de la Constitución, ni puede prescindir la jurisdicción constitucional del análisis crítico de la aplicación que la jurisdicción ordinaria hace de la Ley cuando tal análisis es necesario para determinar si se ha vulnerado o no alguno de los derechos fundamentales o libertades públicas cuya salvaguardia le esté encomendada" (STC N° 50/1984, FJ3), e incluso, debe añadirse, cuando tal análisis sea necesario para determinar si se ha vulnerado cualquier otra prescripción constitucional.

ces de la protección procesal que tiene toda persona para conseguir la tutela judicial efectiva.

Este plano se ha transmitido a nuestros ordenamientos, y se integró con los enunciados de pactos y convenciones continentales que ordenaron el nuevo emplazamiento para el juicio justo y equitativo.[476]

En lo sucesivo, procuraremos demostrar el impacto de esta corriente –a la que adscribimos– en los principios procesales.

476. Natarén Nandayapa, Carlos F., "La tutela judicial de los derechos fundamentales de naturaleza procesal", Tesis doctoral dirigida por Andrés de la Oliva Santos, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2004, pp. 10-12. Explica el autor, siguiendo la línea precursora de Hans Kelsen que integró a los derechos procesales dentro del grupo de los derechos subjetivos exigibles al ser un reflejo de obligaciones jurídicas, que "... los derechos fundamentales de naturaleza procesal son derechos subjetivos públicos que se tienen frente a los órganos jurisdiccionales y que, en consecuencia, configuran un conjunto de facultades de los ciudadanos frente a los jueces y tribunales. Además, los derechos procesales tienen una clarísima dimensión objetiva, que hace de ellos unos derechos sensibles diferentes del resto de los derechos fundamentales. [...] En efecto, dado que estos derechos se configuran como facultades que tienen como sujetos pasivos a los tribunales, solo éstos pueden ser responsables de su violación; nos encontramos así con que los órganos jurisdiccionales competentes para reparar estas vulneraciones de derechos siempre revisarán actos de otros órganos jurisdiccionales, razón por la cual la protección de estos derechos se identifica con el sistema de recursos procesales –*lato sensu*– con una especial incidencia sobre los recursos extraordinarios".

Capítulo XII
La autoridad del juez en el proceso

102. Las Partidas de Alfonso el Sabio

En el siglo XIII surgen las Partidas de Alfonso el Sabio; la III, especialmente, se dedicó al Derecho Procesal. En ella se advierte el influjo del proceso romano y la recepción del *ius commune*. En los hechos era una aplicación del sistema.

Se dice que Jacobo de las Leyes fue el autor de la Partida III, hombre cercano a Alfonso X que, como le ocurría al soberano, no conseguía el aprecio de los súbditos, quienes continuaban resolviendo sus conflictos con usos y costumbres, más allá de las reglamentaciones particulares que tuvo España con el Ordenamiento de Alcalá (1348) y las Leyes de Toro (1505).

La Partida III comprende 633 disposiciones en forma de leyes; demasiado casuista, denso y farragoso, que tenía la particularidad de ser una obra de lectura (un dogma no obligatorio) que solo trascenderá en los siglos venideros, con la acumulación de una nutrida legislación que la complementó sin derogarla en momento alguno.

Ideológicamente presentaba al conflicto entre partes como una cuestión particular, controlado por un tercero imparcial que actuaba solo a instancia de los "señores del Pleyto".

A partir de ahí, explica Montero:

> El *solemnis ordo iudiciarius* respondía a la concepción de que las partes tenían que disponer con toda amplitud de los medios de ataque y de defensa que consideraran oportunos, planteando sin limitaciones el litigio que las separaba, porque se trataba de acabar para siempre con dicho litigio, de modo que la sentencia que se dictara tenía que producir los efectos de cosa juzgada material, no siendo posible otro proceso posterior. Lo anterior iba unido a la creencia de que ese proceso necesitaba un procedimiento complicado, lento y formalista y, por tanto, originador

> de un elevado coste, pues se trataba de ofrecer a las partes las mayores posibilidades para su defensa.[477]

Consagró la escritura como modelo de expresión de los actos procesales, así como para conocer y resolver sobre ellos. Couture critica objetivamente a las Partidas, comparándolas con el Fuero Real que también había preparado Alfonso X.

En tal sentido dice que

> Hoy, a tanta distancia como va corrida, con perspectiva histórica suficiente, podemos decir que el derecho de la Partida III, desde el punto de vista práctico, no supera al Fuero Real, que fue la legislación de su tiempo [...] Desde el punto de vista político, es decir, en su fondo mismo de justicia, el Derecho Procesal de las Partidas no supera aquel equilibrio maravilloso de libertad y autoridad característico del Fuero Juzgo.[478]

En este tiempo también el Derecho Canónico va a tener dos expresiones trascendentes. Clemente V dicta la *Saepe contingit* (1306) y la *Dispendiosam* (1311), destinadas a reglamentar procesos civiles y de naturaleza comercial, los que se implementaban con menores formalidades y dando al juez de la causa mayores poderes de control sobre el proceso. La serie consecutiva de actuaciones fue suprimida permitiendo un intercambio menos ritual, de manera que al estar el debate centrado en una amplia discusión se limitaron los recursos y se estrecharon los plazos procesales aplicando, para ello, el principio de concentración.

Por otro lado, significó un avance manifiesto de la oralidad por sobre la actuación escrita.

103. Los primeros ordenamientos procesales

La Revolución francesa trajo un significativo cambio en la función de los jueces; durante más de un siglo se va a discutir sobre quién será el custodio de la Norma Fundamental, partiendo de la base que no podían ser los jueces del Antiguo Régimen.

477. Montero Aroca, Juan, *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad*, Texto base de la conferencia pronunciada en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas en San José, Costa Rica, los días 18 a 20 de octubre de 2000.

478. Couture, Eduardo, "Trayectoria y destino del Derecho Procesal civil en Hispanoamérica", en *Estudios de Derecho Procesal civil,* Montevideo, La Ley Uruguay, T. I, p. 213.

Por esos tiempos hay una sociedad dividida social, económica e ideológicamente. La burguesía tiene en miras anular totalmente la aristocracia del sistema que revocó generando un debate que aún persiste, radicado en sostener que todo ataque a la Constitución es un medio que pretende subvertir el sistema político. En la idea subyace el pensamiento que los jueces habían sido parte de ese grupo al que se quiere desautorizar.

La historia la hemos señalado en otras oportunidades[479] y solo se recuerda para advertir que la diferencia entre "confiar" y "no confiar" no se puede tomar como una anécdota del destino, porque trasciende y caracteriza a la función jurisdiccional.

En efecto, la Revolución francesa persiguió la defensa de la legalidad, evitando que los magistrados ejercieran el poder de crear a través del derecho judicial (jurisprudencia) una norma distinta a la que el pueblo a través de sus representantes dictaba. El juez sólo era "la boca de la ley", en la ya clásica expresión de Montesquieu, lo que era lógico si consideraba que los jueces no tenían elección democrática y, por tanto, no contaban con el favor del pueblo (Rousseau). Conceptualmente se sostenía una protección política clara y concreta, como lo expuso la primer Constitución de Francia y fue el patrón que adoptaron algunos países americanos (Chile, Uruguay y Perú) hasta sus reformas en las décadas iniciales del siglo XX.

Entre otras proyecciones que tuvo la decisión de impedir a los jueces el poder de interpretación, estuvo el problema de la prueba, porque evidentemente la apreciación de los hechos era insoslayable de la función judicial. Aparecen así los primeros grandes estudios sobre la teoría general de la prueba, que no se llevaron a cabo por "procesalistas" sino a través de "civilistas", "historiadores del derecho", o juristas de la filosofía que dieron explicaciones puntuales al porque el poder probatorio no era una potestad de interpretación sino una lógica de la discrecionalidad judicial. En suma, un poder de los jueces, nunca de las partes (obviamente, referimos a la valoración o apreciación de la prueba).

En realidad, tras el fondo de una revolución en las ideas, era un retorno a los dogmas del sistema romano canónico que se había gestado en la Italia medieval, con la notoria influencia de la iglesia y de los escolásticos.

479. Gozaíni, Osvaldo, *La justicia constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1997. También en *Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, Ediar, T. I, V.1, 1992; *Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires, Universidad de Belgrano, 1999. Cfr. *Introducción al Derecho Procesal Constitucional*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, entre otros.

En el continente americano la cuestión era diferente desde que su historia política institucional era absolutamente nueva. Por eso el origen es reciente en términos históricos. El modelo constitucional proveniente de Estados Unidos, ha sido llamado "de la confianza en los jueces", y con la sentencia del juez Marshall en "Marbury vs. Madison" (1803) se consolida el criterio que faculta a los tribunales a declarar la invalidez de una norma.

De este modo, la *judicial review* admite que los jueces puedan revisar los actos de los demás poderes e instaura en las potestades de la jurisdicción tres funciones básicas: a) resolver los conflictos intersubjetivos; b) controlar la constitucionalidad de las leyes, y c) fiscalizar la legalidad de los actos del poder de gestión político.

Entre estos dos modelos, tradicionalmente llamados: *político* y *jurisdiccional* transitó el siglo XIX. Los ordenamientos procesales de entonces sufrieron el impacto de la discusión, el que va a perdurar hasta la era siguiente.

Con la polémica que entablaron Kelsen y Schmitt la cuestión va a cambiar.[480] Ambos presentan la necesidad de resguardar los principios

480. Kelsen sostenía que la función del Tribunal Constitucional no es una función política, sino judicial, como la de cualquier otro tribunal, aunque tiene matices que los distingue. Desde el punto de vista teórico, la diferencia entre un tribunal constitucional y uno ordinario (civil, penal o administrativo) consiste en que si bien ambos producen y aplican derecho, el segundo produce sólo actos individuales, mientras que el primero, al aplicar la Constitución a un acto de producción legislativa y al proceder a la anulación de la norma constitucional, no produce, sino que anula una norma general, realiza un acto contrario a la producción jurídica, es decir que actúa como un legislador negativo. Schmitt apoyaba su posición negativa contra los Tribunales Constitucionales aduciendo que solamente el Presidente del Reich puede ejercer la función de guardián de la Constitución, en razón de que es el único que ejerce un poder neutral, intermediario o regulador, tal como lo había propuesto Benjamin Constant con motivo de la lucha sostenida por la burguesía francesa para lograr una Constitución liberal frente al bonapartismo y a la Constitución monárquica.
Las divergencias de opinión y diferencias entre los titulares de los derechos políticos de carácter decisivo o influyente no pueden resolverse, generalmente, en forma judicial, salvo en el caso de que se trate de castigar transgresiones manifiestas de la Constitución. Dichas divergencias o bien son zanjadas por un tercero, situado por encima de los litigantes y revestido de un poder político más excelso –y entonces, ya no se trata del defensor de la Constitución, sino del soberano del Estado–; o bien son dirimidas o resueltas por un organismo que no es superior, sino coordinado, es decir, por un tercero neutral –y, entonces, nos hallamos ante un poder neutral, *un pouvoir neutre et intermédiaire*, que no se halla situado por encima, sino al mismo nivel de los restan-

superiores que declara una Norma Fundamental, pero difieren en los mecanismos necesarios para ello. Es decir, quedó planteado el debate acerca de cuáles son los mejores sistemas que aseguran la supremacía de una carta constitucional, si las instituciones políticas en la que no participan jueces sino todos los representantes de una sociedad compleja, o bien solo tribunales especiales que, a estos fines, se debían establecer.

Kelsen propuso (y logró que se llevara a cabo desde 1920) la creación de *Tribunales Constitucionales* porque consideraba que la Norma Fundamental de un Estado no era solamente una regla de procedimientos, sino un conjunto de dogmas que nutrían la esencia del Estado. Por ello, las garantías declaradas debían permitir anular todos los actos que le fueran contrarios, pero jamás autoriza a que esa acción estuviera en manos del mismo órgano que aprobaba las leyes contradictorias.

La posición contraria creía que era darle demasiados poderes a un órgano de naturaleza indefinida (porque estaría situado fuera de los tres poderes clásicos) que portaba el temor de convertirse en un legislador negativo y en un mecanismo de permanente conflicto con las competencias entre espacios de poder.

La diversidad constitucional se puede mostrar también en otras áreas del derecho. Obsérvese que en el derecho penal también se pudo asistir a esta controversia.[481] El Código Penal austriaco de 1803 en

---

tes poderes constitucionales, aunque revestido de especiales atribuciones y provisto de ciertas posibilidades de intervención–. Si lo que interesa no es un efecto accesorio ejercido por otras actividades políticas, sino, más bien, organizar una institución, una instancia especial que tenga por objeto garantizar el funcionamiento constitucional de los diversos poderes y la Constitución misma, parece oportuno, en un Estado de derecho que diferencia los poderes, no confiar la misión a uno de los poderes existentes, porque en tal caso podría tener un predominio sobre los demás y sustraerse a su vez a todo control, convirtiéndose como consecuencia en árbitro de la Constitución. Por esta causa es necesario –concluía Schmitt– estatuir un poder neutral específico junto a los demás poderes, enlazarlo y equilibrarlo con ellos mediante atribuciones especiales.

481. Los tiempos históricos se pueden fraccionar en períodos o épocas. Punto de partida es el *ius civile*, difundido en el mundo antiguo por el poderío de Roma. Luego surge el *utrumque ius* –civil y canónico– difundido desde las universidades por los juristas en Europa y en Hispanoamérica. Finalmente está la codificación y el derecho nacional codificado, cuyos focos principales son Austria en el área penal y Francia en el civil. […] Sostiene Bravo Lira que es sabido que el movimiento codificador comienza precisamente por el derecho criminal, con una lucha por desterrar el rigor de las penas y los abusos de los procedimientos. Se critica las leyes y se rechaza el arbitrio judicial, esto es, la práctica, generalizada de no aplicar las penas legales, a menudo de origen

tiempos de Francisco II (1790-1835) determinó buena partes de las instituciones italianas, las que después llegaron a Latinoamérica.

Por ejemplo, Carlos Tejedor, el codificador argentino, se basa en los códigos de Austria y de Francia, especialmente el primero; pese a que ideológicamente se coincide en las fuentes adoptadas del derecho español. Vale decir, las diferencias entre penas para delitos públicos y privados; o la forma de resolver cuando es crimen y cuando delito; o bien, el estudio de las conductas humanas, tuvieron distancias significativas según el interés principal fuera el hombre o el Estado. La prevención o la pena; la sanción dura o la ejemplaridad de las conductas, entre muchas otras, han sido fuentes de la actual discusión entre "garantistas" del proceso penal, y publicistas de "mano dura".

Con este estado de cosas, las que conviene advertir, comienza la etapa codificadora en materia procesal.

103.1 Francia

En efecto, el siglo XIX es el tiempo de la codificación. En materia procesal civil, el primero que aparece es el *Code de procédure civile* francés de 1806 (en vigencia desde el 1º de enero de 1807), de 1042 artículos que reproduce, en mucho, la Ordenanza de 1667 de Luis XIV.

Dice Cipriani que este Código:

> … establecía un proceso en el que, mientras las partes gozaban de una gran autonomía, la intervención del juez estaba reducida al mínimo; por un lado, respondía a la concepción liberal y garantista de las relaciones jurídicas, y por el otro, estaba en línea con el objeto, las finalidades y la naturaleza del proceso civil: desde el momento que tal proceso estaba subordinado a la iniciativa y al impulso de parte y tiene por objeto la tutela de los derechos de los particulares, parece obvio que también su marcha esté, en línea de principio, confiada a las partes y que el legislador se limite a disciplinar, con la ley o a través del juez, el diálogo entre las partes,

medieval y muy cruel. Pero esta lucha por un derecho más de acuerdo con los ideales de la Ilustración, se libra no solo en el campo penal ni solo en Austria y Francia. Se extiende asimismo a otras ramas del derecho, como el civil, el comercial, procesal y, en cierto modo, también al político, con las constituciones escritas que aparecen a fines del siglo XVIII. También se extiende a otros focos que surgen en Europa continental –principalmente en los Estados italianos, ibéricos y alemanes– y en América hispana, desde México hasta Brasil. Bravo Lira, Bernardo, "Bicentenario del Código Penal de Austria", en *Revista de Estudios Históricos*, N° 26, Valparaíso, 2004, p. 115 y ss.

de tal forma que se asegure que cada una, en el respeto del derecho de defensa de la otra, pueda defenderse plenamente.[482]

El sistema estaba en armonía con el Código Civil que había puesto en primera línea de atención al derecho de propiedad. El derecho subjetivo dominó buena parte del mecanismo de admisión para litigar, y en común, estos parámetros de individualismo forjaron una construcción singular que centró el interés de las partes sobre cualquier otro.

Con esta construcción también el juez era "la boca de la ley"; vale decir, el que aplicaba el derecho objetivo que las partes en conflicto habían planteado como propio, y que le daban derecho a la sentencia favorable. No obstante, contenía también facultades instructorias muy importantes, como la selección de la prueba (no la valoración, sino la producción).

El Código de procedimientos francés reconoce la influencia de la mencionada ordenanza del siglo XVII, lo que significó alterar algunas reglas habituales en la tradición de la *litis contestatio* romana.[483] Por ejemplo, se redujo sensiblemente lo que hoy llamaríamos "sustanciación", eliminando dúplicas y la continuidad de réplicas que quedaron en apenas dos actos. Se afianzó la serie consecuencial de actos, de modo que habiéndose cumplido una etapa se pasaba a la siguiente sin posibilidad de regreso; y quizás lo más trascendente haya sido el rol central que se dio a la prueba documental como medio –no exclusivo, pero sí preferente– de verificación. Sin perjuicio, claro está, que muchas cuestiones de esta naturaleza también se regulaban en el Código Civil.

De todos modos el principio de la neutralidad judicial quedó impreso como una de las garantías fundamentales de la organización; con ello se estableció que el juez no podía intervenir de manera activa en la marcha del proceso: la conducción de la instancia, la investigación

482. Cipriani, Franco, *Batallas por la justicia civil, op. cit.*, pp. 37-38.

483. "En el derecho romano, cuando las partes se presentaban ante el magistrado en el día señalado en el *vadimonium*, el demandante reclamaba el nombramiento del juez; si el demandado se oponía, concedía el juez el magistrado de viva voz, determinando los puntos litigiosos que debía examinar y sentenciar. En este momento invocaban las partes el testimonio de las personas presentes, que debían declarar ante el juez sobre las palabras pronunciadas por el magistrado, relativas a la misión de aquel: este testimonio le invocaban diciendo: *testes estote*. Y de aquí tomo el nombre de *litis contestatio* o *contestatio*, este último acto de procedimiento ante el pretor. La *litis contestatio* determinaba la misión del juez y fijaba eventualmente la salida del proceso…". Vicente y Caravantes, José de, *op. cit.*, T. I, p. 38.

de las pruebas, la iniciativa de las medidas de instrucción depende de los litigantes y solo de ellos.[484]

103.2 Italia

De su lado, Italia había recibido la influencia francesa merced a la ocupación habida en los Estados autonómicos, Principados y Ducados; pero después de la Restauración, las leyes de aquella raigambre fueron abrogadas, no obstante lo cual, continuaron proyectándose en las nuevas regulaciones.

En 1861 se proclama la unidad de Italia y en 1865 se sanciona el código que comenzó a regir el 1º de enero de 1866. Este no logró superar los inconvenientes de sus precedentes, sobre todo, las cuestiones probatorias que seguían repartidas entre el código civil y las nuevas instituciones procesales.[485]

> En la práctica fue muy resistido, quizás por el exceso de formalidades y por el establecimiento de un régimen preclusivo (tomado del código francés) que instaló en los plazos y términos un verdadero problema. La preferencia por el juicio sumario –que contenía el sistema– se tornó frecuente, al punto de casi anular el juicio formal. Pero también este mecanismo era demasiado complejo porque, si bien fue pensado para las causas más simples, con la elección del trámite por el actor, se permitió que cualquier tipo de proceso tramitara por esta vía, de manera que aquello que se diseñó para quedar resuelto en pocos actos o audiencias,

484. Couture, Eduardo y Perrot, Roger, "El principio de neutralidad del juez en los derechos francés y uruguayo", en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediar, año XIII, 1955, T. I, p. 213.

485. Piero Calamandrei afirma que "El Código de 1865 tenía, como presupuesto, una economía y una técnica muy distantes del nivel que la civilización nacional ha alcanzado en casi un siglo de evolución. El proceso civil tiene como materia suya, la vida de los negocios y debe adaptarse a su ritmo; el Código de 1865, adaptado a las posibilidades técnicas y económicas de la Italia apenas salida de la unificación, se encontró, en breve, superado por los tiempos y alejado de la realidad social de la nación que progresaba cada vez con paso más acelerado, hacia horizontes siempre vastos [...] Si se considera cuáles eran las condiciones sociales en aquella Italia de 1865 que se manifestaba a través de las mallas del viejo Código de procedimiento civil, parece sorprendente que haya podido permanecer en vigencia hasta 1940 este instrumento procesal de otro siglo, creado mucho antes de que las conquistas de la técnica del siglo nuevo y el incremento internacional de los comercios y la expansión de las colonias, hubiera transformado de un modo profundo la vida civil y económica de nuestra nación..." (*Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, pp. 84-85).

en los hechos prolongó inusitadamente el trámite, tornándolo en un "procedimiento de las sorpresas".[486]

Lodovico Mortara, la figura dominante de fines del siglo XIX en nuestra ciencia (junto a Luigi Mattirolo), pergeñó algunos cambios importantes en el régimen, los que se pusieron en práctica a partir de 1901.

Las modificaciones acentuaron el rol del juez dentro de las audiencias, a cuyo fin se procuró la oralidad y la inmediación, y dentro de ellas, la actividad conciliatoria. Sin embargo, pese al beneplácito habido por la orientación, por entonces aparecía en el firmamento de las reformas un cambio radical surgido en Austria con la Ordenanza procesal creada por Franz Klein en 1895.

103.3 Austria

Austria formaba parte del Imperio austro-húngaro, el cual no tuvo ni aceptó influencias extrañas para sus sistemas procesales (civil y penal). Las controversias privadas eran resueltas con el *Reglamento Judicial de José II* de 1871, para muchos caratulado como un auténtico "monumento del despotismo ilustrado del siglo XVII".[487]

El reglamento se basó en un sistema escrito y secreto. La demanda se presentaba ante el juez, y sólo este podía ordenar que tuviera trámite. La contestación concedía escritos de réplica y dúplica; las verificaciones quedaban subordinadas al mecanismo de la prueba legal; y estaba absolutamente prohibido alterar o modificar las pretensiones.

El poder judicial de dirección era absoluto, procesal y material. Este régimen estuvo vigente hasta la reforma impulsada por Franz Klein en 1895.

---

486. Cipriani, Franco, "Storie di processualisti e di oligarchi", en *La procedure civile nel Regno d'Italia (1866-1936)*, Milán, Giuffrè, 1991, p. 24.

487. Denti, Vittorio, *La giustizia civile*, Bolonia, Il Mulino, 1989, p. 15; Picardi, Nicola, "Codice di procedura civile", en *Digesto, Discipline privatistiche*, Sez. Civ., II, Turín, 1988, p. 457 y ss.; Tarello, Giovanni, *Storia della cultura giuridica moderna, I, Assolutismo e codificazione del diritto*, Bolonia, 1976, p. 523; Taruffo, Michele, *La giustizia civile in Italia dal'700 a oggi*, Bolonia, Il Mulino, 1980, p. 38. Las citas corresponden a Cipriani, Franco, "En el centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre autoridad y libertad)", en *Rivista di diritto processuale*, 1995, pp. 968-1004.

En los hechos fue una reacción contra el liberalismo europeo del siglo XIX. Tal como afirma Bordalí Salamanca:

> En el proceso liberal napoleónico las partes eran dueñas del proceso. Las partes controlaban los tiempos y disponían plenamente del proceso. El juez era absolutamente pasivo tanto en cuestiones procesales como materiales. Frente al juez las partes se encontraban en una situación de igualdad formal. Pues a ese laissez faire procesal intentó oponerse Klein en la Ordenanza.[488]

103.4 España

El modelo de proceso de conocimiento pleno que había pergeñado las Partidas, tiene especial repercusión en España. Es cierto que la absorción absoluta del esquema sufrió el tamiz de varias legislaciones intermedias que, sin alterar la fisonomía, fueron agregando particularidades; las que, una a una, suscitaron la necesidad de reunirlas en un solo ordenamiento.

Aparecieron así, escalonadamente, el *Ordenamiento de Díaz de Montalvo*, de 1484, el *Libro de Bulas y Pragmáticas de Ramírez*, de 1505, y la *Nueva Recopilación*, de 1567, que reprodujeron el viejo sistema formal y complejo. El agrupamiento culmina con la *Novísima Recopilación* de 1805, cuyo Libro XI tiene especial importancia por estar dedicado a los procedimientos.

Con la Constitución de 1812 comienza la renovación institucional, que no deja sin atender otras disposiciones paralelas, hasta llegar a la *Ley de Enjuiciamiento Civil* de 1855. La norma recibió la suma de numerosos precedentes legales entre los que cabe destacar a la *Ley de Enjuiciamiento sobre los negocios y causas de comercio* (1830) y el *Reglamento Provisional para la Administración de Justicia* (1835).

Todo este fárrago legislativo unido a la multitud de fueros y jurisdicciones, ocasionaron una legislación dispersa y ensimismada, con superposición de formalismos, complejidad de trámites, multiplicación de incidentes; y, cuando no, la alternativa de soluciones, que obviamente no era deseable que ocurriera.

Con esta situación se dicta la *Instrucción del Procedimiento Civil con respecto a la Real Jurisdicción ordinaria* (1853), que pese a sus esfuerzos no

488. Bordalí Salamanca, Andrés, "Los poderes del juez civil", en De la Oliva Santos, Andrés y Palomo Vélez, Diego Iván (coords.), *Proceso Civil. Hacia una nueva justicia civil*, Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2007, p. 181.

consigue instalarse al tener una fuerte oposición en el Ilustre Colegio de Abogados de Madrid.

No llegó a regir un año, el 18 de setiembre de 1854 fue derogada, y el 13 de mayo de 1855 se aprobó una Ley de Bases que rápidamente culminó en la *Ley de Enjuiciamiento Civil*.

La reglamentación pretendió "restablecer en toda su fuerza las reglas cardinales de los juicios consignadas en nuestras antiguas leyes", con lo cual, de comienzo advirtió que no habría innovaciones, sino fortalecimiento de las tradiciones del enjuiciamiento aplicando reformas en dos órdenes, uno para asegurar el desarrollo escrito en trámites concentrados (principio de economía procesal), y otro, pensando en el deber de resolver en el menor tiempo y siguiendo precedentes uniformes y constantes.

Las reformas y ajustes tuvieron en cuenta lo siguiente:

a. Evitar las demoras en los trámites y las dilaciones inútiles e innecesarias;
b. Asegurar la mayor economía procesal;
c. [...] "Que la prueba sea pública para los litigantes, que tendrán el derecho de presentar contra interrogatorios";[489]
d. Fundamentación de las sentencias;
e. Doble instancia;
f. Severidad con las nulidades en el proceso;
g. Uniformidad de la jurisprudencia.

Tengamos en cuenta el tiempo y las condiciones imperantes en Europa y América para comprender las razones por las cuales, esta ley de enjuiciamiento formalizada sobre bases tan arcaicas, llega a impactar en la legislación latinoamericana de manera tan impresionante.[490] No es época de facilidad en las comunicaciones; hay urgencia en legislar las excolonias independizadas; era mejor seguir una tradición probada que hacer un reglamento sin raíces; los abogados estaban formados en la cultura universitaria ibérica sin mayor conocimiento de otras fuentes que no fueran de su propio idioma, etcétera.

489. Vicente y Caravantes, José de, *op. cit.*, T. I, p. 97.

490. Una mirada atenta del suceso nos muestra tres líneas de inducción: en el área del proceso civil de trama *civil law*. Por un lado, el que reporta el código francés que siguen muchos países europeos (*v. gr.* Italia); el código de Klein (austriaco-alemán) con ramificaciones en Europa oriental; y el español, que es seguido por muchos países de América Latina (cfr. Taruffo, Michelle, "El proceso civil de 'civil law': Aspectos fundamentales", en *Revista Ius et praxis*, Talca, V. 12, N° 1, 2006, p. 69 y ss.).

De todos modos, la LEC de 1855 va a tener poca vida. En 1881, merced a la derogación sucedida años atrás (1868) del fuero comercial y generado la ley de unificación, se vio la necesidad de modificar, otra vez, el enjuiciamiento civil.

Sin embargo la oportunidad no fue aprovechada. Se insistió con el modelo anterior, aunque proliferaron los juicios especiales que aumentaron considerablemente las formas de los procedimientos. También se tomaron algunas –pocas– reformas que la doctrina reclamaba, agregando entonces cuestiones de publicidad en los procesos; control sobre la prueba y eficacia de la etapa recursiva.[491]

Esta ley fue el parámetro legislativo de más de un siglo, hasta que España reforma absolutamente la norma con la Ley N° 1/2000 que comienza una nueva etapa aún discutida respecto a la ideología imperante en orden a la autoridad del juez en el proceso y su incidencia respecto a los poderes y deberes de instrucción.[492]

491. La LEC de 1881 rigió con pequeños cambios y reformas hasta la Ley N° 1/2000. Constaba de 2182 artículos incluida una disposición final. "Esta enorme extensión es debida, principalmente, a tres factores. En primer término, a la prolija regulación de los diversos tipos de procesos que la ley contempla. En segundo lugar, a la inclusión dentro de ella de gran parte del derecho concursal, que en otros países es objeto de leyes específicas (por lo demás, el Derecho Concursal español aún vigente se contiene en varios cuerpos legales siendo proverbial su fragmentación y dispersión). Por último, la LEC incluye, también, dedicándole su Libro Tercero, buena parte de las normas sobre la llamada 'jurisdicción voluntaria', que otros sistemas jurídicos no recogen en sus Códigos, Leyes u Ordenanzas procesales (no se trata de una actividad jurisdiccional propiamente dicha)" (cfr. De la Oliva, Andrés y Fernández, Miguel Ángel, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Centro de Estudios Ramón Areces, T. I, 1994, pp. 269-270).

492. Exposición de Motivos: "… Esta nueva Ley de Enjuiciamiento Civil se inspira y se dirige en su totalidad al interés de los justiciables, lo que es tanto como decir al interés de todos los sujetos jurídicos y, por consiguiente, de la sociedad entera. Sin ignorar la experiencia, los puntos de vista y las propuestas de todos los profesionales protagonistas de la Justicia civil, esta Ley mira, sin embargo, ante todo y sobre todo, a quienes demandan o pueden demandar tutela jurisdiccional, en verdad efectiva, para sus derechos e intereses legítimos […].
Esta Ley de Enjuiciamiento Civil se ha elaborado rechazando, como método para el cambio, la importación e implantación inconexa de piezas aisladas, que inexorablemente conduce a la ausencia de modelo o de sistema coherente, mezclando perturbadoramente modelos opuestos o contradictorios. La Ley configura una Justicia civil nueva en la medida en que, a partir de nuestra actual realidad, dispone, no mediante palabras y preceptos aislados, sino con regulaciones plenamente articuladas y coherentes, las innovaciones y cambios sustanciales, antes aludidos, para la efectividad, con plenas garantías, de la tutela que se confía a la Jurisdicción […]

En la elaboración de una nueva Ley procesal civil y común, no cabe despreocuparse del acierto de las sentencias y resoluciones y afrontar la reforma con un rechazable reduccionismo cuantitativo y estadístico, solo preocupado de que los asuntos sean resueltos, y resueltos en el menor tiempo posible. Porque es necesaria una pronta tutela judicial en verdad efectiva y porque es posible lograrla sin merma de las garantías, esta Ley reduce drásticamente trámites y recursos, pero, como ya se ha dicho, no prescinde de cuanto es razonable prever como lógica y justificada manifestación de la contienda entre las partes y para que, a la vez, el momento procesal de dictar sentencia esté debidamente preparado [...].

Con perspectiva histórica y cultural, se ha de reconocer el incalculable valor de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 1881. Pero con esa misma perspectiva, que incluye el sentido de la realidad, ha de reconocerse, no ya el agotamiento del método de las reformas parciales para mejorar la impartición de justicia en el orden jurisdiccional civil, sino la necesidad de una Ley nueva para procurar acoger y vertebrar, con radical innovación, los planteamientos expresados en los apartados anteriores [...].

La experiencia jurídica de más de un siglo debe ser aprovechada, pero se necesita un Código procesal civil nuevo, que supere la situación originada por la prolija complejidad de la Ley antigua y sus innumerables retoques y disposiciones extravagantes. Es necesaria, sobre todo, una nueva Ley que afronte y dé respuesta a numerosos problemas de imposible o muy difícil resolución con la ley del siglo pasado. Pero, sobre todo, es necesaria una Ley de Enjuiciamiento Civil nueva, que, respetando principios, reglas y criterios de perenne valor, acogidos en las leyes procesales civiles de otros países de nuestra misma área cultural, exprese y materialice, con autenticidad, el profundo cambio de mentalidad que entraña el compromiso por la efectividad de la tutela judicial, también en órdenes jurisdiccionales distintos del civil, puesto que esta nueva Ley está llamada a ser ley procesal supletoria y común.

Las transformaciones sociales postulan y, a la vez, permiten una completa renovación procesal que desborda el contenido propio de una o varias reformas parciales. A lo largo de muchos años, la protección jurisdiccional de nuevos ámbitos jurídico-materiales ha suscitado, no siempre con plena justificación, reglas procesales especiales en las modernas leyes sustantivas. Pero la sociedad y los profesionales del Derecho reclaman un cambio y una simplificación de carácter general, que no se lleven a cabo de espaldas a la realidad, con frecuencia más compleja que antaño, sino que provean nuevos cauces para tratar adecuadamente esa complejidad. Testimonio autorizado del convencimiento acerca de la necesidad de esa renovación son los numerosos trabajos oficiales y particulares para una nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, que se han producido en las últimas décadas [...].

La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil sigue inspirándose en el principio de justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no solo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos.

De ordinario, el proceso civil responde a la iniciativa de quien considera necesaria una tutela judicial en función de sus derechos e intereses legítimos. Según el principio

103.5 Alemania

El Derecho Procesal alemán tiene raíces en el Derecho Romano –canónico en cuanto refiere a las formas– y en el sistema propio que trae el germanismo relacionado con el rol jurisdiccional.

En la Edad Media se desarrolló en la Alta Italia el proceso guiado por los estatutos de las ciudades, la legislación papal y los usos y costumbres. Por la recepción llega a Alemania en 1495 el llamado "proceso ordinario" que rigió solo subsidiariamente por la preferencia de las ordenanzas procesales territoriales; no obstante significó un ascendiente notable.

Dice Stefan Leible que: "Sus características esenciales fueron el principio de eventualidad y la vigencia de pruebas fijas".[493]

Disuelta la Federación alemana y organizada la Constitución de la Federación del Norte, las uniones alemanas se consolidan y van armonizando la idea de un Estado común.

Cada uno se dicta sus reglamentos en materia procesal: Baviera el 8 de noviembre de 1850, Prusia en 1864, Hannover en 1870, entre otros,

---

procesal citado, no se entiende razonable que al órgano jurisdiccional le incumba investigar y comprobar la veracidad de los hechos alegados como configuradores de un caso que pretendidamente requiere una respuesta de tutela conforme a Derecho. Tampoco se grava al tribunal con el deber y la responsabilidad de decidir qué tutela, de entre todas las posibles, puede ser la que corresponde al caso. Es a quien cree necesitar tutela a quien se atribuyen las cargas de pedirla, determinarla con suficiente precisión, alegar y probar los hechos y aducir los fundamentos jurídicos correspondientes a las pretensiones de aquella tutela. Justamente para afrontar esas cargas sin indefensión y con las debidas garantías, se impone a las partes, excepto en casos de singular simplicidad, estar asistidas de abogado.

Esta inspiración fundamental del proceso –excepto en los casos en que predomina un interés público que exige satisfacción– no constituye, en absoluto, un obstáculo para que, como se hace en esta Ley, el tribunal aplique el Derecho que conoce dentro de los límites marcados por la faceta jurídica de la causa de pedir. Y menos aún constituye el repetido principio ningún inconveniente para que la Ley refuerce notablemente las facultades coercitivas de los tribunales respecto del cumplimiento de sus resoluciones o para sancionar comportamientos procesales manifiestamente contrarios al logro de una tutela efectiva. Se trata, por el contrario, de disposiciones armónicas con el papel que se confía a las partes, a las que resulta exigible asumir con seriedad las cargas y responsabilidades inherentes al proceso, sin perjudicar a los demás sujetos de este y al funcionamiento de la Administración de Justicia".

493. Leible, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, Medellín, Dike - Könrad Adenauer Stiftung, 1998, p. 63.

algunos de ellos con fuerte influencia del Código francés (publicidad, oralidad, impulso de las partes, patrocinio letrado obligatorio).

> La multiplicación de códigos, normas orgánicas de tribunales y legislación complementaria en cada Estado federal alcanzó su máxima expresión a mediados del siglo XIX. Con semejante cantidad y multiplicidad de normas resultaba prioritario intentar una unificación como paso previo a la constitución de un Estado alemán. Dos proyectos tuvieron especial importancia, por su influencia, para la codificación de las normas procesales civiles: primero el *Bundesstaten-Entwurff* de 1866, y luego el *Norddeutschen Entwurff* de 1870. Ambos tuvieron en cuenta la codificación francesa: oralidad, inmediatez, publicidad y un eficiente proceso ejecutivo.[494]

Con estos precedentes nace la *Ordenanza Procesal Civil* de 1877 (Schönke lo llama el "Código Procesal Civil del Reich"),[495] que no se sanciona en soledad, sino simultáneamente con la Ordenanza Procesal Penal, la Ordenanza Concursal y las respectivas leyes de introducción. Todas cobraron vigencia a partir del 1º de octubre de 1879.

La ley procesal fue modificada varias veces. La primera en 1898 en paralelo con las modificaciones del Código Civil; luego en 1909, que se introduce el impulso de oficio en los procesos de primera instancia, aumentando notoriamente las facultades de dirección del juez. El gran cambio fue la Ley sobre procedimiento en cuestiones civiles del 13 de febrero de 1924:

> … que intentó destacar con mayor vigor en la ordenación del proceso, el interés de la comunidad frente al de los particulares, siendo el primer gran paso para un proceso civil de alcance *social*. Fortaleció las facultades del juez en cuanto a la marcha del procedimiento, estableció medidas contra el alargamiento y la dilación del mismo […], la supresión del dominio de las partes sobre los términos; la introducción del principio de concentración; la resolución según el estado de autos; la obligación de motivar la apelación; además de la creación del procedimiento conciliatorio.[496]

En 1933 el Código se rehace, esta vez con la incorporación del deber de veracidad; la concentración de actos procesales; se sustituye al

494. Pérez Ragone, Álvaro y Ortiz Pradillo, Juan Carlos, *Código Procesal Alemán [ZPO]*, Montevideo, Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2006, p. 35.

495. Schönke, Adolf, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Bosch, 1950, p. 23.

496. Ídem.

juramento de las partes como medio de prueba por el libre interrogatorio entre ellas; entre otras novedades agregadas.

Es evidente en la ZPO la influencia de Klein. Inclusive se reconoce ello en la Orden del Ministerio de Justicia del 11 de noviembre de 1935 referida a dar mayor rapidez e inmediación a los procedimientos.

Con la segunda guerra mundial se alteran y modifican los procedimientos, sin embargo, dice Schönke que

> … ha servido de modelo para el desenvolvimiento ulterior del Derecho Procesal civil, y especialmente para las reformas parciales realizadas hasta ahora, el *código procesal* austriaco de 1895. En él se plasmaron los pensamientos fundamentales de Klein antes expuestos; el éxito de esta obra legislativa ha mostrado como aquellos pensamientos son idóneos para crear un proceso civil rápido y popular. Por ello debería acometerse la reforma de conjunto del proceso civil sobre la base del austriaco.[497]

103.6 El Código italiano de 1940

El Código italiano de 1940 es producto del trabajo en comisión de Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti y Enrico Redenti, con quienes colaboró Leopoldo Conforti.[498]

El propio Calamandrei admite que

> … entre todos los caracteres del nuevo proceso, aquel sobre el cual se ha insistido más en los trabajos preparatorios y más se insiste en los primeros comentarios, es el del reforzamiento de los poderes del juez: tendencia inspiradora de toda la reforma, que, presentada por Chiovenda en su proyecto de 1919 como exigencia de orden técnico, se ha afirmado en los últimos años sobre todo como exigencia de orden político, como expresión en el proceso, del principio de autoridad que tiene puesto de honor en el ordenamiento constitucional del Estado.[499]

Probablemente, la cuestión polémica se vincula con la ascendencia que tiene el *Reglamento de Klein* en Italia, y la importancia que este asume

497. Ibídem, p. 25.

498. La comisión que precedió a la revisión definitiva del texto la compusieron: el guardasellos del Rey (Ministro de Justicia) Dino Grandi; los profesores Cogliolo, Scialoja, Tuumei, Schiaffini y Carnacini; los funcionarios de la judicatura Azzariti, Azara, Mandrioli, Lampis, Lugo y Berri; los abogados Rotigliano, Vecchini, Bagnoli y Galuppi; los cancilleres Campana y Stefani y el subsecretario de justicia Putzolu.

499. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 393.

en el código publicista creado. Era por todos sabido que el proyecto Chiovenda fue recipiendario de este ordenamiento, y a su vez, que el profesor de Roma era un ferviente devoto del guardasellos austriaco. Por ello, suele establecerse una suerte de enlace entre ambos ordenamientos teniendo presente lo que Chiovenda significó para el procesalismo italiano.

Sin embargo, también era conocida la admiración de Mussolini hacia Napoleón y, por consiguiente, su deseo de legar a la posteridad, como él, un conjunto de códigos vinculados a su nombre. Con esta lectura se puede compartir que

> … si el nuevo código procesal civil puede, con entera justicia, por lo que hace al tiempo y a la iniciativa, ser designado como mussoliniano, nada autoriza en cambio a presentarlo como fascista, ni por los adeptos ni por los enemigos de este credo o desvarío, político. Tan no es fascista el código, que podrá sin la menor dificultad seguir rigiendo en una Italia democrática y liberal, y trasplantarse o influir en países refractarios por completo al totalitarismo. Cierto que el código refuerza, en comparación con el de 1865, los poderes del juez como director del proceso, pero aparte de que a la vez los ha debilitado con respecto al Proyecto Solmi, si esa orientación bastase para etiquetar de fascista en los dominios procesales, íbamos a tener, por ejemplo, que colgarle el sanbenito nada menos que a Klein y Chiovenda, pese a que la legislación por el primero fabricada para Austria y la mayor y la mejor parte de la obra del segundo son anteriores al advenimiento del fascismo.[500] [501]

500. Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil* (Apéndice Código de Procedimientos Civil) (trad. de Niceto Alcalá Zamora y Santiago Sentís Melendo), México, Cárdenas editor, T. I, pp. 401-402.

501. Fue Calamandrei quien expuso, dando un perfil de Giuseppe Chiovenda, que, visto desde fuera, el código de 1940 tuvo una paradoja: que entre los códigos "fascistas" figuró también este nuevo código de procedimiento civil, que en realidad, si se le quería precisamente aplicar una etiqueta política, habría debido más bien ser calificado como un código de oposición (y, en efecto, entonces no faltaron los ortodoxos que, dándose cuenta de ello, se indignaron); no solo porque a la revisión técnica del proyecto fueron invitados estudiosos públicamente conocidos por ser extraños o en absoluto abiertamente hostiles al régimen, sino, sobre todo, porque la sustancia del código era una enérgica reacción contra aquel deslizamiento de la justicia hacia la jurisdicción voluntaria y hacia la ilegalidad policial y paternalista, que en los mismos años se llevaba a cabo metódicamente en Alemania, y al mismo tiempo, una consciente adhesión a aquella armónica concepción de la jurisdicción civil que Chiovenda había puesto como centro de su sistema, en el cual queda superada la vieja teoría privadística que veía en la acción una función del derecho subjetivo individual, pero es, al mismo tiempo, rechazado el extremismo de la concepción contrapuesta (que después llegó a ser

La reforma trabajó en distintos niveles de interés. No fue solamente el problema técnico el dilema a superar, sino epígonos trascendentes como evitar la actuación contraria a la buena fe; acentuar el carácter público del proceso sin perder de vista el carácter privado de la relación controvertida; la introducción de la oralidad que en realidad es un proceso sustanciado por audiencias; la puesta en práctica del principio de preclusión elástica de las deducciones, que no significó evitar la actuación del principio de eventualidad; entre otras cuestiones reglamentadas.

Pero donde mayores réplicas se encontraron fue en el poder de disposición. Allí explicó Calamandrei que

> En realidad, el nuevo código ha reducido notablemente, en el curso ulterior del proceso, el ámbito dejado al impulso de la parte, y ha aumentado igualmente el impulso oficial; pero no hasta el punto de sustituir enteramente este a aquél (véase Relación de Grande, 28). También aquí se ha debido dejar en vigor el sistema del impulso de parte, siempre que el mismo podía aparecer como una consecuencia del poder de disposición de las partes sobre la relación sustancial.[502]

Esta mención tomada como ejemplo, más otras que muestran cómo actúa el interés personal e individual (*v. gr.* conciliación, transacción, suspensión, etc.), señalan el error de confundir el publicismo con una escalada inquisitiva.

Es más, hasta incurre en una confusión terminológica pues el empleo de la expresión "inquisitorio" se presta a simulaciones no queridas, como sostener que un proceso que avanza a instancias del impulso oficial es inquisitivo como lo fue en el espíritu de la Santa Inquisición.[503]

---

ley en Alemania), que disuelve el derecho subjetivo en el interés público, y que en el proceso civil, al par que en el penal, ve solamente un instrumento de represión, no ya una garantía de libertad. (En *Revista de Derecho Procesal*, año V, 1947, 1ª parte, p. 339).

502. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 399.

503. Atinadamente dice el autor que debe hacerse una primera observación, de carácter terminológico, que concierne al empleo de la expresión "inquisitorio". Este término está tan cargado de implicancias retóricas que lo hacen confuso o –en el mejor de los casos– inútil. Las implicancias retóricas son normalmente usadas con el objetivo de dar una valoración negativa a todo aquello a lo que se refiere (evocando más o menos explícitamente el espíritu de la Santa Inquisición, en cuyos procesos el investigado no tuvo ningún poder de defensa ante un tribunal omnipotente). El término "inquisitorio" es, por tanto, confuso porque no ha existido nunca, y no existe hoy en ningún ordenamiento, un proceso civil que pueda considerarse verdaderamente inquisitorio: es decir, en el que las partes no tengan derechos o garantías y todo el

Calamandrei, explicando el sistema, decía que el sistema previsto para el impulso procesal era un intermedio entre el que tiene la parte y el que el juez estimula; porque, en definitiva, los litigantes son quienes conservan el poder de disponer de la causa, pero la dirección del proceso debe ser dejada en manos del juez.[504]

Pese al largo tiempo transcurrido desde que estas líneas se escribieran, y que el debate pareciera acabado por la perfecta alineación de las reformas procesales del mundo del *civil law* al llamado proceso "publicístico", por el cual el juez es director del proceso; una vez más se retorna a argumentos superados para encontrar en esos poderes de la jurisdicción un abuso de autoridad que pone el proceso en clara situación de autoritarismo procesal.[505]

---

proceso sea impulsado de oficio por el juez. De otra parte, no es el caso que la tradicional contraposición entre *proceso adversarial* y *proceso inquisitorio* esté privada de validez sobre el plano de la comparación entre modelos procesales. Por estas razones parece particularmente útil una operación de terapia lingüística consistente en dejar de usar el término "inquisitorio", al menos con referencia al proceso civil. Es más oportuno hablar de modelos mixtos para indicar aquellos ordenamientos procesales –que actualmente son muy numerosos– en los que se prevén extensos poderes de instrucción al juez, junto a la plena posibilidad que las partes tienen de deducir todas las pruebas admisibles y relevantes para la comprobación de los hechos. Taruffo, Michele, "Poderes probatorios de las partes y el juez en Europa", en *Ius et Praxis*, V. 12, N° 2, Talca, 2006, p. 95 y ss. Disponible en: http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122006000200005

504. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 402.

505. Dice Juan Montero Aroca: "A pesar de que se ha estimado, pues, que el *Codice* de 1940 era chiovendiano y no fascista, y que en él se asumió el pensamiento chiovendiano sobre la oralidad, ello no es cierto. El nombre del Maestro se utilizó para justificar la concepción publicista del proceso, es decir, aquello que hace que el Código tenga base ideológica fascista, y desde luego en el Código no se asumió la concepción chiovendiana de la oralidad [...] Se trata de que la base ideológica del Código, que es y no podía ser de otra manera fascista, no era la de Chiovenda, por mucho que este participara de una concepción en buena medida autoritaria y no liberal de las relaciones entre Estado e individuo. Chiovenda se había mostrado en desacuerdo con Menger, hablando de la necesidad de ser más prudente, aunque no puede desconocerse que se ha llegado a afirmar que es un precursor del fascismo. En cualquier caso no puede olvidarse, que incluso Calamandrei sostuvo, no ya en la *Relazione al Re*, de la que es autor, sino en obra científica propia y con autoría reconocida públicamente, que 'el nuevo Código habría podido, teóricamente, adoptar el sistema propio del proceso penal, consistente en introducir el absoluto imperio del impulso de oficio, desvinculando el mecanismo procesal, una vez puesto en movimiento, de cualquier otra injerencia de las partes' (*Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 212). Por este incierto camino acabará diciendo algún discípulo que el Código dio pocas facultades al juez civil..." (*La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad, op. cit.*).

No queremos decir con ello que la mayoría obtenga razón por consenso, sino que quizás, el debate esté mal planteado,[506] pues la impronta de la reforma no fue perseguir la sustitución del interés privado por el del Estado en el proceso, sino, en todo caso, observar al litigio desde la perspectiva jurisdiccional.

104. La ideología dominante en las reformas

En el inicio de este tomo se introdujo el problema ideológico que importa considerar cada uno de los principios procesales. Observamos cómo se desplaza la corriente garantista poniendo de relieve el tiempo y las circunstancias de cada reforma para emplazar al Código italiano de 1940 como un auténtico código fascista;[507] y cuáles son los

506. Picó i Junoy, Joan, "El Derecho Procesal entre el garantismo y la eficacia: un debate mal planteado", en Montero Aroca, Juan (coord.), *Proceso Civil e Ideología*, Valencia, Tirant Lo Blanch, 2006, p. 109 y ss.

507. Juan Montero Aroca transcribe una parte de la Relación de Grande para cimentar su argumentación. Allí se lee: "Si el Código de 1865 fue, por razones históricas que quizá ni siquiera fueron advertidas por sus autores, expresión de las premisas individualistas que estaban en la base del Estado liberal, el Código de 1940 quiere ser, con conocimiento decidido, expresión histórica del Estado fascista y corporativo. El fortalecimiento del principio de autoridad del Estado se proyecta y se traduce necesariamente, en el proceso, en un fortalecimiento de la autoridad del juez; fortalecimiento, con todo, que no se reduce a un simple aumento de los poderes de un órgano del Estado, ni a una ampliación de la injerencia de este en las relaciones de la vida privada y en la esfera de los derechos individuales del ciudadano, sino que es expresión de un cambio de perspectiva en la valoración de los intereses tutelados y garantizados por el derecho.
En el Estado fascista el proceso no es solamente el encuentro de la libertad del ciudadano con la autoridad del Estado, provocado por la necesidad de tutelar los intereses del primero; ni es el puro expediente formal para regular el conflicto de los intereses privados y para terminar el litigio entre sus titulares. El Estado fascista no niega los intereses privados, sino que antes al contrario reconoce la importancia de los mismos como impulsores de iniciativas privadas y por tanto los tutela; y no existe verdadera tutela de intereses que no se refleje en un fuerte sistema procesal. Pero esta tutela no es un fin en sí misma, pues no existe, en nuestro ordenamiento, interés que no sea tutelado en función de su valor social y, en definitiva, de los superiores intereses de la Nación. Por tanto en el Estado fascista el proceso no es solo lucha de intereses, sino instrumento para la composición fecunda de los mismos y, sobre todo, instrumento para asegurar, no solo un ordenado sistema de vida social, inspirado en los supremos fines del Estado, sino también para asegurar, por medio de la aplicación de las normas jurídicas que regulan la vida de la Nación, la realización en las relaciones privadas de los intereses supremos

argumentos que ofrecemos como contracara de ese pensamiento, sin negar el tiempo histórico ni privar al intérprete de otras lecturas.

De algún modo son las idas y vueltas que tiene la historia del mundo en la consideración de un mismo problema. A grandes trazos vemos que la Ordenanza de Luis XIV, es la obra procesal de quien está consagrado a la monarquía. No es tan preciso el aislamiento del juez que señala parte de la doctrina, sino todo lo contrario. De algún modo esto recién se consigue con las variaciones que introduce el Código francés en 1806.

Lo mismo está representado en la legislación prusiana del siglo XVIII, que iniciada bajo el reino de Federico el Grande, culmina con el *Corpus Juris Fridericiarum* de 1781 donde el juez tiene verdadera actuación inquisitiva (que fue el germen de la Ordenanza General para los Estados prusianos de 1793), aunque el poder jurisdiccional fue neutro porque se trató de instituir un sistema administrativo de justicia civil, en la cual la función propia del abogado fue sustituida con los oficiales judiciales que ocuparon ese lugar.[508]

Por eso el cambio trascendente comienza a partir de las codificaciones de la Revolución francesa. El siglo XIX no quería un juez activo; le acotó el marco de actividad a la aplicación de la ley. El principio dispositivo se explica desde la perspectiva del particular sin hacer mención al rol que tiene y ocupa el juez en el proceso. Como antes era fácil advertir la influencia del Estado en los intereses subyacentes en cualquier proceso, el reducto de ellos se limitó a los derechos individuales, es decir, a la "cosa entre partes".

Este modelo es el que recibe América al tiempo de su independencia y organización institucional. La curiosidad está en que la impronta para sus procedimientos lo toma mayoritariamente de la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855, pero la estructura constitucional referida a la custodia del principio de la supremacía, corresponde por adopción al diseño de Estados Unidos de América (confianza en los jueces).

Con Klein se vuelve a replantear la cuestión del interés jurídico relevante y la influencia que tiene el proceso en las actividades públicas.

---

de esta. Y, sobre todo, es instrumento para realizar la que la palabra del *Duce* ha indicado como meta de la Revolución fascista: una más alta justicia social".

508. Wyness Millar, Robert, "La reforma procesal civil en la legislación de las naciones", en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediar, 1950-I, Año VIII, p. 13.

El individualismo se pone en discusión tras afirmar que el Estado se sirve del proceso para la realización de sus fines.

Ahora bien, en el análisis no se pueden eludir las contingencias propias por las que atravesaba cada continente. La Europa del siglo XIX fue muy diferente en su estado de cosas después de la Primera Guerra Mundial.

Hasta que ello ocurre, la democracia quería consolidarse, para lo cual fue preciso dar reglas a la participación. En materia judicial el individualismo reinante en los procesos provocaba resentimiento en las bases de esa democracia, de allí que se instara al cambio en las reglas y estructuras. La insistencia con la oralidad, antes que la preferencia por una técnica, fue una cuestión de política procesal.

Así lo muestran, entre otros testimonios, el proyecto *Orlando* ("Nuevas disposiciones en torno al orden y a la forma de los juicios") que seguía las ideas de Mortara y que nunca pudo debatirse al quedar disuelto el Parlamento. El siguiente ministro de justicia fue Vittorio Scialoja, que impulsó una reforma absoluta basada totalmente en la aplicación de la oralidad en los procesos.

Fue también la oralidad el pensamiento aplicado como estrategia para resolver los conflictos asentados en las demoras judiciales; en el comportamiento de las partes en el proceso; en el control sobre las alegaciones y la producción probatoria, entre otras.

En cambio en América, una a otra, cada nación constituida se fue organizando con legislación de las colonias y propia que adoptaron, también, usos y costumbres. En materia procesal ha sido notoria la influencia de la Ley de Enjuiciamiento civil española, antes indicado. Para fines del siglo XIX muchos contaban ya con códigos adjetivos, todos ellos seguían ideas individualistas, propias de un tiempo donde la voluntad y la libertad humana eran el objeto central de las preocupaciones sociales.

Señala Couture, al respecto, que

> Toda la codificación americana parece tener como coloración característica el respeto de la autonomía de la voluntad: la parte omnipotente frente al juez atado por los intereses de los particulares [...] Puedo, sin embargo, afirmar que aquellas primitivas fórmulas tan diáfanas del siglo VII se han desnaturalizado y han perdido sentido. Comienza ahora, a través de una reelaboración, impuesta por el aumento de los juicios y su siempre creciente complejidad, el culto de las formas. Pero de unas

> formas tan especiales y tan características que, a pesar de estar alimentadas por la voluntad individual, parecería que se van devorando al individuo. Nace un nuevo ritualismo de la justicia, imperioso, dominador y dueño de los hombres y de los actos.[509]

Aquel individualismo, que caracterizó prácticamente todas las cuestiones que deben plantearse en una controversia, fue al menos alterado con el impacto de la conflagración mundial. Forman parte de una controversia quienes ostentan un derecho subjetivo, quienes aportan los hechos y plantean pretensiones. El juez no puede alterar lo pedido y menos aun incorporar hechos que no fueran dados por escrito y expresamente; la prueba es una tarea, carga del que afirma; la sentencia solo tiene utilidad para quien resulta vencedor –solamente este puede impulsar la ejecución forzosa, etc.–.

El Pacto de Versalles que instaló la sociedad de las naciones mudó los intereses de los pueblos hacia la agrupación de ellos. La mutua interacción; la cooperación, la protección colectiva antes que el resguardo singular. En fin, esta suma de valores fue cambiando los ideales. El impacto del industrialismo aumentó la fuerza para impulsar los derechos colectivos y la funcionalidad de los jueces para articular estos cambios y novedades; se regresó a la plataforma científica de Wach y Von Bülow, que tan bien lo había consagrado en la legislación Franz Von Klein.

Pero llegó la Segunda Guerra Mundial, y el planteo ideológico que estaba sembrado entre Kelsen (presenta la defensa de sus ideas en 1928 con el libro *La garantía jurisdiccional de la Constitución*) y Schmitt (ideólogo del nazismo, que replica en 1931 con su obra *El custodio de la Constitución*), que había conseguido decisiones trascendentes como la creación de Tribunales Constitucionales en Checoslovaquia y Austria, queda obstruido y difuso. Recién después de 1948 recobrará interés y, esencialmente, la toma de decisiones en otros países.[510]

509. Couture, Eduardo, *Trayectoria y destino del Derecho Procesal civil en Hispanoamérica*, *op. cit.*, T. I, p. 215.

510. Cfr. Ferrer Mac Gregor, Eduardo, *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamérica*, Fundap, Querétaro, 2002. Este es una segunda etapa de los Tribunales Constitucionales. Este período se inicia con la reinstalación de la Corte Constitucional de Austria en 1945 (que había sido desplazada por un Tribunal federal en la Constitución de 1934, tras el golpe de Estado de 1933). En los años siguientes se dio la expansión en Europa occidental al crearse los tribunales constitucionales de Italia (1948), el Consejo

En plena beligerancia, Italia resuelve ordenar su sistema procesal civil (en 1937 el fascismo presenta la Relación del proyecto preliminar del ministro Solmi); también entre 1935 y 1939 existe una abundante doctrina alemana que quiere expresar en un código las bases del ideario nacionalsocialista;[511] lo mismo sucede en Polonia (1932, abolido con la ocupación alemana en 1933); o en Suecia y Portugal.

El común denominador es la "oralidad" y las reglas de la producción probatoria. En este esquema es preciso un juez que dirija y controle el debate, a cuyo fin se toma el modelo que había implementado en Austria Franz Klein, característica que Cappelletti ha llamado como "tendencia evolutiva de todos los ordenamientos procesales modernos".[512] [513]

Constitucional francés (1948), el Tribunal Constitucional de Turquía (1961, refundado en 1982), y el Tribunal de Yugoslavia (1963, 1974).

511. Couture, Eduardo, *Trayectoria y destino del Derecho Procesal civil en Hispanoamérica*, *op. cit.*, T. I, p. 231.

512. Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, Ejea, 1972, p. 119.

513. Cipriani, Franco, "En el centenario del Reglamento de Klein", *op. cit.*, pp. 968-1004. Es cierto que esta evolución la discuten varios "revisionistas", como Cipriani, que sostiene: "En cuanto, igualmente, a la concepción publicística del proceso civil, es ya, probablemente, el tiempo de decir que los estudiosos ajenos al pensamiento de Klein no pueden ser considerados como seguidores de una ya superada concepción privatista o, peor aún, individualista de la justicia civil. Tales ideas podrían tenerse en los tiempos de los fueros personales y hereditarios, pero, desde que la jurisdicción devino, con el Estado moderno, una prerrogativa exclusiva e inalienable del Estado, nadie ha tenido jamás una concepción privatista del proceso civil y todos han coincidido en advertir que el Estado siempre se ha preocupado de la administración de la justicia y quiere que los procesos se desarrollen en la mejor y más racional de las formas. Luego, es un mero artilugio dialéctico, sino propiamente una *boutade*, considerar a los Pescatore, Pisanelli y los Mattirolo (por no hablar de los Mortara y del primer Chiovenda) como personas que no se daban cuenta de la importancia que tiene el proceso para el Estado o como estudiosos que han escrito sus libros para demostrar que el Estado debe desinteresarse del proceso civil. Más bien es todo lo contrario, pues parece cierto que aquellos estudiosos eran legalitarios y tenían una concepción garantista del proceso civil, una concepción que los llevaba, por un lado, a combatir por la independencia del juez frente al Ejecutivo (problema que debía hacer sonreír a Klein...) y, por el otro, a no fiarse más de lo necesario en el juez, con el convencimiento que los jueces son 'hombres como los demás' y que, ampliando los poderes directivos discrecionales del juez, se deja a las partes a merced del juez, de sus errores y de sus eventuales abusos: no en vano Luigi Mattirolo enseñaba que el proceso 'representa la necesidad de sustituir la *licencia* y el *arbitrio* de las partes y del juez por el *sistema de la legalidad*'. Hay que agregar que nunca nadie ha pensado, ni piensa, que las partes deban dirigir el proceso, tanto es así que, con nuestro viejo código, la dirección correspondía al juez y no ciertamente

Fue una decisión arriesgada por la transformación absoluta del sistema; pero, a su vez, tenía el apoyo de la doctrina y pocas resistencias al cambio. Quizás, el arrebato más fuerte fuera el proyecto Solmi, y por tanto su debacle y la búsqueda de un consenso y prestigio asegurado. Es tiempo del fascismo, sí, por qué negarlo, pero ¿cuánto de fascista tiene el código?

> Si queremos precisar el sentido que tiene apoyar a la "autoridad del juez en el proceso" como un principio, es necesario adoptar una posición clara y concreta que se puede simplificar en dos cuestiones optativas, o: a) se prefiere que el proceso sea una cuestión estricta de las partes, donde tanto la introducción de la instancia, el desarrollo de la misma, el aporte de los hechos, la verificación o confirmación de lo alegado y afirmado, y la carga probatoria queden solamente como una cuestión entre particulares, esperando que la actividad realizada persuada o convenza al juez sobre las razones y el derecho a una sentencia favorable; o b) admitimos que el juez tiene la dirección formal del proceso, lo que significa otorgarle el poder de decidir el modo, el impulso y la selección de los medios que las partes hayan propuesto para demostrar a verdad de sus dichos.

En nuestra opinión, la finalidad del proceso civil no se puede tomar desde una confrontación entre "intereses individuales" y "necesidades del Estado". Si este se valiese del proceso judicial para la obtención de sus fines, mudaría el espíritu romano de la justicia, conceptuada idealmente a través de los siglos como la esperanza y confianza del hombre en las respuestas judiciales. Si, en cambio, fuese el hombre el conductor del litigio, el individualismo que también supone egoísmo, gozaría de tutela y preeminencia desplazando toda finalidad social.

Esta aparente antítesis entre sistemas distintos tiene, no obstante, una armonía implícita en los poderes que ostenta la jurisdicción, y aquellos que tienen las partes en su lucha por el derecho. Poderes, en el sentido de posibilidades del juez para llevar a buen puerto su magisterio. También, interpretados como facultades de control hacia las partes y hacia el Estado (sea mediante los correctivos de conducta, sea

---

a las partes. Pero, parece evidente que, una cosa es dar al juez los poderes estrictamente necesarios, y no por ello poco vastos, para dirigir el proceso y otra muy distinta es establecer que el juez pueda hacer todo aquello que considere oportuno o, peor aún, que en el proceso civil no se pueda mover un dedo sin el permiso del juez".

por las posibilidades concretas de declarar la inconstitucionalidad de las leyes o la ilegitimidad de una resolución administrativa).

En el justiciable, hablamos de poderes para consagrar la trascendencia del principio dispositivo, es decir, en confiarle a su exclusiva decisión tanto el estímulo de la función jurisdiccional, la afirmación auténtica de los antecedentes de hecho, como la aportación de los materiales de prueba sobre los cuales, en definitiva, ha de recaer la sentencia.[514]

Ambas situaciones determinan una decisión política a conformar. Así, bien puede implicar el principio la formulación de un hecho que se quiere obtener en base a la colaboración; bien puede también ser nada más que una expresión de deseos.

La igualdad procesal debe estar en la base del sistema, esto es, en la acción y en la contradicción, para que desde allí el proceso se sustancie en situaciones de equidistancia, sin ventajas o privilegios indebidos. No se trata solamente de esbozar un conjunto ético de principios y políticas deseables, sino de observar el fenómeno del desarrollo a través de un proceso justo que asegure el debido proceso constitucional.

Es indudable que los poderes sopesan y equilibran sus posibilidades con los deberes y cargas que impone el litigio. Tanto el juez como las partes reciben del ordenamiento esas pautas de peso y contrapeso para obtener la igualdad sin preferencias. Por ello, el problema del equilibrio procesal, tanto del juez frente al Estado, como de las partes frente al juez, no se logra invistiendo a unos de mayores facultades que a otros, sino a través de la moderación y la prudencia propia en toda situación balanceada.

De otro modo, nuestro problema ya no sería el avance del Estado sobre los otros poderes de gobierno, o del juez sobre las potestades de las partes, para centrarlo sino, en la encrucijada que genera el magistrado dentro del esquema trazado. Es decir, todo redunda en una cuestión de equilibrio indispensable.

Decía Wyness Millar que

> El acrecentamiento de las facultades del juez, en cuanto a la dirección del proceso, es un hecho visible de la reforma en el Continente. Bajo los viejos sistemas continentales los principios como aquel que permite a

514. Morello, Augusto; Sosa, Gualberto L. y Berizonce, Roberto, *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación, op. cit.*, T. I, p. 570.

> las partes el adherirse o no a un estado determinado de la causa, el utilizar o no cualquier material útil para la decisión, el proseguir o dilatar el progreso de la acción, hacer de la corte un instrumento pasivo que aguarda lo que se deposite ante ella, transformándola en una "máquina de juicios" [expresión de Sperl] prevalecieron rigurosamente, a diferencia de lo ocurrido en nuestro sistema. Los nuevos procedimientos sin descartar totalmente estos principios se han alejado de ellos en muchos aspectos y han conferido a los tribunales un mayor ámbito de autoridad, de ningún modo dependiente de la iniciativa de las partes. No solamente este incremento del poder se relaciona con la dirección del proceso, sino también concierne a la adecuada búsqueda de la verdad.[515]

Entonces, si el primer paso está en reconocer cuáles son los roles del juez y de las partes, prontamente se advierte que en la historia del debate hay una coincidencia: el control de los presupuestos procesales, que fue una innovación sobre el modelo individualista, *le corresponde al juez*.

Esto no se discute, pese a los actuales contrafrentes que tiene la admisión del principio de moralidad (la buena fe en el proceso) como veremos en su lugar.

El segundo momento es la variación del aporte de los hechos sobre el que se desprenden contradicciones cuando se interpreta que la iniciativa probatoria del juez afecta el principio dispositivo. Este es el punto máximo de conflicto.

En este aspecto, las afirmaciones que hacen las partes no pueden estar amparadas por la persecución de ficciones que escondan la verdad. Hay una obligación de decir la verdad en el proceso pese a las dificultades técnicas y teóricas que para ello pueden hallarse. Con este objetivo, la disponibilidad de las pruebas agudiza la pertenencia de ellas.

Según Cappelletti:

> La abolición, aun total, del poder monopolístico de las partes respecto de las pruebas, es un aspecto de la sustracción del poder de dirección formal del proceso. Este ya no es cosa de partes, como era típicamente el lento proceso común y el proceso liberal del siglo XIX. Les queda a las partes (normalmente) privadas, el poder exclusivo de elegir entre pedir o no la tutela jurisdiccional de un derecho suyo, les queda a ellas el poder exclusivo de determinar los límites esenciales de la acción –límites subjetivos (*personae*), objetivos (*petitum*), causales (*causa petendi*)– y por consiguiente

515. Wyness Millar, *La reforma procesal civil en la legislación de las naciones*, *op. cit.*, pp. 23-24.

> los límites esenciales de la decisión y del fallo. El juez no puede ni obrar de oficio, ni sobrepasar aquellos límites queridos y determinados por las partes privadas [...] Pero sobre este núcleo, dejado a la exclusiva disposición del sujeto (normalmente) privado, se construye una "cáscara", una envoltura –un proceder– que está en cambio sustraído a aquella potencia de disposición; una vez instaurado un proceso civil, el modo, ritmo, el impulso del proceso mismo son separados de la disponibilidad, inmediata o mediata de las partes, y por consiguiente, también de las maniobras dilatorias retardatarias de alguna de las partes, y regulados en cambio por la ley misma con normas absolutas, bien –y más a menudo– por el juez con poderes discrecionales, en el ejercicio de los cuáles él podrá y deberá tener en cuenta las concretas exigencias del caso, en un espíritu no de vejación, sino de activa colaboración de las partes.[516]

Este sería el justo medio de las potestades, la dirección formal del proceso en manos del juez; los márgenes de la alegación y excepciones, radicados en las partes, y la prueba en el marco de una solidaridad o colaboración de todos para lograr la verdad. No se tratará, entonces, de confrontar quién tiene más poderes, o si alguien pierde facultades, u otro obtiene ventajas, porque, en definitiva, el verdadero equilibrio estará en el papel que el juez ocupe en el proceso, más que en los principios que enuncie el ordenamiento.

516. Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas...*, *op. cit.*, p. 127.

Capítulo XIII
La garantía del debido proceso

105. Introducción

El proceso, en sí mismo, es una garantía, una suerte de reaseguro que tienen las personas contra la ilegalidad o la actuación contraria a derecho. Es anterior al conflicto y, por eso, es una garantía abstracta.

Llevado a la práctica, se convierte en un derecho concreto: el proceso tiene que cumplimentar principios y reglas, e implícitamente, asegurar un mínimo de coberturas que custodien el derecho de defensa en juicio, el desarrollo regular del trámite y el derecho a una sentencia motivada y razonable.

En la Constitución Nacional no se encuentra la voz *debido proceso*, a la que recurre la jurisprudencia continuamente; por lo general, se entiende que se relaciona con el derecho de defensa, y particularmente, de la defensa penal; pero, a través de la interpretación judicial, se ha desarrollado en fragmentos muy puntuales como el derecho a ser oído, al juez natural, a la igualdad, a la presunción de inocencia y otras que, reunidas, constituyen el *debido proceso constitucional*.

En pocas líneas diríamos que la Norma Fundamental argentina, hasta su reforma en el año 1994, consideró al debido proceso como una garantía formal relacionada con el modo de extractar un procedimiento, aun cuando al mismo tiempo, reconoció un aspecto sustancial, declarado como principio de razonabilidad.[517]

Después de ese año, hay dos fuertes influencias. Una *directa*, que proviene del artículo 43 que declara el derecho de toda persona a un proceso rápido y expedito para la defensa de sus derechos constitucionales alterados o amenazados; y otra, *indirecta* –por vía de principio, aunque directa al corresponder a la incorporación al derecho interno de normas y jurisprudencia de carácter transnacional– que

517. Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso, op. cit.*, 2004.

llega de los reglamentos establecidos en los pactos, tratados y convenciones sobre Derechos Humanos.

En conjunto, dieron al debido proceso un contenido más amplio; se despojó de la garantía formal para volcar en exigencias concretas de realización bajo pena de nulidad (*v. gr.* condenar sin haber oído al imputado) o inconstitucionalidad (*v. gr.* desarrollo amplificado de la doctrina de la arbitrariedad).

Además, estas garantías no quedan a merced del interés que las partes denuncien, porque el cumplimiento depende del juez o el tribunal. Son ellos quienes deben preservar las garantías del proceso, y aplicar el principio de razonabilidad en cada una de las decisiones que adopte.[518]

106. Aspectos no procesales, sino constitucionales, del debido proceso

Como garantía constitucional originaria, el debido proceso tuvo la idea de limitar el abuso del poder. En principio, consagrando el deber de motivar las sentencias que antes eran expresiones sin fundamento escrito. Después, con la exigencia de razonar, se aligeró el principio *dura lex sed lex*, que facultaba a los jueces a dar como único apoyo la aplicación de la ley. Finalmente, para evitar la hegemonía absurda de las leyes injustas, se dio al proceso un acumulado de principios internos con la intención de que fueran las partes en conflicto quienes defendieran el interés individual, evitando la aplicación mecánica de preceptos que no tuvieran suficiente discusión.

De este modo, los códigos procesales de la época limitaron absolutamente el rol del juez en el proceso, elevando por encima de todos los demás principios al dispositivo, según el cual el proceso es cosa de partes. Caracterizó a este modelo la individualidad del interés en el desarrollo y solución del conflicto. Eran los litigantes quienes se com-

518. Hay varios ejemplos que muestran la aplicación práctica del principio. Uno de ellos podría ser el caso del art. 319 del Código Procesal que faculta al juez a fijar la clase de juicio en resolución que es irrecurrible. Si resuelve que el trámite sea sumarísimo, los desvíos incurridos (*v. gr.* deducción de reconvención; decisión de las excepciones defensas como de previo y especial pronunciamiento; ampliación de plazos y términos; alegatos; etc.) son responsabilidad del Tribunal y no de las partes que, por acción u omisión, podrían actuar de ese modo intencionadamente para alterar una regla procesal.

prometían a respetar las consignas del procedimiento que, para ser debido, debía estar emplazado entre partes, en igualdad de condiciones y trato, reconociendo en el juez el equilibrio de la balanza en esa lucha entre fuerzas opuestas.

Nuestro modelo instrumental fue tomado con estas especialidades, y en consecuencia, fue común definir que: *El debido proceso legal se sostiene en los principios de bilateralidad y contradicción; ejercicio efectivo del derecho de defensa y garantías suficientes para la independencia e imparcialidad del juez que interviene en el conflicto.*[519]

La evolución llegó después de la Segunda Guerra Mundial, especialmente, con la Declaración Universal de Derechos Humanos, cuyo artículo 8: *Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución o por la ley* fue el pilar desde el que se podía reclamar el cumplimiento de las garantías puntuales de las demás disposiciones, como:

a. La igualdad.
b. El derecho a la vida, la seguridad y, especialmente, la libertad.
c. La eliminación de la tortura, y las penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes.
d. Evitar la detención arbitraria y la pena de destierro.
e. El derecho a la intimidad.
f. El derecho a circular libremente y a elegir su residencia.
g. El derecho a la nacionalidad.
h. Otros.

Asimismo, el proceso penal encontró con el artículo 11[520] un cuadro ampliado de lo que hasta entonces era apreciado como derecho de defensa en juicio; más allá de que iguales disposiciones estaban presentes en algunos códigos penales como el de Austria y España.

519. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, p. 24.

520. Art. 11: 1. *Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa*. 2. *Nadie será condenado por actos u omisiones que en el momento de cometerse no fueron delictivos según el derecho nacional o internacional. Tampoco se impondrá pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito.*

De este modo, la garantía formal se convirtió en una exigencia constitucional ampliada en sus contenidos. No bastaba la cobertura de la defensa sino que ella fuera idónea. Por ejemplo, la condena basada en la confesión tomada bajo apremios ilegales fue nula e inconstitucional por lesionar los derechos de la persona.

Fue así que los derechos humanos trajeron una sustancial reforma y el debido proceso pasó a ser aquél donde se cumpliera con el derecho a tener jueces, a ser oído, y a tener un proceso con todas las garantías.

De ser un proceso legal (centrado en la defensa técnica) se pasó a estimar un proceso constitucional, con el agregado de principios y presupuestos que conciliaban en el argumento de que sin garantías procesales efectivas y certeras, no había posibilidad alguna para desarrollar los derechos fundamentales.

A partir de esta concepción, el proceso como herramienta al servicio de los derechos sustanciales pierde consistencia: no se le asigna un fin por sí mismo, sino para realizar el derecho que viene a consolidar.[521]

521. En suma, la constitucionalización del proceso supone crear condiciones para entender lo que "es debido". No se trata, ahora, de un mensaje preventivo dirigido al Estado; ni de asegurar los mínimos exigibles en el derecho de defensa; hay una construcción específica que comienza desde la entrada al proceso y continúa a través de toda la instancia culminando con el derecho a una sentencia suficientemente motivada, que pueda ser ejecutada y cumplida como los jueces han ordenado. No obstante, puede haber al mismo tiempo, otra lectura para el mismo acontecimiento fundamental.
El debido proceso constitucional se puede observar desde la plataforma de los más necesitados, obligando a sustanciar un sistema tuitivo, de carácter proteccionista, donde se puede referenciar la miseria humana, las ofensas en la dignidad, las carencias manifiestas de pobres y abandonados, la situación de los niños o las mujeres vejadas, los marginados sociales, los perseguidos, los ancianos, etc.
En este aspecto, el debido proceso se vislumbra como la necesidad de restaurar los derechos perdidos, donde no se pueden aplicar conceptos del procesalismo formal, porque la necesidad de reparación es más importante que el formalismo. Sería ni más ni menos que el derecho a tener un proceso sin resignaciones ni egoísmos adjetivos.
En resumen, la gran alteración que sufre el concepto repetido del debido proceso se relaciona con el tiempo cuando se expresa. Mientras la tradición ideológica lo muestra como un concepto abstracto que persigue la perfección de los procedimientos evitando la arbitrariedad o la sin razón; el ideal moderno lo emplaza con una dinámica que diluye la fijación de contenidos. Tiene, en consecuencia, un carácter o una condición progresiva, donde lo trascendente es destacar su rol como única garantía fundamental para la protección de los derechos humanos (Cfr. Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso, op. cit.*, p. 27).

107. El debido proceso constitucional

En orden al significado que tiene, dentro de las *garantías*, *principios* y *reglas* del proceso, al referir al debido proceso, conviene aclarar que hay dos cuestiones centrales. Por un lado, existe el *debido proceso constitucional*, que está instalado como una garantía anterior al conflicto, y que asegura el derecho a ser oído, por un juez independiente e imparcial, en el menor tiempo posible, ofreciendo un proceso con todas las demás garantías del procedimiento. Por otro, surge el *debido proceso formal*, el cual atiende el desarrollo interno y las coberturas mínimas inalienables que deben aparecer suficientemente cumplidas en el trámite; por ejemplo, la igualdad entre las partes, la bilateralidad permanente, el derecho a la contradicción, a ofrecer y producir prueba, etcétera.

El primer orden establecido, se vincula con los principios constitucionales donde asienta la jurisdicción y el proceso, pero puede sufrir diferencias según el sistema donde se aplique.

En efecto, el debido proceso constitucional no quiere decir que sea distinto en un sistema o en otro. Tampoco se trata de confrontar la eficacia entre el *civil law* y el *common law*, ni entre los beneficios que reportan o no los Tribunales Constitucionales; el problema aparece en las funciones del juez dentro del proceso.

Con ello queremos decir que, en nuestra opinión la incompatibilidad está en que el modelo europeo comienza como una proyección de la desconfianza en los jueces, y por eso, las exigencias primeras se destinaron a poner frenos a los arrebatos e intemperancias del Poder Judicial. Las prevenciones fueron especialmente aplicadas al proceso penal, y en consecuencia, el debido proceso fue antes que un principio, una regla que limitaba la función jurisdiccional (*nadie puede ser condenado sin ser oído*, evitaba los juicios sumarios; *juez independiente e imparcial*, concretó el aislamiento de la administración y el Parlamento con quienes debían aplicar la ley, entre otras manifestaciones).

La evolución se constata con el llamado "derecho a la jurisdicción" que se consagra en la *tutela judicial efectiva*, desde el cual, el debido proceso comienza a integrarse en cada etapa del procedimiento, con exigencias autónomas. Por ejemplo, acceso irrestricto, asistencia legal de confianza e idónea, derecho a ser oído y a probar con libertad las afirmaciones, solidaridad y compromiso de las partes en la búsqueda de la

verdad, sentencia razonada, derecho a los recursos, a la ejecución de la sentencia o prestación judicial útil y efectiva, etcétera.

Este desarrollo modificó las reglas de otrora con principios de raigambre constitucional, al punto que los Tribunales Constitucionales europeos han multiplicado su jurisprudencia al explicar los alcances del debido proceso constitucional como representante del derecho que tiene toda persona a la tutela judicial efectiva. Es más, desde la jurisdicción constitucional se han indicado reglas procesales que por ser incumplidas nulificaron el proceso, provocando así cierta tensión entre las jerarquías de los tribunales ordinarios y el constitucional.

Este plano se ha transmitido a nuestros ordenamientos, y se integró con los enunciados de pactos y convenciones continentales que ordenaron el nuevo emplazamiento para el juicio justo y equitativo.

108. El debido proceso formal

Rigiendo el trámite ordenado y preciso de cualquier procedimiento aparece el debido proceso formal. En esta dimensión el objeto es lograr que las reglas previstas sean aplicadas. La eventual flexibilidad del presupuesto permite cumplirlo como una suerte de orientación, o directamente como un deber.

En uno u otro caso, es importante evitar que los principios actúen como accesorios o consignas supletorias, en la medida que se propicia darles operatividad cual garantía inmediata y no como un revalúo del derecho de defensa en juicio.

De este formato se deriva que los nuevos principios se orquestan con autonomía y fundamentos propios sin necesidad de acotar ni amoldarse a la realidad donde se han de insertar. Actúa así como un valor implícito en las fórmulas, que por su propia calidad imponen una toma de posición.

El orden formal impuesto como garantía no significa elevar a este plano las solemnidades del proceso judicial, sino corresponder con los mínimos asegurables, el derecho de toda persona a que en el trámite judicial se le respeten todas las garantías.

Ahora bien, esta exigencia también obtiene una mirada alternativa. Se puede considerar que las garantías procesales son anteriores al conflicto y que, por ello, constatada su omisión, permite exigencias

inmediatas; o se analiza en el contexto donde sucede, de manera que solo se puede reparar *ex post facto*.

Por ejemplo, el derecho a tener un recurso sencillo y eficaz que aparece en las convenciones internacionales produce que, ante la inexistencia en el derecho interno, se produzca una transgresión por el Estado Parte. Y al mismo tiempo, si la omisión se advierte en el curso de una actuación judicial, ello permite denunciarlo como una violación a los derechos humanos requiriendo que se provea lo necesario para remediarla.

109. El debido proceso fundamental (transnacional)

El actual emplazamiento del debido proceso supera holgadamente el modelo del proceso penal, y su adaptación a las distintas legislaciones depende del valor jerárquico que se otorga a los pactos y convenciones en el sistema constitucional.

Cualquiera sea el enunciado desde el que se analice el problema, lo cierto es que el debido proceso tiene condiciones y principios. Las primeras dependen del procedimiento donde se aplicarán; las segundas, constituyen el esquema base de los nuevos principios de debido proceso.

Hay contenidos modernos, otros que se recrean, y algunos más que nacen desde las propias situaciones o de la coyuntura donde se aplica.

El artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos tiene dos incisos que dividen claramente las garantías judiciales aplicables a todo tipo de procesos (primer inciso) y las que corresponden solamente al proceso penal (inciso segundo).

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 a 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 un 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 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 dentro del plazo establecido por la ley; 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;
f. Derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
g. 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.

Este conjunto no está aislado del bloque de normas que componen el cuadro armónico de principios sobre el debido proceso. Desde la Declaración Americana, hasta las sentencias contenciosas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, así como los informes y recomendaciones de la Comisión, existe un plexo articulado de contenidos que constituyen el perfil moderno del debido proceso.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (art. XVIII).

La Declaración Universal de Derechos Humanos, por su parte, contiene varias disposiciones. Entre ellas se dice que: ... toda persona tiene derecho a un recurso efectivo (art. 8); que nadie podrá ser arbi-

trariamente detenido, preso ni desterrado (art. 9); que toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal (art. 10); a que se lo presuma inocente mientras no se prueba su culpabilidad (art. 11).

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado en nuestro país por la Ley N° 23313 establece que el país se compromete a garantizar a toda persona, cuyos derechos o libertades reconocidos por el Pacto se hubieran violado, un recurso efectivo que podrá presentar ante las autoridad competente en condiciones tales que no se pueda frustrar el derecho que se protege (art. 2. apartado 3, incisos a, b y c). El artículo 9 tutela los derechos a la libertad y a la seguridad personales, procurando evitar las detenciones arbitrarias o el juicio ilegal.

El artículo 14 focaliza especialmente el punto que consideramos en el acápite, diciendo:

1. Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública; excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.
2. Toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley.
3. Durante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá, en plena igualdad, las siguientes garantías mínimas:
    a. A ser informada sin demora, en un idioma que comprenda y en forma detallada, de la naturaleza y causas de la acusación formulada contra ella.

b. A disponer del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa y a comunicarse con un defensor de su elección.
c. A ser juzgada sin dilaciones indebidas.
d. A hallarse presente en el proceso y a defenderse personalmente o ser asistida por un defensor de su elección; a ser informada, si no tuviera defensor, del derecho que le asiste a tenerlo y, siempre que el interés de la justicia lo exija, a que se le nombre defensor de oficio, gratuitamente, si careciere de medios suficientes para pagarlo.
e. A interrogar o hacer interrogatorios de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que éstos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.
f. A ser asistida gratuitamente por un intérprete, si no comprende o no habla el idioma empleado en el tribunal.
g. A no ser obligada a declarar contra sí misma ni a confesarse culpable.

4. En el procedimiento aplicable a los menores de edad a efectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular su readaptación social.
5. Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley.
6. Cuando una sentencia condenatoria firme haya sido ulteriormente revocada, o el condenado haya sido indultado por haberse producido o descubierto un hecho plenamente probatorio de la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia deberá ser indemnizada, conforme a la ley, a menos que se demuestre que le es imputable en todo o en parte el no haberse revelado oportunamente el hecho desconocido.
7. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un delito por el cual haya sido condenado o absuelto por una sentencia firme de acuerdo con la ley y el procedimiento penal de cada país.

El resumen enumera en los contenidos del debido proceso varias puntualizaciones en las que anida el deber jurisdiccional de preservar la eficaz prestación del servicio de justicia.

Capítulo XIV
La independencia judicial

110. Introducción

La independencia como garantía tiene dos facetas. Una le corresponde a la *organización política e institucional* del Estado, que no trata de una cuestión esencial para este capítulo; la otra se refiere a la *autonomía orgánica*, es decir, a la libertad que tienen los jueces para actuar en la protección de los derechos y resolver los casos que se someten a su consideración.

El primer aspecto es producto del constitucionalismo liberal que incorporó a la independencia judicial como uno de sus grandes principios, pero tomándolo en su aspecto objetivo; vale decir, como independencia "externa" de la institución, ajena y libre de toda influencia y jerarquía que la subordine.

No se refirió en esta etapa a la posición del juez en su dimensión individual,[522] sino al rol funcional de ellos dentro de un esquema institucional.

Claro está que la independencia política no es un tema procesal en sentido adjetivo, pero se puede vincular al Derecho Procesal constitucional como un principio estable del debido proceso.

Con esta perspectiva, la autonomía para obrar piensa en una suerte de aislamiento que debe tener el juez para resolver ajeno a presiones

522. González Granda, *Piedad, Independencia del Juez y control de su actividad*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, p. 18. Por eso, afirma el autor: "Como principio político, ha sido fundamentalmente estudiado a partir de sus antecedentes históricos, si bien se ha señalado a menudo que se ha abusado de su aspecto político y de su tratamiento teórico, tratándose como se trata de un principio que es en la práctica donde tiene que manifestar su virtualidad. En definitiva, desde este punto de vista, la independencia de la justicia es uno de los muchos postulados antimonárquicos de la época del establecimiento del Estado burgués de Derecho [...]. La historia de la independencia de la justicia empieza a formularse, en efecto, como una reserva a los jueces y tribunales de la función de juzgar, y la pretensión de Montesquieu al formular el esquema de la división de poderes va manifiestamente en este sentido"

o ascendientes; como para evitar que ellas sucedan (causales de excusación y recusación); o para ejercer el cargo que ostenta (intangibilidad de la remuneración y estabilidad en el cargo).

En suma, se trata de garantizar la idoneidad del juez de la causa, con lo cual se promete una actividad justa, igualitaria y equitativa.

Sin embargo, cada característica da una impronta a la actividad jurisdiccional; de este modo el juez neutral puede ser una persona indiferente y apartada de todo interés que no sea resolver el conflicto aplicando la ley, tal como quería el modelo europeo del siglo XVIII; la idoneidad se puede consagrar en ilustración manifiesta y versación acreditada, que aun presente, no asegura que las sentencias estén relacionadas con el sentimiento de justicia; lo equitativo no siempre refleja lo justo, y podría ser más un pronunciamiento distributivo que puramente objetivo; y también la fundamentación de las sentencias, como requisito constitucional, tiene manifestaciones que necesitan explicarse.[523]

Hay, además, un matiz adicional que se fija en la independencia como una cuestión de autonomía en la decisión. Se trata de considerar la eficacia de la sentencia que se pronuncia sin influjos ni subordinación jurídica. Dicho esto como si fuera un problema de tensión o conflicto entre quien resuelve y quien revisa, más allá de la autonomía propia que exige el juez como parte de un Poder, el Judicial, que no debería ser interferido en sus sentencias por agentes externos.

La cuestión se posiciona en la lectura del significado y alcance que tiene el recaudo de la independencia; formulado en términos de resolver si se trata de una autonomía del Poder; o si es independencia en el sentido de abstracción (*los jueces son la boca de la ley*), o una calidad especial que los entroniza y hace distintos (como en el despotismo ilustrado).

La diferencia no es baladí, en la medida que los tiempos han cambiado y los paradigmas iniciales que relacionaron la independencia con la autonomía del poder ya no son los mismos. Antes se medía en relación al control y equilibrio en la actividad y gestión del Estado. Hoy, aun siendo cierta y continua la mención constante de tres factores aislados en la elaboración de la ley, la aplicación de ella y el control de razonabilidad, las posiciones primitivas han mudado.

523. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso, op. cit.*, p. 234.

Lo cierto es que la función jurisdiccional no sigue el camino trazado otrora; si en el positivismo se marcó desde las normas el objetivo del bienestar general, y por eso, la voluntad del pueblo era un señorío invulnerable para la interpretación judicial; actualmente, el origen de la ley dista de ser una expresión del anhelo popular, y lejos está de ser una orientación para la eternidad (la constante adaptación de la ley con reformas constantes no hace más que demostrar la necesidad de legislar a tono con los tiempos, antes que proyectar ilusiones estériles).

Igual sucede con la independencia entendida como abstracción, que ha suscitado una gran producción literaria a través de la teoría de la argumentación jurídica y de la decisión judicial. En este campo, hay planteos diferentes que analizan las circunstancias cuando la sentencia se produce, provocando interpretaciones disímiles según se entienda que la función del juez es un tipo de obediencia al Derecho y a las normas; o quienes aducen que, precisamente por ser los jueces independientes, es factible y aconsejable la desobediencia a la ley en contingencias especiales.

111. Tipos de independencia

En materia estrictamente procesal, la garantía funciona como una herramienta o instrumento que afianza el derecho del justiciable a que su causa sea resuelta sin interferencias.

Obsérvese que no hablamos de la imparcialidad del juzgador, porque esta es una garantía procesal que tienen los litigantes para que el juez sea un tercero en el conflicto, con la potestad de resolver la controversia sin darle a uno lo que a otro le priva arbitrariamente. La relación se enlaza con distintas acepciones que tiene la independencia judicial.

La más elemental es el sometimiento del juez a la ley; sumisión que significa tener exclusividad en la función sin que sus pares en el ejercicio del poder puedan actuar u ocupar sus roles.[524]

524. Cfr. Muñoz Machado, Santiago, *La reserva de jurisdicción*, Madrid, La Ley, 1989, p. 12. El *principio de sumisión a la Ley* es un concepto que responde al texto constitucional por los que se entiende que la garantía primera de la independencia radica en la exclusividad, en la reserva de la función al Cuerpo de los Jueces, en la eliminación de cualquier residuo de poder jurisdiccional en manos de los otros dos Poderes, significación excluyente que se logra implantar sin excesivas dificultades por lo que se refiere al Legislativo, siendo más costosa la exclusión del Ejecutivo respecto de la función de

Esta es una independencia funcional que depende de la estructura jurídico política del Estado; de allí se desprende si puede o no existir una jurisdicción administrativa de iguales alcances y efectos que la judicial; si el Tribunal Constitucional tiene verdaderas funciones jurisdiccionales; o si los árbitros ejercen o no la potestad de juzgar definitivamente.

En suma, es un tipo de independencia que no se analiza en el concierto de garantías particulares del proceso. En todo caso,

> … no se trata de la independencia entendida como imparcialidad o apoliticidad (protección al juez de la influencia del poder político la una, y de aquellos condicionamientos políticos que provienen de la sociedad civil la otra), sino de independencia del propio juez dentro del poder judicial estructurado burocráticamente y con un elevado índice de jerarquización.[525]

Las que sí refieren a este modelo son las relacionadas con el juzgamiento propiamente dicho. Independencia representa libertad de criterio con el único límite de la ley. El abuso de esa libertad es la arbitrariedad o el exceso discrecional, los que se corrigen en el marco de las cuestiones constitucionales o las nulidades en el proceso por errores evidentes de juzgamiento.[526]

Despojemos del tema la cuestión que se vincula con la organización institucional, donde la independencia puede quedar frustrada por el peso evidente que tienen dentro de ella los poderes ejecutivo y legislativo.

Aquí la injerencia se puede manifestar con registros diversos, como el estado de sitio y el condicionamiento de garantías; la amenaza directa sobre el magistrado; la perturbación de sus funciones mediante acciones directas; la participación en la magistratura de siniestros

juzgar (sobre todo porque en relación a la Administración se alza el extraordinario problema de resolver quién debe juzgar a la Administración).

525. González Granda, *Piedad, Independencia del Juez y control de su actividad, op. cit.*, p. 21.

526. Una de las proyecciones que tiene el tema de la independencia de juzgar lo constituye resolver si las sentencias son o no fuentes de derecho. Si la idea es tolerar que la jurisprudencia interpretativa orienta al legislador, no cabría dudas en afirmarlo; pero si el concepto piensa que la misma sentencia es creadora del Derecho, la rotunda aseveración puede resultar apresurada. Además, la diferencia constitucional del modelo político es vital para ello, pues un Tribunal Constitucional tiene más efecto e incidencia para influir en los demás poderes; que la sentencia de un juez del sistema difuso que solo resuelve para el caso concreto. Asimismo, si la jurisprudencia vincula o no a los jueces jerárquicamente inferiores es también una suerte de pérdida de libertades en la independencia para juzgar.

políticos de paso por la función judicial; entre muchas más que inciden no solo en la independencia funcional sino que impactan en la imparcialidad necesaria del enjuiciamiento.[527]

Son figuras que, con mayor precisión, refieren a aspectos de la independencia de orden interno, las que "amparan a los miembros de la Carrera Judicial frente a las perturbaciones o intentos de dependencia de los demás órganos jurisdiccionales y de sus propios órganos de gobierno".[528] Las manifestaciones se pueden dar en una causa concreta o actuar genéricamente sobre el ánimo del juez o tribunal; si es del primer orden, seguramente la imparcialidad quedará afectada; si lo es en el segundo nivel, la restricción debe encontrar respuestas o soluciones en un plano diferente al proceso. Pues bien cierto es que no se debe confundir independencia con imparcialidad pues la sentencia, que es el medio donde se concreta el resultado, puede exponer un acto de absoluta imparcialidad en un contexto de ausencia de independencia y viceversa.[529]

Ahora bien, ¿cuáles son esas influencias que pueden impedir la independencia funcional que se reclama como un *prius* de la garantía?

---

527. La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina acompañó muchas veces la política económica del Estado, pese a la manifiesta restricción a las garantías individuales como el derecho de propiedad. Para ello supo decir que las facultades del Poder Legislativo ante situaciones de emergencia pueden ejercerse para lograr una avenencia razonable entre los derechos y garantías individuales y el bienestar público (Fallos: 172:21); de manera de impedir que los derechos amparados por aquellas garantías, además de correr el riesgo de tornarse ilusorios por un proceso de desarticulación de la economía estatal, puedan alcanzar un grado de perturbación social acumulada, con capacidad suficiente para dañar a la comunidad nacional. Así, corresponde a los poderes del Estado proveer todo lo indispensable para salvaguardar el orden público o bienestar general, lo que significa atender a la conservación del sistema político y del orden económico, sin los cuales no podría subsistir la organización jurídica sobre la cual reposan las libertades individuales (Fallos: 171:79; 172:21; 243:449).

528. Picó i Junoy, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, Barcelona, Bosch, 1998, p. 31.

529. Ibídem, pp. 29-32. Sostiene el autor que la independencia no es un fin en sí misma, sino un concepto instrumental respecto a la imparcialidad, ambos al servicio de que el Juez debe siempre actuar como "tercero" en la composición de los intereses en conflicto, con la Ley como punto de referencia inexcusable. Por eso, agrega González Granda, no es, pues, lo mismo que imparcialidad, sino que es un antecedente necesario para que la segunda sea posible, si bien se ha señalado que en situaciones claras de ausencia de independencia institucional no han faltado jueces imparciales, y evidentemente también puede darse lo contrario: Jueces parciales en condiciones objetivas de independencia.

Es en esta área donde anidan las dimensiones de la independencia judicial en el proceso. Hay valores subjetivos que pertenecen a la formación cultural y social del magistrado; pueden existir incidencias directas como la jurisprudencia vinculante que le impide formar criterio con libertad; y también perturbaciones externas como la influencia de los medios de comunicación o el reclamo social exigiendo ante un hecho singular de interés o trascendencia. Cada una expone un problema particular.

Inclusive, no se descarta en ellas la pregunta que algún jurista de relieve ha hecho: ¿pueden las malas personas ser buenos jueces?[530]

111.1 La independencia como abstracción

A veces al juez se lo piensa con demasiadas fantasías. Se lo quiere ajeno a toda influencia externa como presupuesto esencial para resguardar la eficacia del servicio que presta.

Esta idea cavila en un magistrado con una función inocua: aplica la ley sin mirar a quien, y sin considerar los efectos que produce. La sociedad debe confiar en los jueces por la autoridad que de ellos emana, y por el respeto que merecen.

Decía Calamandrei que

> ... tan elevada es en nuestra estimación la misión del juez y tan necesaria la confianza en él, que las debilidades humanas que no se notan o se perdonan en cualquier otro orden de funcionarios públicos, parecen inconcebibles en un magistrado [...] Los jueces son como los que pertenecen a una orden religiosa. Cada uno de ellos tiene que ser un ejemplo de virtud, si no quieren que los creyentes pierdan la fe.[531]

En este camino de claras reminiscencias romanas, el juez (en el imperio era el único que conocía la ley y podía decirla en sus mandatos [*juris dictio*]) acepta que las influencias del medio son posibles, pero las elude con el deber de cumplir el precepto legal, y si esta no se adapta al

530. Malem Seña, Jorge F., "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?", en Carbonell, Miguel; Fix Fierro, Héctor y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Jueces y Derecho*, México, Porrúa - UNAM, 2004, p. 31 y ss.

531. Calamandrei, Piero, *Elogio de los jueces escrito por abogados* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Ejea, 1989, p. 261.

contexto, lamentablemente no es su función corregir o encausarla; él no tiene posibilidad alguna so riesgo de convertir al juez en legislador.

Esta ilación del pensamiento es producto de la desconfianza, a la que tanto apego tienen muchas legislaciones. Por su lado, el juez que quiere afianzar la confianza y mostrarse ejemplar e intachable tiende a alejarse de la sociedad, precisamente, para apartarse de sus estigmas.

En esta consigna hay una parte muy cierta y precisa: la ley fue hecha para cumplirla, y ante el desconocimiento o perturbación, debe el juez ordenar la sanción respectiva y obligar el acatamiento. Pero al mismo tiempo, la ley encierra una verdad que se debe desentrañar para ponerla en contacto con la realidad viviente; por eso es necesario que la sentencia no sea la emisión de un resultado analítico aislada del contexto.

En resumen, el problema que se afronta es propio de la filosofía del derecho, y puede forjar argumentos políticos y constitucionales que, si queremos reflejarlos en la interpretación de la garantía, hace jugar valores y entendimientos que no son propios de este trabajo. Con ello se quiere decir que la independencia como la imparcialidad no son valores neutros que se reduzcan o simplifiquen en beneficiar a uno u otro.

En realidad, la independencia (también la imparcialidad) que apuntamos en esta perspectiva, supone que el juez aplique el derecho, pero que al imponer el orden y la legalidad no se desprenda del tiempo que transita, con sus adaptaciones y las angustias que lo inciden, porque "hacer justicia" es dar a cada uno lo suyo sabiendo y conociendo la realidad que se comprende.

De todos modos, la independencia es un valor reclamado para eludir el compromiso con sucesos ajenos o extraños a la función jurisdiccional. Aunque pueda señalarse como una cuestión abstracta, lo cierto es que en el juicio de ponderación se pondrán en claro una diversidad de sucesos que los romanos llamaban "gravitas", no en el sentido del desprecio olímpico, sino del adagio por el cual "nada humano me es ajeno".[532]

111.2 La independencia y los valores

Los valores son condicionantes de la independencia cuando actúan influyendo el ejercicio de racionalidad que implica el acto de juzgar.

532. Cfr. Atienza, Manuel, "Virtudes Judiciales. Sobre la selección y formación de los jueces en el Estado de Derecho", en *Jueces y Derecho, op. cit.*, p. 23.

Una afirmación como esta solamente es posible para quienes asignan al juez la única misión de aplicar el derecho que las partes afirman como propio en una lucha bilateral y ausente de toda influencia externa.

Por ejemplo, un juez puede decretar la excarcelación con el solo informe de la situación procesal y haciendo mérito del derecho a la libertad mientras dure el estado de inocencia; pero otro, ante la igualdad del caso, puede mantener la prisión preventiva por razones de seguridad pública. ¿Quién obró con independencia?

También un juez puede pedir una prueba biológica que las partes omitieron, para determinar una relación posible de estado; en cambio, en un entorno idéntico, un magistrado similar solo se conforma con determinar la verdad que surge del expediente. ¿Cuál de ambos acierta?

> En una obra muy interesante, la dimensión del problema se acusa desde una lectura menos ambivalente. Se sostiene que la tesis de la racionalidad judicial no implica únicamente el manejo del razonamiento abstracto, sino también una capacidad para comprender la singularidad del caso concreto, lo cual exige cierto tipo de experiencia del mundo, de empatía, etc., que la literatura puede ayudar a poseer. Desde la mirada que realiza Marta Nussbaum, las emociones (o cierto tipo de emociones) no solo no enturbian la razón, sino que la potencian.[533]

¿Es posible sostener que la aplicación de valores personales en el acto de juzgar empaña o confronta con la independencia judicial?

Evidentemente no, y menos aun se puede afirmar que la sentencia despojada sea mejor para el interés de las partes que litigan, aunque no lo sea para los demás, si es que estos no ejercieron el derecho de estar en el proceso.

Los valores entendidos en la formación social y cultural del juez son causas que impactan en el razonamiento, de forma tal que es inevitable que ello ocurra. Pero argumentar que el uso de esos órdenes de vida llevados a quienes se juzga constituye un abuso que obnubila la libertad de enjuiciar puede ser nefasto. No solo porque la falta de independencia es una cuestión constitucional, que como tal, se convierte en un caso de arbitrariedad; sino mejor, para entender que la aplicación de valores propios a conductas ajenas no siempre es positivo, y en todo caso, no es

533. Nussbaum, Martha, *Justicia poética* (trad. de Carlos Gardini), Barcelona, Andrés Bello, 1997; p. 25.

un problema de afectación a la independencia, sino de razonabilidad de la sentencia que se resuelve por la vía de los recursos procesales.[534]

Es inmensa la cantidad de ejemplos que se pueden ofrecer para advertir la recurrencia, inclusive del propio ordenamiento jurídico, para que el juez utilice criterios valorativos propios sin que ello implique subjetivismo. La simple elección de la pena y su gradualidad; o los estándares que tienen las normas materiales para interpretar el

534. Un ejemplo de estas influencias se da cuando se debe resolver si la extracción de sangre puede o no ser compulsiva. También cuando se trata de profesiones religiosas que lo impiden. Así se ha dicho que no puede considerarse reprochable, y menos aún generador de responsabilidad, el acudir a la justicia en procura de, mediante su pronunciamiento, obtener certeza sobre el punto debatido y de contornos difusos, para asegurarse un accionar conforme a derecho. No desconozco por cierto la existencia de posturas que ante problemas de índole bioético como el que sirve de sustrato fáctico a una causa, pregonan la innecesariedad o inconveniencia de acudir a la autorización judicial (voces en este sentido se alzaron, por ejemplo, en ocasión de fallar la CS en la causa "T.S. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo" del 11/01/01 [ED, 191-425] en la que una madre solicitó autorización –cuya concesión fue confirmada por el Alto Tribunal– a fin de lograr la inducción de un parto de un feto anencefálico). Hay quienes arguyen, en efecto, que son los médicos, y solo ellos y en su ámbito de incumbencia profesional, quienes deben tomar decisiones de esta naturaleza prescindiendo de toda judicialización de la cuestión; no existiendo norma legal que imponga requerir autorización judicial cualquier decisión del juez al respecto devendría carente de sustento legal. En este sentido se pronunció Alberto Rodríguez Varela en nota al fallo citado (ED, 191-425); también el emérito rector de la Universidad Católica Argentina Domingo Basso ("Un caso que no debió ir a la Corte", en *La Nación* del 12/01/01). Pero estas posturas, distan ciertamente de ser unánimes: para el caso, dice el maestro Morello en alusión a estos sinuosos problemas de medicina y derecho, que "...constituyen genuinos casos adversariales, causas de intereses fundamentales que recaban tutela judicial afectiva; no son cuestiones académicas rotulables de consulta o de índole abstracta o general. Son típicamente justificables y, por ende, definibles por los jueces. Porque aun en el alero de la autorización no mudan su esencia". (ED, 194-259, comentario al fallo de la SC Bs. As. "B.A. s/ autorización judicial" del 22/06/01). En este caso, que también obedeció al planteo de un conflicto bioético de similares características al presente, aunque al igual que el anterior versó sobre la autorización a una madre para la inducción de un parto, varios ministros exhibieron categóricas reservas con respecto a que el requerimiento jurisdiccional no tenía cabida, que lo rotulado como una "autorización" a ser otorgada por los jueces no suscitaba un debate cabal y propio que demandara tal deber por el lado de la función judicial: así, por ejemplo, el Dr. Hitters se pronunció con énfasis por la judiciabilidad del caso, ya que el pedido de autorización judicial apunta a resolver un conflicto; en igual sentido el Dr. De Lázzari sostuvo la existencia de un "caso concreto", al tiempo que el Dr. Ghione sostuvo que no era indispensable la autorización judicial. Tales opiniones en modo alguno quitan legitimidad a la petició (*in re*: "Zarrillo Osvaldo Pablo c/Prestaciones Médico Asistenciales SA s/ sumario" - CNCom., Sala A, 17/03/2003).

bien común, el orden, las buenas costumbres, quién es buen padre de familia, etcétera.

A veces es imprescindible echar mano a esa formación, como cuando se juzgan tratamientos inhumanos o degradantes; o para resolver las necesidades que surgen de la justicia social.

Podemos compartir entonces que

> Si la función del juez es juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, aplicando la Constitución, el sistema de fuentes y valores contenidos en ellas que sean compatibles con la ética crítica, resultaría que para ser un buen juez, desde el punto de vista técnico, debe resolver los conflictos que potencialmente conoce imbuyendo sus decisiones precisamente de esos valores en todos aquellos casos que fuera menester. Las valoraciones personales ajenas a dicho orden serían entonces inaceptables, y de ninguna manera podrían ser invocadas o utilizadas en ningún caso.[535]

111.3 La independencia y la sumisión a la jurisprudencia

La jurisprudencia tiene un enorme interés práctico al dar certidumbre y previsibilidad al justiciable. Sin embargo, cuando el precedente es de seguimiento obligatorio tiene el contrapeso de impedir al juez la libertad de interpretación.

¿Conspira ello con su independencia funcional?

A veces la decisión judicial está liberada de ataduras y cualquiera sea la jurisdicción que intervenga puede realizar una lectura singular del derecho que al caso corresponde aplicar. De suyo, el sistema no impide que exista un fallo final de los superiores tribunales que fije un criterio definitivo que puede o no ser obligatorio. En cambio, en algunos regímenes esa confianza no existe con tanta libertad, y se condiciona al magistrado a través de las propias leyes y reglamentos procesales.

Con la Revolución francesa y los códigos que se dieron en el siglo XIX, especialmente el Código Napoleón de 1804, la ley era una declaración soberana que no podía cambiarse; solamente el legislador tenía facultades de interpretar la voluntad popular. Inclusive, la costumbre no constituía un verdadero derecho sino en los casos en que las normas se remitieran a ella (cfr. art. 17 del Código Civil argentino);

535. Malen Seña, Jorge, "¿Pueden las malas personas ser buenos jueces?", *op. cit.*, p. 56.

obviamente, en este contexto, la fuerza obligatoria de la sentencia no avanzaba los límites objetivos y subjetivos de la cosa juzgada.

Pero contra esta corriente propia del legalismo francés reaccionó el resto de Europa, sin contar con manifestaciones de los tribunales franceses que reclamaron por una "jurisprudencia constante".[536] Es el tiempo de la "doctrina legal", que permitió, a partir de la reiteración de supuestos analizados sobre puntos idénticos o similares, una guía u orientación de los tribunales superiores hacia los jueces inferiores.

> No se trataba de que los jueces tuvieran la obligación de decidir el caso de la misma manera como se habían decidido casos anteriores. La doctrina legal no era, en ese sentido, el mismo stare decisis de la tradición anglosajona. Se trataba, más bien, de obligar a los jueces inferiores a respetar el sentido o significado abstracto (esto es, sin relación a hechos concretos) que la Corte de Casación había dado a una disposición legal de manera constante. Se refería, pues, a un respeto conceptual al sentido fijado para la norma en varias sentencias. En el *stare decisis* anglosajón, en cambio, el énfasis se daba a la idea (más mecánica) de que casos iguales se fallaran de manera igual a los casos ya fallados. En el *stare decisis*, por tanto, había menos necesidad de respetar la tradición interpretativa del caso anterior, pero mayor apremio a decidirlo de igual manera si sus hechos eran análogos. Esto hacía, por ejemplo, que una única sentencia reciente de un tribunal anglosajón estuviera cubierta por la fuerza analógica del *stare decisis*.[537]

Con la casación francesa hasta la elaboración del modelo puro inspirado por Calamandrei, la idea fue que el control de legalidad debía asegurar una exacta observancia y la uniforme aplicación de la ley, entendidos, precisamente, no como valores diversos o divergentes, sino como aspectos complementarios e integrados de la misma función.[538]

536. López Medina, Diego Eduardo, *El derecho de los jueces*, Bogotá, Legis, 2006, 2ª ed., p. 9.

537. Ibídem, p. 10.

538. Taruffo, Michele, "El vértice ambiguo. Ensayos sobre la Casación Civil", en *Biblioteca de Derecho Procesal*, Nº 2, Lima, Palestra, 2005, p. 156-157. Así explica el autor quien agrega "... Como ha sido considerado recientemente, la Casación entiende la nomofilaquia más que como una actuación del *ius litigatoris* que del *ius costitutionis*, privilegiando precisamente las exigencias de justicia del caso concreto sobre aquellas de la uniforme interpretación de la ley. En esta dirección operan diversos factores concomitantes y conexos, que van desde la tendencia de las partes a buscar en la Casación una victoria no conseguida en los grados de mérito antes que la exacta interpretación de la ley, hasta la incapacidad de la misma Corte de dar a la propia

Por su lado, los Tribunales Constitucionales se ocuparon de la interpretación constitucional provocando una fisura en el poder de interpretación judicial que aún persiste, pues a pesar de la potestad que mantiene la magistratura ordinaria para continuar siendo custodios de la Constitución, no está en las posibilidades del juez europeo la declaración de inconstitucionalidad.

Por su lado, América ha conservado el criterio de mantener en la jurisdicción pura (sedes judiciales) tanto el juicio ordinario como el constitucional, aunque en estos últimos, el peso de las sentencias de los tribunales o salas constitucionales influye notoriamente en el seguimiento posterior.

En consecuencia, la existencia de diversos sistemas, en los cuales las fuentes del derecho, la relación entre las diferentes ramas y órganos del poder y el papel mismo de la teoría jurídica son diferentes, hace necesario replantear la clasificación tradicional,[539] que recoge de los códigos sustanciales las reglas de la interpretación y aplicación normativa.

Si antes fue lógico esperar del legislador la creación normativa, y dejar solo en él la potestad de alteración, cambio y, también, la misma interpretación, en la actualidad el protagonismo judicial trabaja sobre bases distintas a las recibidas.

El control de constitucionalidad en materia de normas fundamentales y derechos humanos, como la fiscalización del principio de legalidad, no admiten hoy distinciones ni sutilezas porque el esquema de fuentes ya no es sumiso a la voluntad del legislador ni al imperio de las normas; todo lo contrario, ellas serán legitimadas con el control de aplicación libre y sin condicionamientos que el juez pueda realizar en cada caso concreto.

Esto no se obstaculiza por la existencia de una interpretación vinculante. Vale decir, no se altera ni afecta la independencia judicial

función un ordinario desarrollo, privilegiando cuestiones de mayor importancia y elaborando 'políticas de la interpretación' de las normas de significado muy dudoso. En sustancia, no pudiendo elaborar líneas interpretativas generales, coherentes y orgánicas, la Casación transforma su propio rol en el de un tercer juez de la justicia del caso concreto".

539. Monroy Cabra, Marco, *Introducción al Derecho*, Bogotá, Temis, 1994, p. 252 y ss.

cuando ha sido un superior jerárquico el que ha desenvuelto una sentencia orientativa u obligatoria.

En ambas situaciones, es decir, tanto en la jurisdicción ordinaria como para la Constitucional, y aun entre ellas, es un precedente que deberá aplicarse, teniendo en cuenta que la producción de fuentes puede llegar, inclusive, del derecho transnacional.[540]

540. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Respuestas Procesales*, Segunda Parte, Buenos Aires, Ediar, 1999, p. 341 y ss. Dicha esta conclusión en el marco que vincula la independencia judicial con la influencia en ella de jurisprudencia vinculante; pues nos hemos pronunciado, antes de ahora, sobre lo pernicioso que significa el modelo en el sistema de control de constitucionalidad difuso que caracteriza nuestro país. Si obligáramos a los jueces a respetar y a seguir los fallos de los tribunales superiores estaríamos privando al mecanismo difuso de su "quintaesencia", porque ya no habría interpretación alguna; más bien, existiría una actividad mecánica de adecuación que nos parece impropia en la tarea jurisdiccional. Asimismo, el principio jurídico que postula el *iura novit curia*, según el cual el juez conoce del derecho y lo aplica sin necesidad de seguir las pretensiones de las partes, también quedaría sin respaldo suficiente, por cuanto tampoco el juez aplicaría el derecho que "le corresponde a su saber y entender", sino el que otros le indican debe utilizar. Si aquel estuviese errado, o su interpretación fuese fugitiva del ordenamiento jurídico, las instancias de apelación solucionarían el equívoco o la arbitrariedad, dando una vez más seguridad e igualdad al sistema. El proceso mismo en su sistemática de llevar garantía a los justiciables se enfrentaría con un sustancial perjuicio en los derechos que son actuales y presentes, al tener que aplicar situaciones distintas con sus soluciones. La misma norma considerada en abstracto tendría idéntica aplicación aun cuando los casos no fuesen absolutamente idénticos. Y bien sabemos que en cuestiones de derecho, cada problema es un mundillo de alternas posibilidades de pacificación.
Un nuevo interrogante: ¿no estaría el juez que aplica el precedente dando efectos retroactivos a la ley individual que aplica al presente?
En la pirámide ideal que Kelsen imaginara, las sentencias individuales son las leyes del caso concreto, no las que se crean y proyectan con alcances generales. Es evidente que el *stare decisis* obraría en contra de los términos anteriores, dando permanente actualidad a una situación que, en los hechos, devino abstracta. De igual modo, un contingente procesal también se pone en cuestión cuando se lo extiende incausadamente. La cosa juzgada, con sus efectos y alcances no puede alcanzar a terceros que no fueron parte en los hechos, de manera que resolver extensivo a ellos la situación de derecho creada para otro caso, violenta y sacrifica esta forma de dar seguridad y justicia. De todos modos, el problema de la uniformidad de la jurisprudencia, que es en definitiva el problema a resolver y que inspira la sistemática del "precedente obligatorio", no se resuelve –entendemos– prohibiendo a los jueces interpretar como el sistema difuso los autoriza; en todo caso será hora de abordar la temática a partir de la necesidad de verdaderos tribunales de casación e interpretación constitucional.

112. La independencia y los grupos de presión

Con énfasis singular ha dicho Berizonce que

> El necesario fortalecimiento de la independencia judicial exige el frontal rechazo de todas las formas de presión provenientes de grupos sectoriales (políticos, económicos, nacionales y multinacionales, organizaciones ilegales), cuando de modo agresivo interfieren la función judicial.
> Al mismo tiempo la explosión de los *mass media* desafía igualmente la independencia judicial, especialmente cuando obstaculizan y perjudican la labor de los jueces. El ejercicio legítimo de la misión informativa, para el fiel conocimiento por la opinión pública de la actuación de la magistratura, apuntala la función judicial, lo que requiere la instauración de relaciones formales e institucionalizadas con los medios masivos de comunicación.
> La constatación de la presencia de estos fenómenos y su interferencia en la misión de los jueces ha puesto en evidencia, también, las diversas reacciones tendientes a salvaguardar la libre convicción judicial que es garantía insustituible para los ciudadanos.[541]

Estas afirmaciones se nutren de una meditada reflexión crítica sobre el impacto negativo que tienen los grupos de presión sobre la magistratura. No se trata de impedir que ellos formen una opinión sobre el aspecto que los convoca, sino de imposibilitar que el juicio pretenda incidir en la calificación de los hechos y la subsunción del derecho que es una tarea pura y estrictamente técnica, despojada de animosidades.

Pero también se propicia lograr que el juez consiga apartarse de esa perturbación a su independencia; de aislar el juicio de los medios de comunicación del que corresponde a una situación objetiva concreta.

El silencio forzado tampoco es una solución, pues el derecho de todos a formar una opinión sobre el caso puede y debe orientar para la toma de decisiones sensatas y prudentes. Esto es, sin actuar reactivamente y bajo el impulso de la presión que la influencia provoca.

Ahora bien, el dilema a resolver está, una vez más, entre consentir que las sentencias judiciales se apoyen en los sentimientos sociales

541. Berizonce, Roberto Omar, "Recientes tendencias en la posición del Juez", en AA. VV., *El Juez y la Magistratura (Tendencias en los albores del siglo XXI)*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 54.

que transmiten los grupos de presión o los medios de comunicación; o resistirse a ellos exigiendo que la decisión sea la aplicación de las normas sin más reporte de situación del que llega del caso.

De algún modo es el péndulo que va desde los sentimientos (abstracciones) a la legalidad (concreciones), sin encontrar un punto de equilibrio al estar siempre en el vaivén de las especulaciones.

Se ha hecho evidente que entre el periodismo y la justicia hay visiones distintas. España, entre tantos países con el mismo conflicto, ha querido resolver con leyes este marasmo que oscila entre abusos informativos y derechos emergentes.

El derecho a la información en sus tres dimensiones de investigar, conocer y difundir, con el límite de los derechos a la intimidad, el honor y la imagen, se ha constituido en un estándar. De este modo, la protección individual se asegura una cobertura mínima que el juez no tiene. Otra vez el espejismo del cuarto poder aparece en los pasillos de los tribunales poniendo zonas claras y oscuras que el magistrado difícilmente puede eludir.

El tema de fondo, entonces, considera si la independencia se obnubila para dejar paso a lo que se ha llamado "justicia mediática". Las respuestas son esquivas y posiblemente intolerantes. Algunos reclaman controlar la situación con regulaciones que establezcan una censura; otros piensan que las autocontenciones son mejores.

Cualquiera sea la opción hay una realidad incontrastable: hoy las cosas de la justicia son públicas pese a lo privado de las controversias. Aquella frontera entre derecho público y privado no resiste el impacto de los medios de comunicación.

Ello se advierte con extrema facilidad al comprobar que los debates de la Cámara de Senadores se difunden en el canal del Senado; que algunos juicios orales se transmiten "en vivo y en directo"; y que hasta los reclamos judiciales o las denuncias pueden ser interpuestas *online*.

Por eso, la independencia judicial no se puede leer con el cartabón habitual del constitucionalismo. La función social que se reclama de los jueces no lleva a suponer que ellos la evadan o la tornen inexistente. De hecho son múltiples las manifestaciones que dan muestras suficientes de la adaptación permanente de las sentencias a la realidad donde se insertan.

113. La independencia personal del juez

Otro aspecto a considerar es cuanto refiere a la "independencia personal" del juez para el ejercicio de su función.

Para relacionarlo con los principios procesales, vale decir, para que se vinculen con la función jurisdiccional propiamente dicha, es preciso desagregar algunos temas que, también, se encuentran dentro de la autonomía exigida por mandato constitucional.

Una de ellas es la forma como se designan jueces y otra, la remoción de magistrados que, solo de manera indirecta o refleja, impactan en las garantías de la independencia funcional del magistrado, aunque correspondan a la autonomía necesaria del Poder Judicial. Lo primero tiene variadas expresiones donde se debate sobre la democratización del sistema electivo dando participación a cada uno de los poderes del Estado, hasta aquellos que no quieren ninguna intervención, propiciando la elección de magistrados con un Consejo de la Magistratura.[542]

El problema restante puede ser producto de un mal desempeño sistemático, o individual pero de tamaña importancia como para actuar la remoción.[543]

Los demás aspectos, señalados en la estabilidad del cargo y la intangibilidad de la remuneración, también son extensiones de la independencia del Poder Judicial, pero pueden afectar la serenidad imprescindible que se requiere para juzgar.

Solo con esta perspectiva, pueden residir entre las garantías procesales.

113.1 La estabilidad en el cargo

Dice la Constitución Nacional argentina en su artículo 110 que

> Los jueces de la Corte Suprema y de los tribunales inferiores de la Nación conservarán sus empleos mientras dure su buena conducta, y recibirán por sus servicios una compensación que determinará la ley, y que no podrá ser disminuida en manera alguna, mientras permaneciesen en sus funciones.

542. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, T. I, p. 196.

543. Para ver estos temas se recomienda la obra de Ventura, Adrián, *Consejo de la Magistratura. Jurado de Enjuiciamiento*, Buenos Aires, Depalma, 1998.

La primera parte concreta la garantía de estabilidad; la segunda, la intangibilidad de la remuneración.

Ambas son opciones constitucionales que la jurisprudencia de la Corte avaló en todo tiempo y circunstancias, pero no significa que sean valuartes de la independencia, sino reaseguros de ella.

La estabilidad, en nuestro país, depende de la buena conducta; como tal, es un estándar carente de parámetros claros y precisos. Por eso, una misma conducta puede teñirse de subjetivismos que la envuelvan o admitan al conjuro de las circunstancias donde se produce.

Suele ocurrir que una decisión judicial se considere incursa en la causal de mal desempeño, cuando otras iguales no tengan esa valoración, sencillamente porque no han sufrido el devenir de la justicia mediática, tal como se entiende al sometimiento que tiene el Poder Judicial al enjuiciamiento sumario de quienes se presentan como representantes de la sociedad, devenidos en defensores de una moral que confunden o desconocen.

Hay dos tipos de causales de destitución que se deben diferenciar: por un lado, las vinculadas al *mal desempeño* o *mala conducta*; por otro, la comisión de delitos, ya sea en el ejercicio de funciones o se trate de crímenes comunes.

En el mal desempeño en sus funciones hay demasiada generalización, ello condiciona la actuación del órgano de control, llevándolo a la necesidad de requerir pautas más objetivas o precisas.

Observemos que esta simplificación se puede reducir en breves expresiones jurisprudenciales. La Corte dice, por ejemplo, que: "La remoción por mal desempeño procede cuando se acreditan graves actos de inconducta o que afecten seriamente el ejercicio de la función, dado que la buena conducta se presume como garantía".[544]

> Reconociendo también que, cuando se pretende actuar como causal de destitución de un magistrado, no es un concepto que pueda ser aprehendido bajo fórmulas sacramentales o inflexibles, porque su configuración depende de una conducta grave, que trascienda el desempeño de la función y que, como tal, debe ser prudentemente ponderada por el

544. Fallos: 310:2845, en la resonada causa "Fiscal del Estado Dr. Luis Magín Suárez s/ formula denuncia". Solicita jurado de enjuiciamiento y sus acumulados /Juicio Político a los Miembros de la Corte de Justicia de San Juan.

> juzgador, al punto de poder quedar claramente de relieve, la ineptitud del magistrado para continuar ejerciendo el cargo con que fue investido.[545]

Dicha imposibilidad de reconocer objetivamente cuando hay o no una conducta ejemplar, deriva en esa consigna residual, como la entiende la lectura judicial del problema.

Asimismo, la carrera judicial complica el principio de conservación del empleo con el de estabilidad en la función alcanzada; por ejemplo, si un magistrado llega por vía electiva o a través de concursos a un cargo superior, considera de inmediato que la permanencia en el sitio solo depende de su buena conducta; en cambio, no hay que ir muy lejos para mostrar diferencias significativas. *V. gr.* en Uruguay, la estabilidad es propia de la jerarquía que se tiene (juez), pero no para mantenerse perpetuado en la función lograda, pues si era un muy buen juez de primera instancia puede no ser tan bueno en la Cámara de apelaciones, de manera que, más allá del problema remunerativo, la instalación en el lugar donde mejor se desempeña es la garantía que tiene el justiciable para reconocer la eficacia del servicio.

Con ello se quiere demostrar que la independencia no se altera cuando al juez se lo reubica en un cargo de menor jerarquía, si es que no ha sabido demostrar idoneidad y aptitud para desempeñarse en esa función. Lo que no se puede afectar es el empleo.

De este modo, el principio de la independencia personal se concreta en los sistemas de nominación y designación; pero dejan fuera las cuestiones relacionadas con la promoción, ascensos, reubicaciones funcionales, etcétera, que solamente son reglamentaciones del trabajo a cumplir.

Sabemos que no es esta la opinión más generalizada. Por ejemplo, María Angélica Gelli sostiene que

> La inamovilidad comprende tanto la permanencia del magistrado en la función judicial, como el grado y la sede de su juzgado y está protegida frente a los poderes Ejecutivo y Legislativo quienes no pueden ordenar el cese de los magistrados, excepto el Congreso en caso de que decida la remoción de algún integrante de la Corte Suprema.[546]

545. Fallos: 329:3221.

546. Gelli, María Angélica, *Constitución de la Nación Argentina, comentada y concordada*, La Ley, Buenos Aires, 2003, 2ª ed., p. 761.

Por su lado, Alvarado Velloso afirma que

> … la inamovilidad protege a los jueces no solo contra la remoción, sino que resguarda también la sede y el grado que ocupan estos magistrados. Ello significa que no pueden ser trasladados de un lugar a otro, como tampoco pueden se "ascendidos" o "retrogradados" en sus cargos, excepto que obtengan un nuevo nombramiento siguiendo los mecanismos o procedimientos descriptos en la Constitución.[547]

También Prieto Castro ha señalado que,

> … con la garantía de inamovilidad se intenta asegurar la permanencia en el cargo y en el puesto concreto, evitando que el gobierno pueda destituir de sus cargos, trasladar de sus puestos o jubilar de sus funciones a los jueces y magistrados, de modo arbitrario y en caso alguno, el suspenderlos en el ejercicio de aquéllas.[548]

113.2 Intangibilidad de la remuneración

La compensación que recibe el juez por el desempeño de su tarea es intangible; ello significa que no puede disminuirse por ninguna causa.

¿Es este un principio que garantice la independencia?

Seguramente lo que se pretendió con la imposición constitucional fue que el juez pudiera "vivir de su trabajo", atendiendo que resignaba muchas otras posibilidades laborales, a excepción del ejercicio de la docencia. Pero ampliar la dimensión del precepto a límites inasibles ha traído muchas complicaciones e interpretaciones disímiles que se exponen en la propia consideración jurisprudencial.

Para un sector de la doctrina, la intangibilidad de los salarios no es un valor absoluto, pese a la expresión del artículo 110 constitucional que señala la imposibilidad de disminución en manera alguna.

Se argumenta que la norma debe armonizarse con el resto de las disposiciones fundamentales para evitar que puedan crearse situaciones de privilegio o de indebida preferencia, ofreciendo a algunos lo que a otros se les niega. De este modo, se autoriza a cada estado provincial para que reglamente con modalidades propias.

547. Alvarado Velloso, Adolfo, *Introducción al Estudio del Derecho Procesal, op. cit.*, p. 19 y ss.

548. Prieto Castro, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal. 1ª parte: Derecho Procesal Civil*, T. I, Madrid, Tecnos, 1989, p. 315.

Pero este criterio se enfrenta al que la Corte tradicionalmente sostiene, y que se apoya en un amplio sector de analistas.

En efecto, la opinión contraria estima como "valor absoluto" lo dispuesto en el artículo 110 de la Constitución Nacional, de modo tal que, entre múltiples causas, apuntala la prohibición de disminuir la remuneración cuando se afecta la asignación del cargo, o los rubros que integran la remuneración, inclusive el adicional por antigüedad, o cuando se pone término por edad a la función.

El principal fundamento está en que los haberes o sueldos de los jueces están formados por la sumatoria de los rubros que por toda clase de conceptos integran la remuneración. La solución contraria consagraría la violación de la garantía aludida y permitiría abrir el camino de la dependencia del Poder Judicial, porque la irreductibilidad del estipendio de los magistrados no está solamente encaminada a un beneficio personal o patrimonial, sino al resguardo de la institución del Poder Judicial, cuya esencia es la independencia.

La importancia que se asigna al salario judicial quedó reflejada en la causa "Bonorino Peró", cuando el Alto Tribunal dijo que tenía igual jerarquía que el Poder Ejecutivo y el Congreso, por lo cual estaba obligada como cabeza y titular del Poder Judicial, e inclusive en ejercicio de sus poderes implícitos, a conferir operatividad, en causa judicial, a la garantía de intangibilidad de los sueldos de los jueces.

Se trató de un expediente donde varios magistrados, por la vía del amparo, denunciaron la alteración de sus percepciones como consecuencia de la inflación reinante y la pérdida del valor adquisitivo de la remuneración.

La pretensión se resolvió favorablemente, aduciendo que el restablecimiento del valor económico de prestaciones afectadas por la inflación no agraviaba ninguna garantía de funcionamiento de los poderes del Estado, de manera que, con mayor razón, debía repararse el detrimento a la garantía constitucional.[549] Se recordó que en el precedente

549. CSJN, Fallos: 307:274, "Bonorino Peró, Abel y otros c/ Estado Nacional", 18/06/1985". También se dijo que: "La intangibilidad de los sueldos de los jueces es garantía de independencia del Poder Judicial, de forma que cabe considerarla, juntamente con la inamovilidad, como garantía de funcionamiento de un poder del Estado, de modo similar a las que preservan a las Cámaras del Congreso, a sus miembros y a los funcionarios incluidos en el art. 45 (antes de 1994) de la Constitución; tal garantía está conferida en común al 'órgano-institución' y al 'órgano-individuo', no para exclusivo

"Medina" se había señalado que la Constitución Argentina es más enfática que la de los Estados Unidos en cuanto a la prohibición de que se disminuya la compensación de los jueces, porque en ella se agregó que tal disminución no puede realizarse "en manera alguna", especificación que no está en la cláusula análoga de la Constitución de aquel país, y que "significa la prohibición absoluta de hacerlo, cualquiera sea la forma que se busque, directa o indirecta, por rebajas o por impuestos".[550]

Concluye así diciendo,

> Si el salario del juez no está amparado como su permanencia en el cargo, desaparece la seguridad de su inflexibilidad, de su rectitud; su libertad de juicio puede vacilar ante el temor, muy humano, de que la retribución se reduzca por el legislador hasta extremos que no le permitan cubrir su subsistencia y la de los suyos.
> Inglaterra como Estados Unidos, demuestran con la independencia absoluta del Poder Judicial que existe en ambos países, cuánto es verdad en ellos la libertad política y el derecho personal y entre nosotros mismos ha podido apreciarse desde 1853 hasta la fecha, el propósito firme de ratificar con los hechos, el enunciado del art. 96 de la Constitución Nacional.
> Por eso ahora, cuando por primera vez surge la posibilidad de que una ley especial afecte aquel principio (se refería a la aplicación de la Ley 11.682 de Impuesto a las Ganancias), es deber ineludible, ratificar conceptos y decir con el eminente Chief Justice Taney: "El Poder Judicial es uno de los tres grandes departamentos del Gobierno creados y establecidos por la Constitución. Sus deberes y atribuciones, están especialmente determinados y por su naturaleza exigen que este departamento goce de la más absoluta independencia de los otros departamentos y a fin de colocarlo fuera del alcance y aun de la sospecha de cualquier influencia, la atribución de reducir sus compensaciones es apartada del Congreso excluyéndose de sus poderes de legislación.[551]

---

beneficio personal o patrimonial de los magistrados, sino para resguardar su función en el equilibrio tripartito de los poderes del Estado, de forma que la vía abierta en la causa no tiende solo a defender un derecho de propiedad de los actores como particulares y a título privado, sino a la ya referida garantía de funcionamiento independiente del Poder Judicial, cuya perturbación la Constitución ha querido evitar al consagrar rotundamente la incolumidad absoluta de las remuneraciones judiciales".

550. Fallos: 176:73.

551. Ídem.

Capítulo XV
La imparcialidad del juez

114. La garantía de imparcialidad

La imparcialidad que se presenta como garantía del proceso no se resume en la ecuanimidad del juzgador, sino en el significado que tiene para todo el proceso ser imparcial.

Es un presupuesto que posee distintas connotaciones y alcances. Comienza con la promesa de imparcialidad que debe garantir cualquier sistema judicial de enjuiciamiento, estableciendo la necesidad del "juez natural"; continúa con la penalización de quienes pretendan afectar la integridad del principio por cualquier medio; sigue con el deber de jueces y tribunales de apartarse (inhibirse) de la causa cuando encuentra afectada su neutralidad; como extiende a las partes el mismo deber de denuncia si existe ese eventual compromiso (causales de recusación); y también, puede ser el argumento de resistencia de quien analiza la decisión del tribunal.

En este último aspecto, con matices sociológicos, incide sobre las sentencias un nutrido conjunto de subjetivismos, donde anidan la formación cultural, el peso de las costumbres, la justificación de las acciones, y el propio mecanismo previsto para la actuación de la función jurisdiccional.[552]

552. Afirma Igartúa que "... los jueces tampoco son inmunes a las afecciones ideológicas... No mejora las cosas ni ayuda a objetivar una interpretación la directiva tocante a la 'realidad social del tiempo'. De fórmulas parejas a esta se ha dicho que solo sirven para 'introducir de modo subrepticio los valores subjetivos y los perjuicios del intérprete sin que se exija a los juristas una demostración fundada en el análisis de la sociedad' (Barcellona, Pietro, *La formación del jurista*, Cívitas, Madrid, 1977, p. 28). Pero incluso si se estudiara en serio la realidad social y se lograra dar cuenta de lo que hay de una manera concordante, solo se habría cubierto la primera etapa. El recorrido no acaba ahí sino en la *valoración* de la realidad social que ha de prevalecer en la interpretación de las normas" (Igartúa, Juan, "La moral en la justificación de las decisiones judiciales", en *Jueces y Derecho, op. cit.*, p. 93).

Con estos parámetros el problema de la garantía de imparcialidad tiene dos visiones posibles. Como recaudo preliminar del enjuiciamiento, ordenando que el juez de la causa sea quien, objetivamente, corresponde intervenir; y como análisis de las decisiones, donde la imparcialidad puede haberse afectado por el mal uso de los poderes que al juez le otorga el poder jurisdiccional.

En el primer caso, la imparcialidad se respalda con directivas claras y precisas de la organización judicial y procesal, propiamente dicha (*v. gr.* art. 18, CN; abstención reglada para la inhibición judicial; causales de recusación); en el restante, solo la revisión jerárquica o institucional (*v. gr.* Corte Interamericana de Derechos Humanos) de los actos judiciales admite controlar la garantía.

115. La garantía del juez natural

La garantía del juez natural exige que el tribunal sea establecido por ley anterior a los hechos que se deben resolver en una causa determinada.

La denominación de "juez natural" es una expresión que designa al magistrado que debe conocer en una actuación establecida; no es que haya jueces innaturales, sino que para ocuparse de los procedimientos, es requisito ineludible que la institución de jueces y magistrados competentes lo sea con anterioridad a los hechos que deben juzgar.

En otros términos, no es juez natural el que se designa para entender en un proceso especial, porque la neutralidad se difumina o, al menos, queda en sospecha.

También suele referirse al juez legal o predeterminado, que no solamente involucra la garantía constitucional de la designación previa del órgano jurídico sino, además, la imposibilidad de que sean otros, no ordinarios, quienes obtengan indirectamente la asignación del problema, pues si fuera de este modo, quedaría agraviada la mentada confianza ante la hipótesis probable del oportunismo intencionado.

Por tanto, juez natural es el juez de la Constitución; aquel que ejerce su jurisdicción de manera *ab origine* y no por delegación o subterfugios ilegítimos.

La garantía se vincula con la prohibición de juzgar por medio de "comisiones especiales" o por "tribunales especiales". Y todo esto, claro está,

no asegura el debido proceso del juez natural, porque la cobertura legal no supone convalidar el obrar negligente o desaprensivo de quienes no asumen la función constitucional que están llamados a cumplir.[553]

> De este modo, dice Gimeno Sendra, el principio encierra una doble garantía: de un lado, lo es para el justiciable, a quien se le asegura que en momento alguno podrá ser juzgado por un órgano distinto al de los que integran la Jurisdicción, evitándose de esta manera la figura a la que tanto se acudió en el antiguo régimen, consistente en crear por parte del monarca o del dictador de turno algún pseudo tribunal cuyo veredicto pudiera estar formado desde el inicio de las sesiones; pero, por otra parte, constituye al propio tiempo, una garantía de la propia Jurisdicción, pues los principios de unidad y monopolio de la Jurisdicción, así como el de independencia judicial, podrían verse amenazados si el Poder Ejecutivo dispusiera a su antojo de la constitución y funcionamiento de los Tribunales, manipulando en la composición de las Salas y metiendo en ellas a los funcionarios más sumisos o simplemente prescindiendo de los Tribunales ordinarios por la vía de atribuir funciones judiciales a determinados órganos administrativos.[554]

115.1 Aspectos prácticos de la garantía

Sostener que las partes deben resolver sus conflictos ante el "juez natural" no es tan fácil de concretar. Hay varias situaciones que tornan permeable a la garantía (*v. gr.* consentir la formación de un tribunal incompetente), o la vuelven rígida originando nulidades absolutas (*v. gr.* cuando la jurisdicción asignada es de orden público). Algunas veces, depende de la revisión judicial que permita controlar la legalidad de la actuación cumplida; y en otras directamente se anula el procedimiento por no sustanciarse ante el juez legal y competente.

---

553. Cfr. Gozaíni, *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*, *op. cit.* p. 248. También en los documentos internacionales se denomina "Tribunal competente" a aquel que de acuerdo a determinadas reglas previamente establecidas (territorio, materia, etc.), es el llamado para conocer y resolver una controversia. Esta garantía presenta dos alcances: por un lado, la imposibilidad de ser sometido a un proceso ante la autoridad de quien no es juez o que carece de competencia para resolver una determinada controversia; y por otro, que la competencia de los jueces y tribunales se encuentre previamente establecida por la ley.

554. Gimeno Sendra, Vicente, *Constitución y Proceso*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 56 y ss.

En efecto, si bien es cierto que la asignación y distribución de la competencia judicial es una regla del proceso, antes que una garantía; también lo es que no se puede sucumbir con actuaciones inoficiosas e improcedentes. Por ejemplo, al acusado en la persecución penal le corresponde una competencia determinada por la naturaleza del delito, de modo tal que la actuación del juez incompetente no significa que se lo deba someter a un nuevo enjuiciamiento.

Tampoco se viola la garantía del juez natural cuando, a raíz de la renuncia, jubilación o muerte de un magistrado, otro nuevo asume la función que a él correspondía y continúa conociendo de la causa iniciada con anterioridad ya que lo inadmisible, lo que la Constitución repudia, es el intento de privar a un juez de su jurisdicción en un caso concreto y determinado para conferírsela a otro juez que no la tiene, en forma tal que por esta vía indirecta se llegue a constituir una verdadera comisión especial disimulada bajo la calidad de juez permanente investido por ese magistrado de ocasión.

Hay casos donde el esclarecimiento es más difícil. Los llamados "juicios de la verdad" generaron un procedimiento especial *de investigación sobre un período de nuestra historia donde la desaparición forzada de personas fue una práctica del Estado. En ellos se distinguió la obligación del Estado Nacional de investigar y dar a conocer los hechos que se puedan establecer fehacientemente* (verdad), de *castigar y procesar a los responsables* (justicia) y de *reparar integralmente los daños morales y materiales ocasionados* (reparación). La pregunta corriente fue ¿son tribunales o comisiones especiales de juzgamiento?

La Cámara Federal de La Plata sostuvo que

> ... si en el procedimiento con intervención de los jueces delegados, establecido por la Cámara, surgiera "la existencia de cualquier delito perseguible de oficio, el tema debía ser girado por los canales procesales adecuados al definitivo conocimiento del juez competente" [...] Mal puede hablarse, entonces, de "tribunal especial" cuando la vía, a la que se atribuye esa naturaleza, no implica enjuiciamiento de las personas presuntamente involucradas en los hechos durante el período 1976-1983. Repárese que un presupuesto de los "tribunales especiales" es el juzgamiento de las personas individuales implicadas en casos especiales, potestad inexistente en quienes dirigen las aludidas actuaciones de averiguación de la verdad. Este último no se ocupa de casos concretos –responsabilidades penales

> individuales– sino, ampliamente, de los abusos a los derechos humanos perpetrados durante un período determinado.[555]

La jurisdicción originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en las causas que la Constitución Nacional le asigna es de orden público, de modo tal que el trámite cumplido, y aun resuelto, ante un juez diferente, provoca la nulidad absoluta del pleito, obligando a su repetición.

Este es el otro extremo de la garantía, que se funda en lo dispuesto por los artículos 116 y 117 de la Constitución Nacional, que privilegia al fuero federal en los juicios en que intervienen el Estado nacional o una entidad de igual carácter, en tanto las provincias, en el ámbito de los Tribunales de la Nación, no pueden ser sometidas sino a la jurisdicción originaria de la Corte.

Finalmente, hay situaciones ocasionales que provienen del desplazamiento de la competencia por fuero de atracción, o cuestiones conexas, pero que no significan alterar la máxima del "juez natural" al constituir meras reglas de distribución del trabajo.

115.2 El juez natural en situaciones de emergencia o excepción

Constituye un principio básico relativo a la independencia de la judicatura que toda persona tiene derecho a ser juzgada por tribunales de justicia ordinarios con arreglo a procedimientos legalmente establecidos.

> El Estado no debe crear *tribunales que no apliquen normas procesales debidamente establecidas para sustituir la jurisdicción que corresponda normalmente a los tribunales ordinarios* (Principios Básicos Relativos a la Independencia de la Judicatura, adoptadas por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán del 26 de agosto al 6 de septiembre de 1985, y confirmados por la Asamblea General en sus resoluciones 40/32 de 29 de noviembre de 1985 y 40/146 de 13 de diciembre de 1985).

La Convención Americana utiliza el término "competente" para señalar al juez natural, agregándole los requisitos de ser independiente e imparcial de acuerdo con el artículo 8.1.

555. Cám. Fed. La Plata, "G. M. O. s/ Nulidad", 22/11/2007, incidentes N° 2549/S.U. y "Welsh, Enrique Francisco s/ Nulidad", N° 2550/S.U.

La Corte Interamericana, considerando la situación de Tribunales Militares para el juzgamiento de insurgentes, dijo que las propias fuerzas armadas inmersas en el combate contra la subversión son las encargadas del juzgamiento de las personas vinculadas a dichos grupos. Por ello, aseguró que alteraba considerablemente la imparcialidad que debe tener el juzgador.[556]

> En la opinión consultiva que estudió los procesos constitucionales que no se podrían suspender ni en situaciones de emergencia (Cfr. *El hábeas corpus bajo suspensión de garantías –arts. 27.2, 25.1 y 7.6 Convención Americana sobre Derechos Humanos–, supra nota 86, párr. 30 y Garantías judiciales en estados de emergencia –arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos–, supra* nota 86, párr. 20), el Tribunal había señalado que las garantías a que tiene derecho toda persona sometida a proceso, además de ser indispensables deben ser judiciales, "lo cual implica la intervención de un órgano judicial independiente e imparcial, apto para determinar la legalidad de las actuaciones que se cumplan dentro del estado de excepción".[557]

116. La abstención judicial como garantía

La imparcialidad como garantía procesal actúa con parámetros algo difusos, porque con el derecho constitucional (art. 18, CN) pretende afianzar el precepto, pero no lo sanciona con la firmeza que debiera tener el no cumplir con un mandato proveniente de la Norma Básica del Estado.

---

556. La Corte Suprema de Justicia, con voto del ex juez Boggiano sostuvo que la aplicación de la *Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas*, según la cual los responsables de los hechos constitutivos del delito solo podrán ser juzgados por las jurisdicciones de derecho común competentes de cada Estado, con exclusión de toda jurisdicción especial, en particular la militar, no configura un supuesto de vulneración al principio constitucional del juez natural (21/08/2003, "Videla, Jorge Rafael s/ incidente de excepción de cosa juzgada y falta de jurisdicción". Fallos: 326:2805).

557. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos en varios informes nacionales ha criticado las siguientes prácticas que considera violatorias de la imparcialidad e independencia judicial: el empleo de traslados o destituciones de jueces como sanción por sentencias contrarias a los intereses del gobierno; el nombramiento por el Presidente de la República de los integrantes del Poder Judicial; las designaciones políticas de magistrados; la falta de garantía sobre la inamovilidad de los jueces; la autolimitación del Poder Judicial a través de la negación de su propia competencia para examinar los fundamentos de medidas del Poder Ejecutivo (cfr. Albanese, Susana, *Garantías Judiciales*, Ediar, Buenos Aires, 2000, p. 84).

Ello es así, como bien lo explica Picó i Junoy, porque

> … nuestro ordenamiento ha optado por proteger la imparcialidad judicial mediante la figura del juez *suspectus* y no la del juez *inhabilis*. La diferencia entro uno y otro es evidente: mientras que en el primer caso los actos judiciales son plenamente válidos hasta tanto no se denuncie la sospecha de parcialidad del juzgador; en el segundo, se establecen determinadas causas que operan automáticamente y de forma absoluta, inhabilitando al juez para conocer de un determinado asunto, por lo que de hacerlo sus resoluciones serán nulas.[558]

Los motivos originan la exclusión jurisdiccional por *impedimentos*, y las causales provocan la *recusación* o la *abstención* del juez o tribunal. Ellas se caracterizan por cuestiones *objetivas* como resultan los casos de parentesco por consanguinidad o afinidad; pleito pendiente con alguna de las partes; haber sido el juez defensor de alguno de los litigantes o emitido opinión o dictamen, o dado recomendaciones acerca del pleito antes o después de comenzado. Y por consideraciones de orden *subjetivo* como las que resultan de la enemistad o resentimiento con el o los contendientes; o con obligaciones morales como las que importa tener interés en el resultado del conflicto; amistad con alguna de las partes (no con sus abogados) o frecuencia en el trato con ellas.

Es decir, el juez se aparta por hechos que le impiden objetivamente asumir la resolución de la causa; acepta o cuestiona las causales de recusación subjetiva; y se abstiene de actuar cuando el caso le produce una violencia moral en orden a la tramitación y resolución del conflicto.

Obsérvese que el artículo 30 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, establece que

> *Todo juez que se hallare comprendido en alguna de las causales de recusación […] deberá excusarse […]* Vale decir que no faculta al tribunal a continuar actuando por el consentimiento de las partes, porque claramente señala un deber. No obstante, un sector de la doctrina dice que configura una

558. Picó i Junoy, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, *op. cit.*, p. 17. No obstante, afirma Guasp que "… la identidad de causas de abstención y recusación demuestra que el fundamento de ambas instituciones es el mismo y que no solo se diferencian en ser medios de naturaleza jurídica distinta al servicio de una misma necesidad; en particular, es pues, inaplicable la antigua distinción entre *iudex inhabilis* y *iudex suspectus* que en otras legislaciones sirve todavía para regular la institución" (Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, *op. cit.* T. I, p. 596).

> abstención moral que no produce consecuencias negativas ni responsabilidad disciplinaria alguna.[559]

Arazi y Rojas aclaran que

> … se trata de una situación sumamente sutil, que cae dentro de la esfera íntima del juez, quien debe evaluar si se ve compelido moralmente desde el punto de vista de la imparcialidad que debe mantener en la causa como para sustraerse de su conocimiento.[560]

La simple lectura de la norma, que reproduce con la misma técnica lo que otros reglamentos procesales expresan de manera idéntica, muestra un formulismo genérico y flexible que permite al magistrado inhibirse de asumir el conocimiento en la causa cuando analiza las causales o motivos de recusación; y al mismo tiempo, abstenerse por razones de *decoro* o *delicadeza*, extremos que lo ponen en una situación de alternancia.

Por eso, los casos de excusación deben ser apreciados con mayor amplitud de criterio que los relativos a la recusación con causa, a fin de hacer honor al escrúpulo siempre respetable y presuntamente sincero de los magistrados.

De todos modos, con mayor severidad, algunos autores argumentan que la abstención es un deber propio del oficio, y en caso de quebrantamiento, corresponde una sanción disciplinaria al juez o magistrado.[561] Recuérdese que en nuestro régimen federal el artículo 32 dispone que

> Incurrirá en la causal de "mal desempeño", en los términos de la ley de enjuiciamiento de magistrados, el juez a quien se probare estaba impedido de entender en el asunto y a sabiendas haya dictado en él resolución que no sea de mero trámite.

En suma, como resume Guasp,

> … es dudoso que la naturaleza jurídica de las abstenciones constituya una verdadera obligación y no una facultad; pues cuando concurre una causal de recusación el juez debe (carácter imperativo) apartarse de la causa, "pero no existe sanción alguna de la pretendida obligación de abs-

559. Cfr. Andrioli, Virgilio, *Commento al Codice di Procedure Civile*, Napoli, Jovene, V. I, 3ª ed., 1954, p. 177.

560. Arazi, Roland; Rojas, Jorge A., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni (2ª ed.), T. I, 2007, p. 102.

561. Ver, por todos, Picó i Junoy, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación*, *op. cit.*, p. 39, nota 47.

tenerse; ni son nulos los actos en que haya intervenido un juez que hubiera debido abstenerse si la parte no ejercita el derecho de recusación, ni es aplicable al caso ninguna corrección disciplinaria".[562]

Desde una perspectiva aun más grave, Cappelletti instala el incumplimiento de mandatos constitucionales (la obligación de mantenerse imparcial es una garantía constitucional) entre las "responsabilidades políticas" del juez.[563]

117. La recusación como reaseguro de la imparcialidad

A un juez no se le debe pedir, por principio, que se excuse, pues si hay razones para que adopte esa decisión, no es necesario que alguien le suscite el cumplimiento de su deber; y si no lo hace pese a existir razones objetivamente suficientes, el camino que impone la responsabilidad profesional es recusarlo con causa.

Aun así, si el letrado no se atreve a invocar las razones, tiene a su disposición otra herramienta similar que lo faculta a pedir la inhibición del juez sin expresar los motivos.

La finalidad de la recusación es asegurar la garantía de imparcialidad, inherente al ejercicio de la función judicial. La parte que encuentra un magistrado que no le inspira confianza de imparcialidad, solo puede hacer uso del derecho que el sistema procesal le acuerda para recusar indicando la causa, pues es excepcional la recusación sin causa.[564]

562. Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, T. I, p. 584.

563. Cappelletti, Mauro, *La responsabilidad de los jueces*, La Plata, Jus Fundación para la Investigación de las Ciencias Jurídicas, 1988, pp. 47-48.
Un subtipo de la responsabilidad política es la denominada por Cappelletti: "constitucional" [...] "Contiene los dos rasgos distintivos del tipo político, pero con una importante diferencia: esta responsabilidad se da solo por específicas violaciones a la Constitución. En principio, la responsabilidad constitucional parecería ser una especie de la "legal", más bien que la responsabilidad política, si no fuera porque las violaciones a la Constitución son por su naturaleza eminentemente políticas, y porque aquella, definida vagamente como "ley suprema, está librada a las interpretaciones creativas de los órganos políticos o cuasi-políticos que, al hacerlo, pueden contrariar disposiciones constitucionales. Por eso, el carácter "legal" de esas violaciones es muy borroso. Las conductas que sean condenables antes política que legalmente, pueden ser incluidas con facilidad entre las que merecen sanciones por violar la Constitución...".

564. CNCiv., Sala C, "Kring, Edmundo c. Domene, Teresa", 18/06/1980, *LL* 1980-D-289, *ED* 89-482). En suma, esta facultad le permite al litigante excluir a un juez del

Claro está que el ejercicio de esta facultad procesal debe ser adecuada evitando el abuso o la utilización como mecanismo dilatorio. Cuando ello se puede corroborar, objetivamente, juega el principio de moralidad castigando la conducta procesal de la parte.

En tal sentido dice el artículo 29 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que "Desestimada una recusación con causa, se aplicarán las costas y una multa de hasta pesos ... por cada recusación, si ésta fuera calificada de maliciosa por la resolución desestimatoria."

La recusación argumentada es el remedio legal del que los litigantes pueden valerse para separar al juez del conocimiento del juicio, si las relaciones o actitudes de aquel con alguna de las partes, o con la materia del proceso, son susceptibles de poner en duda la imparcialidad de sus decisiones.

Cuando se alega una causal es imprescindible señalar concretamente los hechos que ponen en peligro la imparcialidad del juez. La invocación de cada motivo constituye un acto relevante, por lo que se requiere un razonamiento serio y fundado.

La causa por la que se solicita el apartamiento no se puede suplantar con otra, pues ello implica un evidente carácter obstructivo y un manifiesto desprecio por las decisiones de la autoridad jurisdiccional. En una palabra, los jueces y los letrados deben actuar conforme a derecho, lo que supone alegar, fundar y probar la causal o causales que interponga.

A diferencia de otras legislaciones, la nuestra no enumera los motivos sino que los indica con carácter taxativo. El número *clausus* delimita el derecho de oposición que reclama la parte, por lo cual estas no pueden crear ningún motivo que no esté reglado (por ejemplo, se han rechazado como causales de excusación: la demora en dictar resoluciones; el presunto mal desempeño de la función jurisdiccional; el error de hecho o de derecho; etc.).

> Ha sostenido la Corte Nacional que, con la recusación se intenta preservar la imparcialidad necesaria de los tribunales de justicia, pero a su vez,

conocimiento de la causa y no se refiere al juzgado, sino a la persona del juez. En consecuencia, si antes de ser decidida, el magistrado cesa en sus funciones, no cabe pronunciarse sobre aquélla por carecer de finalidad fáctica Inclusive, es nulo el pacto de renuncia anticipada a recusar con expresión de causa al Juez que haya de intervenir en el eventual litigio, en atención al interés público que se procura preservar (Cfr. Gozaíni, Osvaldo *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, T. I, La Ley, 2ª ed., 2006, p. 58).

se intenta evitar que el instituto se transforme en un medio espurio para apartar a los jueces del conocimiento de la causa que por la norma legal le ha sido atribuido.[565]

117.1 Impedimentos objetivos para actuar

La sospecha de parcialidad que se denuncia por impedimentos objetivos tiene cuestiones discutibles. Una surge del hecho mismo que la origina, pues atendiendo el deber judicial de abstención, su omisión podría ser, al menos, una falta ética. El juez que no se aparta de la causa conociendo el vínculo con la parte, no procede responsablemente.

La siguiente, porque al ser una causal objetiva, la prueba de ella se basta con la simple verosimilitud.[566]

Inclusive, un simple análisis de la cuestión no puede omitir que, en definitiva, toda causal de recusación es siempre subjetiva, porque se trata de advertir o señalar un motivo por el cual el juez puede alterar el equilibrio entre las partes y resolver en beneficio de una de ellas.

Las causales suceden en dos supuestos: a) las que constituyen un deber para el magistrado, y b) las llamadas "causas íntimas" que se refieren a algún impedimento moral para juzgar con imparcialidad. La invocación de estas últimas es un derecho del juez, privativo de su fuero interno por prevalecer, estrictamente, motivaciones subjetivas. Pero en las primeras, la omisión deliberada y probada por el recusante provoca la causal de "mal desempeño" que puede derivar en el juicio de destitución. Circunstancia que nunca ocurrió en la historia judicial argentina.

565. CSJN, Fallos: 326:1609; 325:3431, entre otros.

566. Cfr. Picó i Junoy, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación, op. cit.*, p. 47. "En los textos jurídicos de inspiración canónica, como el Espéculo y el Fuero Real, se exigió la obligación de citar alguna causa legal de sospecha de parcialidad del juez [...] En los textos jurídicos que siguen la tradición romano-justinianea, especialmente las Partidas y el Ordenamiento de Alcalá de Henares de 1348 no se exigió la concurrencia de una causa establecida en la ley. A los litigantes, para lograr la sustitución del *iudex suspectus*, les era suficiente prestar juramento sobre las circunstancias, no preestablecidas o numeradas legalmente, que ponían en entredicho a la imparcialidad judicial. Solo a partir de la Novísima Recopilación, y en los supuestos de recusación de la alta magistratura, empieza a exigirse la concurrencia de una causa legal al objeto de evitar recusaciones maliciosas ...".

a. El parentesco de consanguinidad o afinidad

La causal de recusación referida al parentesco por consanguinidad dentro del cuarto grado y segundo de afinidad, encuentra fundamento en la posibilidad de que el afecto que normalmente provoca la relación familiar comprometa la imparcialidad del magistrado.

El motivo describe exclusivamente a la relación del juez con alguna de las partes, sus mandatarios o letrados, con alguna diferencia de grado entre ellas.[567] La fórmula es la misma que tenía la derogada Ley de Enjuiciamiento Civil española (art. 189 incs. 1 y 2), por lo que pueda aplicarse la interpretación de Guasp cuando explica que

> Tanto la consanguinidad como la afinidad como el matrimonio quedan incluidas en este motivo aunque el texto de la ley no lo diga expresamente porque se emplea en él la fórmula del mismo parentesco que alude a una y otra clase.
> El parentesco con el defensor que impide la intervención del juez en el proceso se extiende únicamente al segundo grado y no al cuarto como en el supuesto anterior: la ley ha creído, en efecto, que un parentesco de tercero o cuarto grado, peligroso si se da entre el juez y las partes, no lo es cuando media entre el juez y el defensor.[568]

La proximidad del vínculo se cuenta con las reglas del Código Civil (arts. 345 a 364), y comprende también las relaciones emergentes de la tutela.

---

567. CNCiv., Sala A, "Taboada, Oscar M. c. Bullorini, Héctor R.", 08/11/1997, *LL* 1997-F-930 [39.936-S]) (Cfr. Gozaíni, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, op. cit.*, T. I, p. 60). Por ejemplo, la expresa manifestación del recusado sobre el parentesco que lo vincula con uno de los mandatarios de la actora –de quien admite ser su hermano– genera la aplicación de la consecuencia prevista legalmente para el supuesto de reconocimiento de los hechos en que la recusación se funda, provocando el inmediato apartamiento de la causa (Fallos: 316:826). Para analizar la procedencia de la recusación con causa, corresponde distinguir la amistad que se manifiesta por la gran familiaridad o la frecuencia de trato, de la familiaridad o frecuencia de trato que no es amistad porque, o se trata de actos de vecindad, de simple cortesía, aproximación o conocimiento, o de actos realizados por individuos confianzudos, o personas que desean mostrarse frente a otros como integrantes de un círculo en el que no se les ha dado cabida.

568. Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, T. I, p. 590.

b. Interés en el pleito o sociedad con alguna de las partes

Para que resulte procedente la recusación basada en la causal de interés en el pleito, el juez se debe encontrar en situación de aprovechar o sufrir las consecuencias del fallo, debiéndose indicar o acompañar prueba que abone dicho interés, el que puede ser directo o indirecto, material o moral y susceptible de beneficiar o de perjudicar al juez o a sus parientes. Las presunciones no pueden ser la única fuente de prueba.

El interés que representa la norma se relaciona con los beneficios que una sentencia favorable le traería al magistrado que actúa en la causa. No son únicamente de contenido patrimonial, pues alcanza a bienes inmateriales.

La Corte, en cambio, sostiene que la causal de recusación de interés en el pleito se refiere a intereses económicos o pecuniarios.[569] Decisión que de extenderse a todo supuesto puede complicar la interpretación del "interés en el pleito o en *otro semejante*". Porque la semejanza solo puede referir a conexidad, es decir, cuando ambos procesos se relacionan por tener elementos en común: partes, bienes, hechos que sirven de fundamento, etcétera. O, en su caso, pensar en que la semejanza tiene fronteras más expandidas que superan la identidad de cuestiones (de hecho y de derecho).

Por eso se ha dicho que

> … el interés directo o indirecto en el pleito ha de entenderse en el sentido de que su fallo favorable o desfavorable repercuta directa o indirectamente en un interés del que el juez es titular; lo que ha de tenerse en cuenta no es, por tanto, que al juez le interese que el pleito sea fallado sin más sino que sea fallado en un determinado sentido, prescindiendo de la justicia de la resolución; dándose esta circunstancia es indiferente que se trate de un interés patrimonial o no.[570]

Coincide así con la lectura que hacen Alvarado Velloso y Palacio sobre la noción de "pleito semejante", caracterizado como aquel en el cual se discuten las mismas cuestiones que en el proceso donde se recusa, de modo que la solución acordada a este puede influir, como precedente, en la del otro, resultando indiferente que este último se

569. CSJN, Fallos: 317:993.

570. Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.* T. I, p. 593.

haya iniciado con antelación o posteriormente con respecto al que se sustancia ante el juez recusable.[571]

Al final, la norma indica como razón para inhibirse, cuando el juez tiene una relación de parentesco o afinidad con la parte o sus letrados, salvo que la sociedad fuese anónima.

En estos casos, debe considerarse que la palabra "sociedad" está empleada en su aceptación amplia, es decir genérica "extensiva a toda reunión de personas que establezcan relaciones particulares entre ellas" y aplicando el conocido aforismo *ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debermus*, vale decir que no importa que se trate de una sociedad con fines civiles, comerciales, sociales, etcétera, por cuanto es el *affectio societatis*, el fundamento principal de la recusación, como lo corrobora la excepción expresa de la sociedad anónima, en donde, dado su carácter impersonal, no hay fijeza de socios y sus acciones son al portador.[572]

De todos modos es una redacción poco clara, que deja dudas acerca de si relaciona solamente a los parientes del juez (teniendo en cuenta que él no puede tener ni ser parte de sociedad comercial alguna) que forman parte de una empresa constituida por acciones; o si también alcanza al interés que el magistrado tiene en el resultado que puede lograr de sentenciar sobre el destino patrimonial de una sociedad de tal naturaleza.[573]

---

571. Alvarado Velloso, Adolfo; Palacio, Lino E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1988, T. I, p. 436.

572. CNCom., Sala B, "Greco Hnos. S. A. y otros s/quiebra", 27/04/1984, *LL* 1984-C-32. En esta línea se agrega que la causal no está limitada a las sociedades o comunidades que persiguen propósitos lucrativos, sino que debe considerarse extensiva a las simples asociaciones (clubes, entidades deportivas, intelectuales, sociales, etc.), en este último caso el criterio de apreciación debe ser más estricto y tener en cuenta, fundamentalmente, la naturaleza de la composición numérica del ente colectivo (cfr. Alvarado Velloso, Adolfo - Palacio, Lino E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, *op. cit.*, p. 435).

573. El plenario "Waitzel, Rodolfo P. y otra" del 19 de febrero de 2002, de la Cámara Nacional Federal en lo contencioso administrativo, señaló que *no procede aceptar la excusación de un magistrado con fundamento en el inciso 2º del art. 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, en los procesos deducidos con motivo del Decreto 1570/01, de la ley 25.561, de los decretos de necesidad y urgencia 214/02 y 230/02 y de las demás normas complementarias o modificatorias, toda vez que es más importante evitar la privación de justicia que surgiría de no actuar el Juez que se excusa*.

El plenario recuerda que para conjurar una situación esencialmente similar a la que motivó el caso presente, la Corte Suprema sostuvo (31/10/1995) en la causa "Wechsler" (Fallos: 318:2125) que *la imposibilidad de resolver la integración de un tribunal por la insuficiencia de las normas que prevén el reemplazo de aquéllos alcanzados por las causales de*

En conjunto, la disposición debiera distinguir el interés denunciado. Cuando la proximidad del beneficio especulado es muy próxima, el interés trasciende la presunción pues se ocupa de considerar la situación como parte del mismo juez. Este es un interés directo (no indirecto) porque es el propio magistrado quien puede ser demandado (*v. gr.* supuesto de acción patrimonial dirigida contra la cónyuge divorciada que mantiene vigente sin dividir la sociedad conyugal; o en los casos de fianza, responsabilidad subsidiaria; solidaridad de las obligaciones; copropietario, etc.) como un litisconsorte más.

Es el caso del juez que pierde imparcialidad porque del resultado depende una ventaja o utilidad propia, con tal incidencia que afecta su persona o bienes.

En cambio, el interés indirecto tiene variables que no lo definen con precisión porque se funda en subjetivismos que para ser admisibles requieren de varias cosas: fundarse en hechos extraprocesales, ser actuales y tener un carácter personal.[574] Lo primero, porque no se puede especular sobre actuaciones jurisdiccionales que gozan del control recursivo que facilita la revisión de un eventual compromiso de la parcialidad judicial; en segundo término, la actualidad refiere a la oportunidad del planteo (principio de preclusión de los actos procesales); y en último orden, la incidencia directa en la persona del juez, sin ocupar otros espacios como el interés ideológico, político o social.[575]

---

excusación de que se trate, no debe prevalecer sobre la necesidad de superar la situación de privación de justicia que de otro modo se produciría. Un marco procesal impreciso, se dijo, no puede suprimir la garantía constitucional de la defensa en juicio de la persona y de los derechos que –en el caso– consiste en obtener una decisión judicial acerca de las cuestiones controvertidas; y por eso, con apoyo constitucional, procede encontrar una solución que atienda a esa exigencia y –en la medida de lo posible– considere los valores que procuran preservarse mediante las normas que rigen la excusación de los magistrados.

574. Picó i Junoy, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación, op. cit.*, p. 79.

575. Este criterio tiene posturas diferentes que aceptan la posibilidad de recusar al juez por motivos ideológicos o políticos tal como se propicia desde la doctrina italiana más reciente. Sin embargo, como apunta Calvo Sánchez, el peligro no está en que el juez tenga o pueda tener una ideología, sino en que ponga la función jurisdiccional que ejerce al servicio de la ideología que profesa, por lo que cabe preguntarse sobre si el actual sistema de acceso a la judicatura está o no politizado. "Reflexiones sobre la causa novena del art. 219 de la Ley Orgánica del Poder Judicial: Tener interés directo o indirecto en el pleito o causa", en *Revista Poder Judicial*, Nº 13, 1989, p. 20.

Con relación a los miembros de nuestros tribunales superiores, el criterio es que no es procedente la recusación de ministros de la Corte Suprema con invocación de las causales de interés en el pleito y enemistad, si la misma se fundamenta, por ejemplo, "...en una eventual animosidad originada en hipotéticos acontecimientos futuros sobre la base de un artículo periodístico".[576]

c. Controversias de distinta fuente

La confrontación directa entre el juez y la parte suscita distintos modos (causas) de provocar la abstención del magistrado. Las razones surgen del distanciamiento objetivo que provoca la animosidad entre ellos, los que por su importancia y entidad, no permiten actuar con la imparcialidad intangible que todo proceso debe preservar.

Una de estas causales es el *pleito pendiente* entre recusante y recusado, que debe ser necesariamente anterior al que origina la abstención o la denuncia, en su caso; pues de otro modo, estaría en manos de cualquiera de las partes crear la fuente mediante el simple arbitrio de entablar una demanda contra el juez.

La litis pendiente supone que la controversia está en trámite, sin importar que el juez o el denunciante se encuentren en litisconsorcio con otros; o que se trate de una persona ideal, porque el foco de atención está en la vigencia del conflicto.

También se puede alegar como motivo el *haber sido denunciante o denunciado*. Carácter que se refiere tanto a juicios penales, como correccionales o contravencionales y alcanza, por excepción, no solo a las partes sino también a los abogados y procuradores.

576. CSJN, "Barbeito, Juan C. y otros c. Provincia de San Luis", 24/04/2003, LL, Sup. Const, 2003 [agosto], 57. Asimismo la Corte repite sosteniendo que: "... Corresponde rechazar la solicitud de apartamiento de los jueces de la Corte para decidir el planteo de inconstitucionalidad de las acordadas 31/11 y 38/13 si no se configura un adelanto de opinión ni los jueces han quedado comprendidos en ninguno de los enunciados descriptivos que contempla el art. 17 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuando la Corte ejerce la facultad que la Constitución y la ley le confieren para establecer normas generales de superintendencia (Fallos: 339:1804). Aclarando en más de una oportunidad que [...] A partir de la reforma que introdujo la ley 19.419 al texto del artículo 14 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, no es posible recusar sin causa a los miembros de la Corte Suprema, limitación que debe hacerse extensiva a quien ha aceptado ser juez del Tribunal de conformidad con el procedimiento dispuesto por el artículo 22 del Decreto-ley N° 1285/58 (Fallos: 339:90)".

Igual que en lo anterior, no basta con indicar la existencia de una querella o denuncia para generar el apartamiento, pues de otro modo a cualquiera le sería suficiente provocar la causa de separación. El requisito es que la denuncia tenga curso favorable y que sea anterior al proceso que motiva su interposición.

Mayor complejidad tiene resolver la procedencia cuando la denuncia es del juez contra la parte o el abogado o viceversa, pero en líneas generales, siguen iguales principios, aunque siempre se dispone de la causal de "decoro o delicadeza" para apartarse.

En el régimen procesal federal se incluye como causa que el *juez haya sido denunciado ante el Consejo de la Magistratura*. En este supuesto, la recusación debe ser formulada en forma clara y requiere una fundamentación seria y precisa; acorde con la entidad de la cuestión que se plantea, debiendo señalar concretamente los hechos demostrativos de las causales que pongan en peligro la imparcialidad del juez.

Cuando se trata de denuncias efectuadas por la causal de mal desempeño, que deriven en sumarios ante el Consejo de la Magistratura, se siguen iguales principios explicados en parágrafos precedentes, vale decir, que no es suficiente la sola denuncia. Por ello, no basta el pedido de juicio político o la queja respectiva ante el tribunal pertinente, para que se configure la causal de recusación prevista, sino que resulta necesario que la comisión respectiva se haya pronunciado afirmativamente en cuanto a la procedencia del mismo.

En este grupo no se afilia la causal de enemistad manifiesta porque su configuración, a veces, no encuentra claramente demostrada la razón objetiva de la abstención o la recusación.

d. Vinculaciones personales

Este es otro conjunto de causales donde podemos enumerar como motivo el ser acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes.

El precepto tiene antecedentes muy lejanos que se remontan a las Leyes de Partidas (Título IV. Ley X, Partida III) aunque más relacionado con la obligación judicial de excusarse cuando se tiene interés en el pleito (*ningun judgador, nó puede, nin deue oyr ní librar pleyto fobre cofa fuya: o q´a el pertenezca*) o se encuentra con acciones pendientes contra quien es parte en el proceso que debe entender.

La causal se llevó a la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 y tras sucesivas adecuaciones, el modelo que siguió nuestro derecho patrio adoptó los incisos 7º y 8º del artículo 189 que refieren como causas legítimas de recusación el tener pleito pendiente o tener interés directo o indirecto en el juicio o en otro semejante.

La condición de ser acreedor, deudor o fiador de alguna de las partes se puede colegir dentro de este campo de aplicación jurisprudencial, porque en la normativa española no fue referida; de modo tal que el motivo agregado en nuestro código tiene connotaciones singulares.

En este apartado la causal pretende eludir la probable parcialidad del juez cuando está en alguna situación patrimonial que lo relaciona con la parte que litiga ante sí. Sin embargo, el alcance no es tan preciso como se puede presumir.

En efecto, el temperamento corriente sostiene que corresponde rechazar la excusación presentada por un Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación para entender en un amparo interpuesto contra el Decreto N° 1570/2001 y sus modificatorias y/o reglamentaciones, si objetivamente no se configura ninguna causal de recusación, ya que el artículo 17 inciso 4º del Código Procesal de la Nación exceptúa expresamente la circunstancia de ser el juez –como en el caso– acreedor de un banco oficial y al no tener el magistrado pleito pendiente con un objeto semejante al deducido tampoco concurre la causal prevista en el inciso 2° de la norma citada (del voto de la mayoría).[577]

La norma que aludimos agrega una salvedad particular cuando indica que no procede la causal cuando la calidad se tiene respecto de "bancos oficiales"; excepción propia de nuestra legislación que tiene las siguientes razones.

Originariamente el artículo 368 inciso 6º del Código de Procedimientos contenía esta causal aclarando que no era procedente respecto de los bancos del Estado o de sociedades anónimas. La jurisprudencia fue conteste y reiterada en sostener que la enumeración de causales era taxativa y que se debía interpretar restrictivamente.[578]

577. CSJN, "Beratz, Mirta E. c. Poder Ejecutivo Nacional", 12/18/2002, *LL* 2003-B-7.
578. CSJN, Fallos: 32:127; 42:106, etc.

> Inclusive se había dicho que el ser acreedor o deudor del Banco de la Nación en juicio en que este sea parte, no es causal de recusación.[579] Fallo que si bien data de 1892 y aplica su inteligencia sobre el Código de Procedimientos en lo Criminal y la extiende al inciso 3º del art. 43 de la Ley de Procedimientos para los Tribunales Federales, no se puede descartar en la medida que igual limitación existía en otros códigos de la época, que lo habían establecido expresamente como el de San Luis (art. 581 inc. 7º), y San Juan (art. 1075 inc. 5º).

La doctrina más calificada de entonces, extendía la indicación de bancos estatales a los nacionales, provinciales y municipales.

Ahora bien, la eliminación posterior de la causal que hacía inaplicable la recusación cuando el juez tenía vinculaciones con sociedades anónimas fue producto del régimen establecido para la designación de funcionarios y magistrados de la justicia nacional (Decreto N° 1285/58, en particular art. 9º) y de la remisión de la causal al inciso 2º del artículo 17; y el mantenimiento de la exclusión respecto de los bancos oficiales, fue una derivación lógica de las circunstancias, pues cualquier juez de la Nación tenía o podría tener relaciones como deudor o acreedor de la banca oficial.

> Aquel precedente de Fallos 49:41 lo advertía afirmando que, no son las simples relaciones de acreedor o deudor con un banco nacional, el que permite la causal de recusación, porque sería imposible o por lo menos muy difícil, encontrar en ciertas localidades de la República persona que estuviera en aptitud legal para juzgar los asuntos en que el Banco fuese parte.

Desde entonces, la aplicación jurisprudencial ha sido pacífica en el sentido de que se acuerda a dicho precepto. En definitiva, la exclusión de la banca oficial es manifiesta, y si tenemos en cuenta que las causales de recusación son de interpretación restrictiva, no se podría elastizar el criterio allí donde imperativamente está indicada su inaplicación.

También se agrega en este numeral la causal de haber sido el juez *abogado de alguna de las partes*, calidad que tiene una amplia asignación de razones, que se singularizan en otros motivos como haber *emitido opinión o dictamen o dado recomendaciones acerca del pleito, antes o después de comenzado*.

579. CSJN, Fallos: 49:41; 72:199.

Para que se considere el prejuzgamiento como causal de recusación con causa, es necesario que el acto sea expreso, y objetivamente relacionado con la cuestión de fondo a decidir en el litigio.

Incluye en los motivos el rol de perito o testigo, u otras actividades análogas que pudo haber tenido, donde quede de manifiesto que ha proporcionado pruebas en apoyo de las alegaciones de alguna de las partes.[580]

Según Picó i Junoy, la cuestión más controvertida proviene del ámbito objetivo sobre el que debe haberse producido la relación de servicios jurídicos, esto es, sobre si dicha relación debe incidir en el proceso pendiente o puede afectar a pleitos o causas anteriores al mismo.

Sostiene así que

> ... dicha relación alcanza solo al caso de haber prestado el juzgador una relación de servicios jurídicos en el proceso en que pretende hacerse valer la abstención y/o recusación, y ello básicamente por dos razones: en primer lugar, porque este supuesto inicia un listado de hipótesis que se refieren a la intervención del juez en el pleito; y en segundo lugar, porque una interpretación extensiva de esta causa nos llevaría a tener que admitir la posibilidad de abstenerse, o ser recusado continuamente, aquellos jueces o magistrados que han accedido a la Judicatura desde la abogacía o la procuraduría. Si tenemos en cuenta que se les exige un ejercicio profesional de más de seis, diez o quince años, según los casos, es fácil comprender los muchísimos supuestos en los que no podrán intervenir debido a que habrán podido tener algún tipo de relación jurídica con alguna de las partes durante el largo período de tiempo que habrán actuado como juristas. Ello no es óbice para que si dicha relación jurídica ha dado origen a lazos de amistad o de enemistad, puedan hacerse valer otros motivos.[581]

La opinión anterior suscita lecturas contrapuestas cuando se la quiere hacer valer como prejuzgamiento. Pero ello no es así porque los dictámenes emitidos por los jueces en las sentencias, necesarias para dilucidar los casos sometidos a su decisión, no constituyen tal motivo sino el razonamiento expuesto como motivación suficiente cuando se resuelve una cuestión previa.

En efecto, las opiniones emitidas por los jueces del tribunal en sus sentencias, necesarias para resolver los casos sometidos a su decisión,

580. Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, T. I, p. 594.

581. Picó i Junoy, Joan, *La imparcialidad judicial y sus garantías: la abstención y la recusación, op. cit.*, p. 65.

no constituyen el prejuzgamiento que autoriza la recusación con causa, debiendo rechazarse de plano la que sobre tal base se articula.[582]

La Corte insiste con el criterio al sostener que es inadmisible la recusación que se funda en la intervención de los jueces del tribunal en un anterior pronunciamiento propio de sus funciones legales, toda vez que las opiniones dadas como fundamentos de la atribución específica de dictar sentencia importa juzgamiento y no prejuzgamiento, máxime cuando –como en el caso– la causa solo fue agregada por cuerda sin acumular con aquella en que se dictó sentencia, por lo que no se ha violado el artículo 194 del Código Procesal.[583]

El prejuzgamiento, como causal de recusación con causa, solamente se configura por la emisión de opiniones intempestivas respecto de cuestiones pendientes que aún no se encuentran en estado de ser resueltas, de modo que no existe si los jueces limitaron su actuación a la resolución de una recusación cuyos sujetos pasivos, objeto y causa son bien distintos de los que originaron el presente incidente.

117.2 Impedimentos subjetivos

En este campo, el impedimento para obrar no es tan evidente o manifiesto, al punto que eventualmente solamente pueden conocerlo aquellos que se vinculan.

Los ponderables se examinan con la vara que mide el riesgo de quebrar la imparcialidad cuando el motivo puede resentir la distancia que exige la jurisdicción respecto de las partes.

Una causa es el *beneficio recibido*, entendiendo por tal las atenciones y obsequios que recibe el juez o sus familiares directos, los que por su importancia le impiden ejercer su función con plena independencia e imparcialidad frente a quien realiza la dádiva y se encuentra en el proceso en calidad de parte.

El beneficio se reporta como un objeto material o inmaterial que le llega al juez antes o después de iniciado el proceso; puede o no ser de escaso valor, porque en esta causal no se estudia la dependencia que genera el hecho con la actitud del magistrado, sino el impacto que tiene como hecho subordinante.

582. CSJN, Fallos: 339:270.

583. CSJN, Fallos: 338:2884.

Por eso, no se encuentran en esta categoría las designaciones para cargos judiciales o de otra índole, hechas por el gobierno en ejercicio de su actividad específica; ni las adhesiones que se pueden haber realizado como avales a la candidatura para el cargo; ni otras similares que no sean de tal importancia y trascendencia como para magnificar la abstención o la causa de recusación.

En tal sentido, se afirma que debe rechazarse la recusación de un juez de la Corte Suprema que se sustenta en la militancia política que dicho ministro tenía antes de incorporarse al tribunal, porque los beneficios –también políticos– que habría obtenido a partir de la misma y la amistad que mantendría con personajes políticos no son tales, desde que con ellos el recusante se "enfrenta" asiduamente.[584]

Entre las causales de recusación por motivos sociales aparece la amistad y su antónimo, la enemistad.

Es menester distinguir la amistad que se manifiesta por la gran familiaridad o la frecuencia en el trato, de la familiaridad o frecuencia en el trato que no es amistad, porque, o se trata de actos de vecindad, de simple cortesía aproximación o conocimiento, o bien de actos realizados por individuos confianzudos.

Procede respecto de la parte y no con el letrado, pues de otro modo, este perdería la posibilidad de litigar ante cierta jurisdicción, lo que originaría graves problemas, cuando no, una odiosa discriminación. En todo caso, la incomodidad que le cause al juez litigar con quien tiene una amistad o enemistad manifiesta tiene salida por el lado de los motivos de "decoro o delicadeza".

Para Calvo Sánchez tanto la amistad como su opuesto, la enemistad, son conceptos difíciles de plasmar en su proyección jurídica, de ahí que el legislador, con buen criterio –afirma–, antes de efectuar una relación casuística, haya preferido calificarlos con los tradicionales adjetivos de "íntima" y "manifiesta", respectivamente, para apreciar o no, en función del caso concreto, la concurrencia de esta causa.[585]

584. Del voto de los doctores Belluscio y Petracchi. CSJN, "Partido de la Recuperación", 07/03/2003, La Ley, 2003-F, 635 - DJ, 2004-1, 1 - Con nota de Palacio de Caeiro, Silvia B., La Ley, 2003-F, 630.

585. Calvo Sánchez, María del Carmen, "La recusación de los jueces y magistrados (I)", en *Revista Universitaria de Derecho Procesal*, Nº 2, 1988, p. 88. Cfr. Picó i Junoy, Joan, *op. cit.*, p. 72.

Por eso, las reglas son genéricas y responden al tipo subjetivo de las abstenciones y motivos de inhibición. De este modo, la amistad referida es la de intimidad o trato frecuente, y no la ocasional o fruto de la simpatía.[586]

Por su parte, cuando se trata de enemistad, odio o resentimiento, la interpretación ha de ser restricta, pues por vía de principio, el ejercicio de la actividad jurisdiccional, dentro de los marcos legales pertinentes, no puede, por sí, ser expresiva de enemistad u odio.

La causal de resentimiento alude a un estado de apasionamiento adverso del juez hacia la parte, que se manifieste a través de actos directos y externos, los cuales han de haberse puesto de resalto en forma pública.

Pero no se configura cuando en el ejercicio de la actividad jurisdiccional aquel realiza actos que son calificables de arbitrarios, ya que la arbitrariedad no es causal de recusación, ni exterioriza de por sí enemistad, odio o resentimiento.

Por ejemplo, la aplicación de sanciones al litigante por parte del magistrado, los calificativos a los que este acuda para juzgar su conducta o las decisiones que adopte en las causas, aun cuando el recusante califique de arbitrario su proceder, no configuran la causal prevista.

La Corte Nacional aclara que, si bien solo los que alegan la causal de violencia moral están en condiciones de saber hasta qué punto aquélla afecta su espíritu e influye en el ejercicio de su profesión y su poder de decisión libre e independiente, que en el caso de los jueces atiende a la naturaleza de las funciones que les corresponden, debe considerarse que la excusación, como la recusación con causa, son de interpretación restrictiva, con supuestos taxativamente establecidos para casos extraordinarios, pues su aplicación provoca el desplazamiento de la legal y normal competencia de los magistrados, con afectación del principio constitucional del juez natural.[587]

586. CNCiv., Sala I, "Chenlo Castro, José M. y otro c. Bonelli, Miguel A. y otro", 08/06/2002, DJ, 2002-3, 618. Se ha dicho que es improcedente la recusación fundada en la causal prevista en el art. 17, inc. 9 –amistad del juez con alguno de los litigantes que se manifieste por gran familiaridad o frecuencia en el trato– si el recusante no ha explicitado a cuál litigante se refiere ni cuáles serían las circunstancias o hechos que le dan fundamento

587. CSJN, Fallos: 341:694 y 335. Ver también CSJN, "Industrias Mecánicas del Estado c. Borgward Argentina S. A. y otros", LL, 1996-C, 691. Asimismo se agrega que la enemistad, odio o resentimiento son causas de recusación cuando ese estado de espíritu lo tiene el juez para con el litigante, manifestado por actos extremos que le dan estado público

118. Revisión judicial de sentencias viciadas de parcialidad

La última faceta de la imparcialidad aventura revisarla como un supuesto diferente, donde el motivo sea impugnar la incidencia en el fallo de los factores que condicionan al juez como hombre. Por eso, al ser un presupuesto claramente teñido de subjetivismo y poca objetividad, la posibilidad requiere de precisiones.

En efecto, una sentencia expresa siempre un temperamento donde anidan cuestiones de hecho y de derecho que se han valorado con el estándar de la apreciación judicial, y con las pautas singulares de una formación social y cultural.

De algún modo refleja lo que en la teoría de la argumentación se denomina el "contexto de descubrimiento" y el "contexto de justificación"; uno para distinguir lo que pueden ser las causas ideológicas que llevan a sostener una posición jurídica determinada; un medio social; la influencia psicológica, y demás valores que se encuadran en la fundamentación de la sentencia; y otro para dar razones y motivos de la justicia del caso resuelto.

Aguiló propone trabajar el tema con el siguiente ejemplo ofrecido desde la visión de una decisión judicial con dos opciones de afirmación:

> La primera, muestra la tendencia a la benevolencia que exhiben algunos jueces hacia el delito de insumisión es debida a (se explica como consecuencia de) la proximidad social (afinidad de clase, cultural, vecinal, biográfica, etc.) entre jueces e insumisos; y segunda, esas mismas decisiones benevolentes están bien fundadas y son conforme a derecho. La diferencia entre ellas se muestra en que caben todas las combinaciones posibles en la aceptación y rechazo de las mismas.[588]

(CNCiv., Sala F, "Debeney, Enrique E. V. M. c. Opala S. A.", 12/20/1995, LL, 1996-B, 737). En tal sentido para que proceda la recusación con causa prevista en el art. 17, inc. 10 del Código Procesal, es preciso que los hechos que la originan reflejen inequívocamente un estado de efectivo resentimiento del juez hacia el recusante (CNCom., Sala A, "Piccolo, Osvaldo A. c. Fornasari, Luis R.", 16/04/1999, LL 1999-E, 417). Por eso, los hechos que trasuntan indiferencia o descortesía no bastan por sí solos para evidenciar enemistad, odio o resentimiento, a los efectos de la recusación con expresión de causa (CNCom., Sala B, "Noel y Cía. S. A.", 10/08/1991, LL 1992-D, 639, J. Agrup., caso 8160).

588. Aguiló, Josep, "Independencia e imparcialidad de los jueces. Argumentación jurídica" en *Revista Isonomía*, N° 6, abril, 1997, p. 72.

Mientras el primer aspecto suele estar fuera de la teoría de los recursos; el segundo tiene respuestas en las vías de impugnación.

Ahora bien, el objeto del punto consiste en analizar si es posible ocupar en la senda de la discrepancia a la imparcialidad subjetiva; vale decir, aquella que orienta al juez en un sentido donde los conceptos se eluden para dar paso al fenómeno de las valoraciones personales.[589]

La exigencia de motivar las decisiones jurisdiccionales encaja en la línea de sustentación que potencia explorar las situaciones de imparcialidad.

Andolina y Vignera sostienen que

> … el deber de dar cuenta normativa y que justifica la resolución, pierde cualquier valor cuando el juez puede manipular el resultado procesal y adaptar, sin temor alguno de control, el hecho a la norma con la cual se consagra la arbitraria aplicación de la ley.[590]

En esta línea afirma Morello que

> … la garantía de imparcialidad –pegada al principio de legalidad– es condición de efectividad de la función decisoria. De la específica y concreta manifestación jurisdiccional de fallar y componer un caso (controversia) individualizando el derecho que rige lo probado. Actualmente es enfocada con las luces de la concepción democrática que ilumina no solo la obligación constitucional de la motivación, sino los demás espacios en los que se desenvuelve el litigio desde el prisma del judicante: imparcialidad,

589. Morello, Augusto Mario, *Estudios de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Platense-Abeledo Perrot, T. II, 1998. En este aspecto, una vez más se replantea si el ejercicio de la iniciativa probatoria del juez en el proceso conspira o no con la imparcialidad del órgano. El garantismo apuntala la idea que la imparcialidad absoluta solamente se consigue cuando al juez no se lo convierte en parte (y la actividad probatoria es solo una actividad de ella); mientras en otra posición, se afirma que "… el ejercicio del acceso a la justicia no es libre, ni discrecional, sino reglado; condicionado –por la ley– a requisitos necesarios para que los valores coimplicados (orden, seguridad, igualdad de trato) sean asimismo preservados. Las acciones (pretensiones) y los recursos –en general– cuyo uso o el poder valerse el justiciable del proceso está (debe estar) resguardado por la exigencia de determinados presupuestos, si son razonables han de ser acatados porque ello se impone por los ordenamientos procesales de modo general, uniforme, sin odiosas discriminaciones. O lo que es similar, tales requisitos no pueden ser fijados arbitrariamente por el legislador; deben responder a la naturaleza del proceso y a las finalidades que justifiquen su exigencia, y han de interpretarse de acuerdo con esas finalidades, evitando que se conviertan en meros obstáculos procesales".

590. Andolina, Italo; Vignera, Giusseppe, *I Fondamenti costituzionali della giustizia civile - Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, G. Giappichelli Editore, 1992, p. 13.

> objetividad, igualdad de herramientas (de trato y posibilidades reales); de similar o pareja asistencia técnica, publicidad de loa actos y de las diligencias. Todo ello facilita desde *adentro* del proceso mismo (durante el trámite y en sede de impugnación horizontal, vía recursos) y desde afuera de él (el juicio crítico de la opinión pública), la composición del proceso justo.[591]

En suma, el contexto subjetivo de formación de la sentencia excede a la imparcialidad como garantía o principio procesal, en la medida que forma parte de la teoría de la argumentación, donde el razonamiento jurídico, casi siempre, tiene referencias externas concretas y abstractas.

De allí el debate entre "racionalistas" que no justifican ni autorizan al juez prescindir de las reglas afincadas en el principio de previsibilidad y seguridad jurídica (el juez debe aplicar la ley); y aquellos que atienden la situación del justiciable, o destinatario de la sentencia, donde

> … resulta necesario establecer un mínimo de criterios de corrección que limiten la interpretación jurídica meramente subjetiva o hermética. Ello es esencial para que los ciudadanos tengan una percepción clara de que las decisiones judiciales se basan en la igualdad y en el Estado de derecho.[592]

591. Morello, Augusto Mario, *El proceso justo*, Buenos Aires, Platense - Abeledo Perrot, 1994, pp. 418-419.

592. Lorenzetti, Ricardo, *Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2006, p. 213.

Capítulo XVI
La defensa en juicio

119. Generalidades

La defensa en juicio tiene tantas connotaciones que bien podría aplicarse la noción para hablar de debido proceso, o de principios procesales sustanciales y adjetivos, o para referir al ejercicio activo de un derecho contra la acción que otro promueve.

Sin embargo, tantas acepciones resultan propias de ampliaciones que suscitaron la acumulación de contenidos, donde resulta claro que en un primer tiempo el derecho de defensa se adopta como una suerte de reacción contra el ataque, para ir afinando el concepto hacia lo implícito y necesario de esa resistencia, hasta quedar radicado como garantía individual y principio del proceso cualquiera sea la forma de desarrollo.

De este modo, el derecho de defensa que antes se vinculó para caracterizar al debido proceso, hoy forma parte de él, mostrando aspectos particulares que refuerza, como son la asistencia letrada idónea y la prohibición de indefensión.

El nudo problemático que presenta el tema está, precisamente, en esas dos facetas. La primera que relaciona al derecho de defensa como una garantía individual del que enfrenta a otro que demanda o acusa; y la restante para diferenciar los contenidos de la garantía respecto de los que abarca el debido proceso.

En el primer terreno, algunos sostienen que

> ... la expresión *defensa* no es acertada para calificar, con carácter general, a la actuación de una persona que se dirige a un tribunal, ya sea como sujeto activo o como sujeto pasivo del proceso, para que se declare su derecho en un caso concreto.[593]

593. Carocca Pérez, Alex, Garantía *Constitucional de la defensa procesal, op. cit.*, p. 16.

Mientras que la doctrina tradicional piensa que el derecho de defensa no debe quedar circunscripto a la réplica de un ataque precedente porque dentro de ella habitan otros sectores como

> … el ejercicio personal o directo de un derecho subjetivo, sin que su titular haya sufrido ataque previo; el ejercicio de facultades atribuidas al mando para hacer frente a situaciones de excepción; el ejercicio de una potestad por uno de los sujetos en litigio; el derecho de combate entre partes enfrentadas, que fían de la fuerza y no a la razón la decisión de sus diferencias; o bien, el derecho de coacción sobre la contraparte para lograr imponer el prevalecimiento de los propios intereses.[594]

En este campo la discusión se concentra en saber si el derecho de defensa es una garantía de réplica, o si también lo tiene todo el que actúa en un proceso sin diferenciar el rol que ocupa (actor o demandado).

Con relación a los contenidos, la fórmula amplia del artículo 18 de la Constitución Nacional Argentina, permite comprender extensiones que trascienden las dispuestas para el proceso penal. Obsérvese que dispone que *es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos…*, de manera que no incluye únicamente a la tutela individual sino también a los derechos que tras ella se disciplinan.

La cuestión en esta área es desentrañar si las leyes que reglamentan el ejercicio pueden disponer modalidades conforme las circunstancias de estudio, tolerando que cada derecho tome o no adaptaciones o singularidades.

120. La defensa como garantía individual

El derecho de defensa, interpretado como garantía individual, significa acordar un derecho subjetivo a la persona que necesita de consejos y asesoramiento técnico jurídico para argumentar y proteger los derechos que pretende.[595]

---

594. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, 1991, pp. 59-60.

595. Bernal Pulido, Carlos, *El derecho de los derechos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2005, p. 368. Dice el autor que "… El derecho de defensa se erige como uno de los principios integradores más importantes del debido proceso. Este derecho concreta la garantía de la participación de los interlocutores en el discurso jurisdiccional, sobre todo para ejercer facultades de presentar argumentaciones y pruebas.

El sentido va más allá de evitar la indefensión, al perseguir que quienes actúan ante la justicia estén asesorados adecuadamente, permanentemente instruidos, y técnicamente capaces de soportar las exigencias, vaguedades y ambigüedades del proceso judicial.

La Constitución española se refiere específicamente al "derecho de defensa", llevando al Tribunal Constitucional de ese país a decir que

> … el derecho de defensa y asistencia de letrado que el párrafo 2º del art. 24 de la Constitución reconoce de forma incondicionada a todos es, por tanto, predicable en el ámbito procesal penal no solo de los acusados, sino también de quienes comparecen como acusadores particulares ejerciendo la acción como perjudicados por el hecho punible. A ellos hay que añadir que el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, en su art. 6.3, c, y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su art. 14.3, d, al referirse a los derechos mismos que han de garantizarse a todo acusado, incluye entre ellos el de ser asistido por un defensor de su elección. Por lo que el derecho de defensa y asistencia de letrado consagrado en el art. 24.2 de la Constitución, interpretado de acuerdo con los textos internacionales mencionados, por imperativo del art. 10.2 de la misma, comporta de forma esencial el que el interesado pueda encomendar su representación y asesoramiento técnico a quien merezca su confianza y considere más adecuado para instrumentar su propia defensa, máxime cuando la actuación procesal se supedita al requisito de la postulación. (T.C., sentencia del 24 de julio de 1981, Sala I).

La cuestión no admite diferencias entre "causas civiles y penales", porque el compromiso constitucional se funda en un concepto previo, por el cual todo proceso judicial debe solventar la "garantía" de protección al justiciable y efectivo cumplimiento del orden jurídico.

Al constituirse en una garantía concreta, es inalienable e irrenunciable por el individuo, prohibiendo situaciones de autodefensa o de exclusión.[596]

De este modo, el derecho de defensa garantiza la posibilidad de concurrir al proceso, hacerse parte en el mismo, defenderse, presentar alegatos y pruebas. Cabe decir que este derecho fundamental se concreta en dos derechos: en primer lugar el derecho a la contradicción, y, en segundo lugar, el derecho a la defensa técnica…").

596. Gómez Colomer, Juan-Luis, *La exclusión del abogado defensor de elección en el proceso penal*, Barcelona, Bosch, 1988, pp. 24-25 y 63-64. La exclusión del abogado se plantea como una forma de evitar que la técnica defensiva perturbe la investigación de ilícitos

En consecuencia, la garantía se convierte en una suerte de *derecho al abogado* a través del cual toda persona podrá atesorar el cuidado especializado de un profesional desde el comienzo de las actuaciones judiciales y hasta la terminación de la causa, incluida la ejecución de la sentencia.

El patrocinio letrado es obligatorio y debe ser de confianza, de manera que cuando un individuo no pueda, por razones económicas, hacerse representar por un abogado de su elección, el Estado debe proveer la asistencia que resguarde el efectivo derecho de defensa.

Por ello, cualquier decisión individual que pretenda soslayar la intervención letrada en algún tipo de procedimientos, deviene nula, toda vez que vulnera un principio de raigambre constitucional que, por lo demás, obliga a la jurisdicción a cubrirla con los oficios de la defensoría pública.

No obstante, cuando se habla de exclusión del abogado defensor atendiendo algunas particularidades del proceso penal que podrían justificarlo, hay que realizar el test de constitucionalidad de una medida tan extrema.

---

graves como los actos de terrorismo. En efecto, dice Gómez Colomer, […] "a través de la exclusión del defensor se pretende acordar una medida, dirigida fundamentalmente contra los abogados defensores, es decir, que no afecta en sí al derecho a la defensa técnica, sino al carácter personal del mismo, pero que tiene repercusiones negativas también sobre el inculpado, en virtud de la cual se da una imposibilidad para un abogado defensor concreto, por diversos motivos tasados legalmente, de defender en un proceso penal o en otros, a un imputado o imputados determinados […]. Para comprender el sentido de tal medida, hay que tener en cuenta que en Alemania el abogado no es exclusivamente un representante subjetivo de los intereses del inculpado, sino ante todo un órgano independiente de la administración de justicia, que está a su lado como ayudante.

Los presupuestos para la exclusión vienen fijados legalmente con carácter taxativo (España): Sospecha de cooperación punible; abuso de comunicación con el fin de delinquir; abuso de comunicación con el fin de atentar contra el establecimiento penitenciario; puesta en peligro de la seguridad del estado, y cooperación en el delito de terrorismo.

La exclusión tiene como efecto fundamental la prohibición del ejercicio del derecho de defensa, en diversas modalidades, que se pueden resumir diciendo que queda excluido el defensor para todos los casos iguales por un tiempo determinado, pero además en tanto y cuanto la sospecha sea de comisión de un delito, se abre en su contra un proceso penal en el que puede venir condenado, sanciones ambas perfectamente compatibles, al igual que la medida disciplinaria que se le pueda imponer en el procedimiento disciplinario que se abrirá igualmente…".

Sostenemos nuestra discrepancia con este criterio, al contravenir el principio de igualdad y bosquejar un sofisma de garantía basado en la mera información de los derechos que se tienen. Es claro, nos parece, que la única renuncia posible está sobre el abogado discernido oficiosamente, para suplirlo por el "de confianza", o viceversa.

Un aporte más a esta consagración del derecho efectivo al abogado presente se bosqueja en el clamor de la denominada justicia administrativa reclamando el patrocinio letrado obligatorio de todo administrado en crisis frente al Estado.[597]

En suma, el derecho de defensa visto desde la perspectiva del derecho subjetivo a la asistencia letrada ocupa dos aspectos centrales, de tipo positivo; y otra proyección de tipo negativo. Las primeras se refieren: a) el derecho al abogado de confianza y b) la defensa técnica idónea. Mientras que la contracara está en: c) la garantía para que no se produzca indefensión, y d) la asistencia jurídica gratuita.

120.1 El abogado "de confianza"

La asistencia jurídica de las personas, como requisito para deducir pretensiones ante la jurisdicción, es un recaudo procesal tradicional que tiene pocas excepciones. También es propio del ejercicio del derecho de defensa (como reacción al ataque) que quien esté en el proceso como sujeto pasivo cuente con abogado.

La representación del individuo supone evitar la indefensión, pero el derecho de defensa exige algo más: la idoneidad de la actividad desenvuelta. Por eso, el patrocinio letrado es independiente del derecho de defensa, propiamente dicho. Lo primero es un derecho

597. Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional - Amparo*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 129. En verdad, la decisión del legislador de no requerir la asistencia de letrado en los juicios de aparente sencillez procesal puede resultar encomiable como deseo de acercar la justicia a los ciudadanos, pero advirtiendo que en esos juicios se ventilan intereses sociales, dignos de tutela, como el derecho a la integridad física o el derecho a la vivienda en otros casos. Sin embargo, cabe introducir alguna fisura en esa conformidad, observando que la ignorancia de la técnica de defensa procesal puede conducir a apreciar la más grave indefensión judicial de los derechos e intereses legítimos del ciudadano si se le permite caminar por sí solo en el complejo laberinto jurisdiccional.

exigible, que puede en ciertas ocasiones ser omitido ; en cambio, la defensa es una garantía.[598]

En este aspecto se suele diferenciar entre la simple designación de un abogado para que ejerza la representación del pobre o ausente, respecto de la asistencia letrada efectiva. Mientras algunos suponen que siempre que haya un profesional que practique la defensa se satisface la garantía; otros reclaman la eficacia en el desempeño.

> Por ejemplo, el art. 6.3 del Convenio de Roma no habla de "nombramientos" sino de "asistencia", que es una expresión idéntica a la del art. 24.2 de la Constitución española, de donde se infiere que la norma constitucional pretende que la asesoría técnica sea efectiva, eludiendo el razonamiento formal y restrictivo de la simple designación de un profesional.[599]

Las dos posiciones plantean un problema previo ¿quién designa al abogado? La respuesta obvia: le corresponde al interesado proponer la representación por un abogado libremente discernido, y solo en caso de renuencia u omisión en la práctica, será el tribunal quien proceda a designar un defensor oficial.

Ahora bien, el *quid* aparece con el discernimiento del abogado "de confianza" teniendo para ello presente que esa característica solo puede estar presente cuando es el propio individuo quien resuelve el encargo.

Enlazados cada uno de los contenidos se aprecia que el ejercicio del derecho de defensa debe llevarse a cabo por un abogado, voluntariamente puesto por el individuo que lo requiere, con el fin de que cumpla satisfactoriamente con el consejo y patrocinio en las causas que se le encomiendan.

---

598. Cfr. Hoyos, Arturo, *El debido proceso*, Bogotá, Temis, 1996, p. 26. "En casos penales las enmiendas 6ª y 14 hacen obligatoria la asistencia de un abogado en estos casos, pero en los casos civiles, la garantía constitucional del debido proceso no exige el nombramiento de un abogado, y la Corte no ha desarrollado una doctrina en este sentido".

599. Rodríguez García, Nicolás, *Justicia gratuita: un imperativo constitucional*, Granada, Comares, 2000, p. 131. Sostiene el autor que "... El legislador es consciente de que el ejercicio de la autodefensa en los supuestos en que así se permita puede derivar en una indefensión para la parte que lo haga; por eso ha llevado hasta los últimos extremos el reforzamiento de las garantías dirigidas a asegurar la defensa de las partes en el proceso, posibilitando que el órgano jurisdiccional pueda solicitar el nombramiento de Abogado y Procurador de oficio a la parte que quiera comparecer por sí misma si esa actitud autodefensiva pone en peligro la igualdad de las partes en el proceso...".

De este modo, defensa no es igual a representación procesal. En consecuencia, cuando el Estado está obligado a suplir la carencia de abogado que actúe en nombre y representación de la parte, no consigue superar el problema de evitar la indefensión, pues si bien el individuo contará con cobertura profesional, en ella está ausente la confianza personal, que viste con presunción de eficacia la libre elección de letrado.

Si la confianza es lo que distingue la cobertura legal que ampara la defensa técnica precisa, por vía de principio sería renunciable la designación del letrado hecha por la jurisdicción, porque a nadie se le puede obligar a que contrate los servicios de un abogado impuesto, aun cuando sus servicios sean gratuitos.

Gimeno Sendra afirma que

> … esta observación tiene dos importantes consecuencias prácticas: la primera que, siendo el contrato de patrocinio un convenio de *naturaleza personal*, no se le debe siquiera sugerir al detenido la conveniencia de que elija a un determinado abogado de los que suelen pulular por las comisarías; la segunda todavía parece más evidente: en esa relación *intuitu personae*, al Estado no se le autoriza a sustituir la voluntad del imputado en la designación de su abogado de confianza.[600]

Continúa el maestro español diciendo que

> … *la renuncia del detenido al abogado de turno de oficio es, sin embargo, irrelevante* desde el punto de vista jurídico, porque, a diferencia del derecho potestativo a la designación del abogado de confianza, la intervención del abogado de oficio viene determinada por normas de derecho público que, en determinados estadios procesales, obligan al Estado a proveer de abogado al imputado. En el que aquí nos ocupa, la razón es clara: cuando la Constitución afirma que "se garantiza la asistencia letrada al detenido" es, en definitiva, la sociedad quien ha impuesto la necesidad de que el abogado intervenga en los interrogatorios policiales, para obtener una certeza de que se han desarrollado con las manos limpias y con el objeto de que el futuro tribunal sentenciador pueda conocer, mediante la existencia o no de la firma del abogado en el atestado, acerca de la posible existencia de vicios de consentimiento en la declaración del detenido, si bien la sola *confesión*

600. Gimeno Sendra, Vicente, "La asistencia letrada al detenido ¿un derecho renunciable?", en Diario *El País*, España, 20/01/1983.

> de este –tal y como ha afirmado recientemente nuestro Tribunal Constitucional– no puede servir nunca de base para una sentencia condenatoria.[601]

Esta asimetría entre procesos penales y no penales puede ser razonable en la dimensión de los derechos en juego, pues la defensa en juicio actúa también como un límite al poder del Estado, estableciendo en la persecución penal la obligación de asistencia jurídica como una valla contra eventuales arbitrariedades y abusos.

La igualdad que se reclama, no solo en la investigación penal preparatoria, sino además en el debate oral o escrito de la acusación y defensa, exige justamente que el consejo profesional trascienda el plano del nombramiento formal.

Sin embargo, tal distancia no parece adecuada para la operatividad de la garantía, porque sería como pensar que el derecho de defensa necesita en algunos casos más plenitudes que en otras; más esfuerzo que aplicaciones, o en otros términos, preferencias con menoscabos.

120.2 Defensa técnica idónea

La defensa técnica debe ser idónea antes que útil y efectiva para los derechos del justiciable. Se trata de resguardar la plenitud del derecho de tutela, que supone plantear todos los argumentos de hecho y de derecho que permita el ordenamiento jurídico.

Recuérdese que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa (art. 20, CC), como tampoco el exceso de trabajo escuda la omisión de asistencia del profesional obligado a la asistencia letrada.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Gordillo" (29/09/1987; Fallos 310:1934) dijo que

> … no basta para cumplir con las exigencias básicas del debido proceso que el acusado haya tenido patrocinio letrado de manera formal, sino que es menester que aquél haya recibido una efectiva y sustancial asistencia de parte de su defensor. […] frente a la expresa manifestación del recluso de su intención de recurrir a la vía extraordinaria local y federal encontrándose en término para hacerlo, ante la negativa del defensor oficial de no poder cumplir su cometido por no contar con tiempo material, le corresponde al tribunal reemplazar al letrado y brindar la posibilidad real de apelación, pues de lo contrario se viola el derecho de defensa en juicio.

601. Ídem.

En el sonado caso "Airey" fallado por el Tribunal de la Comisión Europea de Derechos Humanos, en 09/10/1980 ya se había dicho que la necesidad de que la protección de los derechos reconocidos en los términos del convenio (que es válido en su lectura e inteligencia para todos los que se encuentran incorporados a nuestro derecho interno) no sean utópicos o ideales, sino que estén consagrados como derechos reales y efectivos. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos muestra su preocupación por garantizar la defensa material y técnica de la persona, en los arts. 8.2 d) y 8.2 e).

De modo tal que, cuando la complejidad del caso requiera una defensa técnica ante los tribunales para defender adecuadamente la pretensión que se invoca, esta asistencia jurídica se impone como requisito de plenitud para la garantía de defensa.

Esto implica también el derecho del procesado a elegir su defensor y a que represente con eficacia sus intereses, pudiendo suponer violación del derecho al debido proceso, en ciertas circunstancias en que el Tribunal impida que una parte sea asistida por abogado, lo que únicamente se justificaría en procedimientos simples y de naturaleza no penal.

En síntesis, para nosotros el derecho a la defensa y la asistencia letrada se desenvuelve en un plano material, no procesal, porque la Constitución no fue pensada para auspiciar derechos declamativos o ideales. No es menester la prédica de abstracciones o hipótesis sostenidas en la sola formulación; todo lo contrario, en cuanto aquí interesa, el derecho al abogado abarca en materia penal un campo más intenso de obligaciones emergentes que, para la justicia, supone informar la apertura del proceso penal y de los motivos de acusación, dotar de asistencia técnica oficial o disponer la libre selección por el encartado; preparar la tesis defensiva y concurrir a todos los actos de adquisición probatoria, entre otros.

Con estos parámetros es imprescindible evitar la autodefensa, aun en las etapas más simples y excusables de la investigación, porque cualquier interrogatorio con fines indagatorios que tienden a resolver una acusación, exige la presencia de un abogado que impida la manipulación o el ejercicio arbitrario de medios compulsivos directos o indirectos (apremios ilegales).

La necesidad de estar debidamente representado suma, como dijimos, la cobertura de idoneidad. En otros términos: el abogado debe saber lo que hace. Una actuación superficial, poco comprometida, ultraja el derecho de defensa.

En nuestro país la Ley N° 23187, de ejercicio profesional de la abogacía, no instala entre los deberes específicos de los abogados el ser productor de resultados concretos, es decir, en parte alguna de la misión del abogado está consagrado el deber de ser exitoso, o de lograr una sentencia favorable a su cliente. Ello no impide afirmar, a tono con lo dispuesto en el Capítulo 6 del Código de Ética, que la obligación profesional es de medios, que significa tener que atender los intereses confiados con celo, saber y dedicación, pero sin crear falsas expectativas, ni magnificar las dificultades o garantizar al cliente el buen resultado de su gestión profesional.

Es este un criterio inveterado en la jurisprudencia, que reconoce pocas disidencias. Entre ellas se advierte la responsabilidad emergente de la conducta, porque algunas entienden que no tienen eximentes y otros sostienen que para encontrar responsable al profesional se debe acreditar la culpa.

En tal sentido, se ha destacado que la actividad profesional no se agota en un ejercicio mecánico, acrítico y superficial; requiere un severo cuestionamiento sobre la relevante función social, sobre el contenido de la prestación y el modo de desplegarla; ello exige conocer las condiciones en las que se desenvuelve el abogado y si esas condiciones influyen en él, pero antes requiere un saber profesional suficiente.[602]

120.3 La defensa gratuita

La asistencia letrada idónea trabaja como garantía individual y resuelve la obligación impuesta como deber técnico para satisfacer la validez del proceso. La designación de abogado oficial agrega una característica más que se relaciona con el acceso a la justicia.

En causas penales, desde las primeras actuaciones suscitadas el acusado debe ser informado del derecho que tiene a nombrar un defensor de confianza, y solo en caso de incumplimiento el juez le designará

602. Cfr. Colección *Responsabilidad profesional*, Buenos Aires, Astrea, T. 1, 1995, p. 67.

un abogado de oficio. Este es un beneficio del imputado que estadísticamente constituye la gran masa de protección jurídica asistida.

En cambio en cuestiones privadas (patrimoniales o de otro contenido) la parte que carece de recursos suficientes puede acceder al beneficio de litigar sin gastos, y estará exento, total o parcialmente, del pago de las costas o gastos judiciales hasta que mejore de fortuna. Si vence en el pleito, deberá pagar las causadas en su defensa hasta la concurrencia máxima de la tercera parte de los valores que reciba (art. 84, CPCC).

Ambas situaciones proyectan la idea de "efectividad" en el derecho de defensa, que en algunos países, España por ejemplo, se asume como un derecho constitucional público y subjetivo, en virtud del cual todo imputado tiene derecho a designar un abogado defensor de su confianza, que lo atienda desde el primer acto de imputación y durante todo el proceso, es decir, hasta la terminación de la ejecución en su caso, y, para el supuesto de que no lo pueda designar por el motivo que fuere, incluido el económico, tiene derecho a que se le asigne uno de oficio. Podemos sostener que, con pequeñas diferencias, el sistema rige y se aplica también en el procedimiento local.

Pero veamos la situación en la óptica del proceso civil, o directamente, en los supuestos de procesos constitucionales donde la materia a resolver no ventila –por vía de principio– derechos subjetivos propios.

En nuestro país, el Código Procesal establece la obligatoriedad del abogado como un problema de representación en juicio. La garantía de defensa se cubre con la sola presencia de partes efectivamente asistidas de letrado o con poderes suficientes de representación.

Las normas que regulan estas cuestiones son de orden técnico, porque lo atinente a la garantía constitucional para tener un "debido proceso" está diseñado como un derecho público subjetivo que el juez o tribunal tiene el deber de cubrir con la designación de un defensor de pobres o ausentes, según el caso, que son los funcionarios destinados a preservar la garantía de bilateralidad y contradicción.

La defensa en juicio está en el artículo 18 de la Constitución Nacional, pero no especifica en parte alguna este derecho a la asistencia letrada idónea, aun cuando pudiera colegirse entre las garantías implícitas. Tampoco se habla del acceso ilimitado a la justicia (a no ser una expansión inédita del art. 43), ni de resolver por la vía del artículo 16, las dificultades del carente de recursos.

Por eso, si se trata de proteger la garantía de defensa a través de la representación por abogado, antes que salvaguardar el problema de la representación será menester considerar el tipo de obligación que tiene el Estado.[603]

¿Qué importancia tiene esta diferencia? La primera y fundamental es que el Estado que asume la responsabilidad de prestar justicia gratuitamente acepta el rol asistencial o solidario que debe tener una prestación tan importante para la vida en sociedad. Esto supone privilegiar la tarea de gobierno antes que descargar en las personas o en las entidades vinculadas al sistema, la obligación de prestar asistencia jurídica.

Bien apunta Bachmaier que el derecho a la justicia gratuita se enfoca sobre todo como una prestación para asegurar la efectividad del principio de igualdad en el acceso a la justicia, y no como un servicio público cuyos gastos deban ser asumidos en todo caso y respecto de cualquier ciudadano por el Estado.

En segundo término, se puede afirmar que al igual que los derechos fundamentales al debido proceso, a la igualdad de armas, al estar asistido de abogado, de los que la gratuidad es instrumento y concreción, este derecho es no solo garantía de los particulares, sino también de los intereses generales de la justicia, en tanto que tiende a asegurar los principios de contradicción e igualdad procesal entre las partes litigantes y a facilitar así al órgano judicial la búsqueda de una sentencia ajustada a derecho; aunque sin duda, su finalidad inmediata radica en permitir el acceso a la justicia, para interponer pretensiones u oponerse a ellas, a quienes no tienen medios económicos suficientes para ello. Más ampliamente, trata de asegurar que ninguna persona quede procesalmente indefensa por carecer de recursos para litigar.[604]

121. Evitar la indefensión

El concepto ocupa un espacio singular dentro de la amplitud del derecho de defensa. En macro, la idea de asignar un abogado de confianza u oficial para que asista al individuo es para afianzar el derecho de ser oído y resguardar la defensa de los derechos y posiciones que las partes asu-

603. Bachmaier, Lorena, *La asistencia jurídica gratuita*, Granada, Comares, 1997, p. 12.
604. Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional - Amparo, op. cit.*, p. 130.

man dentro del procedimiento. Son básicos, en consecuencia, los principios de bilateralidad, contradicción e igualdad de armas procesales.

La tutela efectiva obliga la custodia judicial que, a tales fines, deber tener un obrar diligente que asegure, en la medida de lo posible, su recepción por los destinatarios, dándoles así la oportunidad de protección jurídica adecuada y suficiente.

La indefensión, por su parte, tiene un objetivo vinculado, pero independiente. Algunos lo relacionan con las etapas completas del procedimiento con el fin de cerciorarse que en cada una de ellas el individuo esté amparado en sus mínimos inderogables (ser oído, probar, rebatir, etc.); otros, en cambio, dicen que se refiere al objetivo de impedir que haya denegación de justicia.

> Ahora bien, de indefensión refiere claramente el art. 24.1 de la Constitución Española, llevando al Tribunal a concluir que ella ha de ser consecuencia de una acción u omisión atribuible al órgano judicial. Por ello, cuando la indefensión que se invoque sea imputable al propio interesado, al no haber actuado con la diligencia exigible para comparecer en el proceso tras conocer su existencia –aunque sea por otros medios distintos del emplazamiento–, adoptando una actitud pasiva con el fin de marginarse voluntariamente del procedimiento, no cabe apreciar la vulneración del derecho a la tutela judicial garantizado, ya que no es admisible constitucionalmente una queja de indefensión de quien con su conducta propició o coadyuvó a la incomparecencia en el proceso.[605]

Se esboza así una distinción que emplaza por un lado a la "indefensión de naturaleza constitucional", y por otro a una "indefensión de naturaleza procesal", criterio incierto y peligroso al dar relevancia al tipo de disposiciones afectadas antes que al hecho mismo, considerado objetivamente.

Bien dice Carocca Pérez que

> Semejante distinción no guarda relación con el texto constitucional y convenios internacionales que garantizan el derecho de defensa, sin distinción alguna entre si deriva de infracción de normas de diferente rango. Es obvio que en la normativa constitucional existe una garantía de defensa, de modo que hay dos posibilidades en relación a la

605. SSTC 43/1989, del 20 de febrero; 123/1989, del 6 de julio; 101/1990, del 4 de junio; 105/1995, del 3 de julio; 118/1997, del 23 de junio; 72/1999, del 26 de abril; 74/2001, del 26 de marzo; 59/2002, del 11 de marzo, entre otras muchas.

> jurisprudencia del Tribunal Constitucional: o no es cierto que las situaciones de *indefensión meramente legal* sean constitutivas de violaciones del derecho de defensa y por lo tanto, existe un grave problema terminológico al calificarlas así, lo cual hace urgente determinar el contenido dogmático de este derecho fundamental para no seguir incluyendo en su denominación, facultades o aspectos que en realidad no forman parte de la garantía; o lo que sería peor, las *indefensiones meramente legales*, son violatorias al derecho de defensa que el Tribunal Constitucional, indebidamente, está dejando de amparar.[606]

En realidad, se procura que la indefensión no se genere desde la acción judicial o por la actividad legislativa, porque la actuación en el proceso tiene controles propios con las nulidades o los recursos (*v. gr.* si se toma declaración a un extranjero sin tener traductor público oficial, el testimonio es nulo por carecer de la comprensión necesaria del emisor; o cuando se nulifica una declaración indagatoria cumplida sin la presencia del defensor).

Las situaciones de indefensión las puede crear el legislador con normas concretas que violen la garantía de defensa, tales como las que cercenan el derecho al recurso; limitan el acceso a la justicia; impiden el comparendo de interesados a los que la sentencia puede alcanzar, entre tantas otras situaciones. Lo mismo puede suceder si son decisiones jurisdiccionales las que producen la afectación.

De este modo, evitar la indefensión es un mensaje al órgano legislativo para que en su producción normativa respete los cánones del modelo de enjuiciamiento, y fundamentalmente, para que refuerce la garantía de defensa en juicio.[607]

A su vez, el órgano judicial está compelido por la custodia del valor de la defensa de los derechos y de las personas, de manera que en materia penal, por ejemplo, quede persuadido que para poder condenar tendrá que relevar y confrontar lo dicho por la acusación y la defensa, con el

606. Carocca Pérez, Alex, *Garantía Constitucional de la defensa procesal, op. cit.*, pp. 52-53.

607. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 189. El citado autor propicia un cuadro de derechos de defensa del ciudadano frente al Estado que divide en tres grupos: a) el que está constituido por derechos a que el Estado no impida ni obstaculice determinadas acciones del titular del derecho; b) los derechos para que el Estado no afecte determinadas propiedades o situaciones del titular del derecho; y c) los derechos a que el Estado no elimine determinadas posiciones jurídicas del titular del derecho.

fin de escudar los principios de igualdad en el trato y en las posiciones, no siendo posible tolerar la supremacía del Estado por sobre la defensa.

Este criterio de aseguramiento es para todos los procesos, abandonando la interpretación que colegía al derecho de defensa como un *principio* (es decir, que se aplicaba como una orientación al juzgador sobre aspectos del procedimiento que podían o no estar presentes) para instalarlo en el plano de las *garantías* concretas cuya omisión produce inconstitucionalidad por ausencia o abstención.

Y, además, actúa como un reaseguro para todo el procedimiento, porque en cada etapa transitada se deben obstruir las situaciones de indefensión.[608]

En síntesis, la orfandad de tutela tiene múltiples expresiones, pero las más importantes se encuentran cuando se priva a las partes del derecho a ser oído, a formular alegaciones, a ejercer el derecho de contradicción, a controlar y rebatir pruebas, cuando se afecta la igualdad de trato o una de las partes obtiene preferencias indebidas, y cuando se cancelan recursos o impugnaciones, entre las más importantes.

121.1 Efectos de la indefensión

Cuando se produce indefensión se vulnera la garantía de defensa, de modo que el paso siguiente es determinar cómo se repara esa violación. Puede ser a través de la *inconstitucionalidad* de la ley que, por ejemplo, evitó la revisión de una sentencia condenatoria; podrá ocurrir la *nulidad* de las actuaciones por quebrantamiento de las formas regulares del proceso; o la *anulación* del acto ilegítimo obligando al replanteo correctivo.

Cada una tiene implicancias diferentes cuya definitiva razón se debe encontrar en la naturaleza que tiene el derecho de defensa. Al ser

608. La vigencia de la garantía en todas las fases del proceso ha sido debidamente establecida desde sus más tempranas sentencias por el Tribunal Constitucional español, señalando que "... La Constitución, en su art. 24, consagra como derecho constitucional fundamental y refuerza ese derecho de defensa. Este refuerzo supone que, con carácter general, no solo en el conjunto del procedimiento, sino en cada una de sus fases cuya resolución afecte a los derechos e intereses legítimos de una persona, ésta debe ser oída y deben respetarse el resto de las garantías procesales a que alude el apartado 2º del citado precepto constitucional". STC 13/1981, del 22 de abril. En el mismo sentido, SSTC 17/1983, del 11 de marzo; 118/1984, del 5 de diciembre; 109/1988, del 8 de junio; 89/1991, del 25 de abril; 156/1992, del 19 de octubre, etc. citados por Carocca Pérez, *Garantía Constitucional de la defensa procesal, op. cit.*, p. 82).

una garantía individual cualquier desvío o alteración eventual convierte la afectación en un gravamen constitucional del derecho de defensa, que se corrige con recursos o procesos constitucionales (*v. gr.* acción de inconstitucionalidad; amparo; mandamiento de abstención; y en Argentina con el recurso extraordinario local o federal); pero como también se vincula con puntualizaciones del debido proceso, la garantía se amplía para trascender las infracciones formales, haciendo pie en agravios al principio de legalidad, los que se reparan con recursos, impugnaciones, nulidades o incidentes de raigambre procesal.

Ahora bien, no toda indefensión provoca un perjuicio real y concreto al derecho de defensa, sino únicamente aquellas que impactan fuertemente en alguno de los derechos básicos que sostienen el debido proceso, y dentro de él, al derecho de defensa, como son el derecho a ser oído, a producir prueba, a tener una sentencia fundada en ley, entre otras. Lo que se exige es que la vulneración lleve consigo una privación manifiesta con el consiguiente perjuicio real y efectivo para los intereses del afectado.[609]

609. Tribunal Constitucional español, Sala Segunda, Arozamena, Rubio, Díez-Picazo, Tomás, Truyol y Pera. Ponente: don Luis Díez-Picazo y Ponce de León. Expediente 182/1983 Recurso de amparo. BOE N° 99. Esta sentencia afirma: 1) El concepto jurídico-constitucional de indefensión que el art. 24 de la C.E. permite y obliga a construir no tiene por qué coincidir enteramente con la figura jurídico-procesal de la indefensión. 2) No toda infracción de las normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional, y por ende en violación de lo ordenado en el art. 24 de la C.E.; y, por otra parte, la calificación de la indefensión con relevancia jurídico-constitucional ha de llevarse a cabo con la introducción de factores diferentes del mero respeto, o, a la inversa, de la infracción de las normas procesales y del rigor formal del enjuiciamiento. 3) En el contexto del art. 24 de la C.E., la indefensión se caracteriza por suponer una privación o limitación del derecho de defensa, que si se produce por vía legislativa sobrepasa el límite del contenido esencial prevenido en el art. 53 de la C.E., y si se produce en virtud de concretos actos de los órganos jurisdiccionales entraña mengua del derecho de intervenir en el proceso en el que se ventilan intereses concernientes al sujeto, así como del derecho de realizar los alegatos que se estimen pertinentes para sostener ante el Juez la situación que se cree preferible y de utilizar los medios de prueba para demostrar los hechos alegados y, en su caso y modo, utilizar los recursos contra las resoluciones judiciales. 4) No se encuentra en situación de indefensión la persona a quien se ha dado a conocer la existencia del proceso y ha podido intervenir en él, ni aquella otra que, conociéndolo, ha dejado de intervenir en él por un acto de su voluntad. Tampoco hay indefensión si a quien interviene en un proceso se le limitan los medios de alegación y de prueba en forma no sustancial para el éxito de las pretensiones que mantiene o aquella otra a quien se le limita la defensa a sus propios intereses sin permitirle la defensa de otros con los que los suyos estén en una conexión solo indirecta o mediata.

Cada hipótesis de incumplimiento recibe atención conforme la importancia o trascendencia del vicio. El efecto de eludir a través de la aplicación de la ley, el derecho a ser oído[610] (*v. gr.* cuando se resuelve una condena dictada en juicio sumario basado en meras presunciones de responsabilidad, como es la Ley N° 364 de Nicaragua referida a procesos vinculados con el uso o exposición a plaguicidas que ocasionaron padecimientos y enfermedades a quienes los emplearon) se corrige con la acción de inconstitucionalidad, o con un recurso del mismo tipo y finalidad; en cambio, si la alteración se suscita en una etapa (*v. gr.* no hubo control en la actividad probatoria y las conclusiones adoptadas resultan sospechosas) el camino de corrección son las

610. En el XXII Congreso Nacional (Argentino) de Derecho Procesal (2003, Paraná) con relación al derecho a ser oído se dieron las siguientes conclusiones:

1. El derecho a ser oído representa el eje del mecanismo constitucional que rige en la República; es el soporte de los derechos humanos y eminente expresión del respeto a la dignidad del hombre.
2. El derecho a ser oído es constitutivo de un principio irrenunciable del Derecho Procesal constitucional que se expande hacia todas las exteriorizaciones procedimentales; pudiendo regularse razonablemente en orden a su tiempo y modo de concreción.
3. El grado de plasticidad del derecho a ser oído frente al mandato constitucional de afianzar la justicia constituye la clave del sistema procesal y determina –entre otros factores– el nivel de efectividad de la tutela judicial.
4. La ley procesal determina las condiciones de oportunidad, lugar y modos del ejercicio de las facultades de defensa en el proceso.
5. Este derecho incluye el derecho personal del niño a ser oído y el correlativo deber del juez –en cualquier oportunidad procesal– de escucharlo cuando sea afectado en sus derechos, siendo aquella opinión coadyuvante de este y sin perder de vista el interés superior del niño.
6. La garantía de la defensa en juicio representa el basamento de todo el sistema de derechos, al punto que la posibilidad del goce y ejercicio efectivos de estos está en relación directa con la solidez de aquel cimiento.
7. Debe puntualizarse que, así como el demandado defiende su derecho resistiendo, el actor defiende el suyo reclamando, de modo que no existe preferencia legal ni judicial alguna hacia las partes en el ejercicio del derecho a ser oídas.
8. Nadie puede ser privado de un derecho sin tener la oportunidad de ser oído, pero tampoco puede invocarse esta garantía contra una decisión judicial urgente y provisional, consustancial a la existencia de un derecho en peligro inminente de sufrir un daño irreparable.
9. El derecho a ser oído no sufre menoscabo cuando el juez despacha una providencia asegurativa en procura de preservar la inmutabilidad de la plataforma fáctica y jurídica sobre la cual operará la sentencia.

nulidades absolutas, el incidente o, en su caso, el recurso de apelación. Mientras que si el vicio radica en un hecho circunstancial (*v. gr.* ausencia de asistencia consular en el enjuiciamiento de extranjeros)[611] el estudio aplicado será sobre las consecuencias que produjo la falta de esa cobertura, para determinar si es causa de inconstitucionalidad por lesión grave al derecho de defensa (*v. gr.* produjo un déficit irreparable); o se trata de una nulidad (*v. gr.* es requisito del debido proceso y por tanto no puede faltar), o simplemente es una causa de anulación que dependerá de otros hechos vinculados (*v. gr.* consentimiento del afectado; preclusión del tiempo para impugnar; reflexión tardía; etc.).

Finalmente conviene señalar que estas posibilidades no son compartidas por toda la doctrina.

Almagro Nosete afirma que no se puede identificar cuando existe o no indefensión por el tipo de infracciones, pues recuerda que ella, en el plano de la mera legalidad, no se estudia en función de un mecanismo automático sino que requiere una ponderación previa de la influencia o incidencia de la infracción procesal. Y desde luego, su introducción obedece al deseo de evitar que un rígido formalismo conduzca a hacer valer nulidades sin causa real. Es más, agrega, la atribución de culpa o negligencia del propio interesado en las consecuencias negativas de su conducta que no pueden hacerse valer para invocar la indefensión están presentes en toda la jurisprudencia antigua del Tribunal Supremo.[612]

121.2 Los tiempos de la indefensión

El propio sentido del vocablo parece llevar a la indefensión como resultado de una actividad desarrollada; vale decir, que haría referencia a un hecho producido. Si así fuera, la garantía de defensa de los derechos individuales evitaría hablar de indefensión en una etapa previa al proceso, porque la afectación sería el corolario del impedimento (*v. gr.* una ley inconstitucional no produciría indefensión mientras no se aplique).

611. Cfr. "El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal", Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC N° 16/1999; y caso "Hilaire, Constantine y Benjamin y otros", *supra* nota 5, párrs. 102-106, 108, 109, 112-118, 151, 152.c y 211-214.

612. Almagro Nosete, José, *La prohibición constitucional de la indefensión*, PJ, número especial VI, 1989, p. 235. Cfr. Carocca Pérez, *op. cit.*, p. 367.

En otros términos, el desamparo solamente sería relevante determinando las consecuencias prácticas que suponga la privación del derecho de defensa, siendo entonces necesario evaluar cuando sucede, sobre causas actuales, no hipotéticas; reales, no contingentes; y concretas, eludiendo suposiciones o abstracciones o temores.

Con esta línea de lectura, la indefensión se tutela cuando deja de ser amenaza para analizar la producción, asignando así al impacto sobre el derecho de defensa un contenido material, de suerte que solo habría afectación cuando las partes no hubieran podido de ningún modo proveer a la defensa de sus derechos o intereses legítimos.[613]

El análisis ex post facto deja de lado una dimensión positiva del derecho individual a gozar de todas las garantías evitando situaciones

613. El Tribunal Constitucional ha ido configurando a través de numerosas resoluciones, de las que son exponentes, entre otras, las n° 190/97, 198/97, 100/98, 185/98 y 37/2000, un cuerpo de doctrina sobre el contenido del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes como un derecho fundamental, que se sitúa dentro del más amplio derecho a obtener la tutela judicial efectiva, y que es ejercitable en cualquier tipo de procesos y, consiguientemente, en los procedimientos civiles también –e inseparable del derecho mismo de defensa– destacando su naturaleza como derecho de configuración legal, cuyo alcance debe encuadrarse dentro de la legalidad. No comprende, por tanto, un hipotético derecho a una actividad probatoria ilimitada. Como consecuencia de ello, en ningún caso podrá considerarse menoscabado el derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación de normas legales, cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda. Por el contrario, cabrá entenderlo vulnerado cuando se hubiesen inadmitido pruebas relevantes para la decisión final sin motivación alguna, o mediante una interpretación y aplicación de la legalidad carente de razón, manifiestamente errónea o arbitraria, así como cuando la falta de práctica de la diligencia probatoria admitida fuese imputable al órgano judicial, o cuando la denegación jurídicamente razonada se haya producido tardíamente, de modo que genere indefensión o los riesgos de un prejuicio de dicha decisión en virtud de una certeza ya alcanzada acerca de los hechos objeto del proceso –con la subsiguiente vulneración del juicio de pertinencia– o, incluso, de un prejuicio acerca de la cuestión de fondo en virtud de la denegación inmotivada de la actividad probatoria, y como colofón aparece el obligado respeto a los principios de contradicción en igualdad de armas y defensa, respeto que exige, por su parte –y en la dimensión que le es propia– la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Cf. SSTEDH 19 de diciembre de 1990, as. Delta, 26 de abril de 1991, as. Asch, y 26 de marzo de 1996, as. Doorson). Por otra parte, para resolver sobre la supuesta indefensión que a la recurrente habría causado la denegación de la prueba en segunda instancia, ha de partirse del carácter claramente restrictivo de esta, patente en el adverbio "solo" con que comienza el art. 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, que es aplicable al haberse sustanciado la segunda instancia bajo aquella normativa procesal, y no vulnera ningún precepto constitucional (SSTC 149/87, 141/92 y 233/92, entre otras).

de indefensión. En este contexto, sería posible hablar también de un aspecto preventivo, por el cual se anticipe el peligro de acotar el derecho de defensa cuando en la vía legislativa se propicien normas contrarias al espíritu de protección dispensado, o cuando en el proceso se disponen medidas que limiten el ejercicio cabal y completo de la defensa.

Bien dice Ramos Méndez que

> Ante todo hay que señalar que la indefensión no tiene nada que ver con el contenido favorable o adverso de la sentencia, sino con el camino seguido hasta llegar a ella. La apreciación de perder o ganar el pleito es una valoración externa efectuada en función del éxito de las pretensiones de las partes. La parte que pierde o que no ve favorecida su postura no por ello puede argüir indefensión. Para definir ésta hay que revisar cómo se ha producido el resultado, identificando actuaciones concretas que supongan violación de las normas procesales y que hayan condicionado negativamente el resultado.[614]

121.3 Determinantes de la indefensión

La gravedad del perjuicio es la vara de la indefensión. Con ello se quiere reflejar que el derecho de defensa no queda vulnerado con lesiones sin importancia o con disminuciones de facultades que se pueden corregir en la sentencia o con los recursos posteriores. Lo trascendente se mide por la entidad del menoscabo y se determina con los actos que han llevado a producir ese resultado pernicioso.

Sin embargo, la evaluación trasciende el espacio formal de las nulidades para las que existen estándares consabidos que requieren varias exigencias legales: a) solo se declaran nulos los actos o actuaciones que la ley disponga sancionar; b) no hay nulidad sin perjuicio; c) no procede la nulidad pedida por quien con sus actos permitió o dio motivo para que suceda; d) no procede anular los actos consentidos, y e) las nulidades procesales son relativas, solo quedan anulados los actos que portan vicios trascendentes.

De todos modos, aun cuando se quiera construir un espacio para las "nulidades constitucionales",[615] queda un gran esfuerzo de elabora-

614. Ramos Méndez, Francisco, *El Sistema Procesal Español*, Bosch, Barcelona, 2000, p. 69.

615. Tesis de Pablo Luis Manili, *Las nulidades en el derecho constitucional (Un debate pendiente)*, La Ley 2005-C, 1000 y ss. Allí, entre otros conceptos afirma: "... Nulidad Absoluta y Relativa: En derecho civil la nulidad absoluta es susceptible de ser declarada de oficio o a pedido

de cualquiera que posea un interés simple. Esta nulidad no es subsanable, es decir, es insusceptible de confirmación (art. 1047 del Código Civil). Por otra parte, la nulidad relativa solo es susceptible de ser declarada a petición de aquéllos en cuyo beneficio la establecieron las leyes. Esta nulidad es susceptible de confirmación (art. 1048 del Código Civil).
En derecho internacional público la diferencia entre nulidad absoluta y relativa de un tratado depende del tipo de normas que son violadas por este. Así, serán nulos de nulidad absoluta los celebrados en contradicción con normas que integran el orden público internacional (normas de *ius cogens*) o los celebrados con violencia sobre el estado o su representante (lo cual también es un caso de violación de la norma de orden público que prohíbe el uso de la fuerza). En cambio, serán de nulidad relativa los tratados que presenten vicios en la capacidad o el consentimiento del representante del Estado que intervino en su celebración. La primera no es subsanable mientras que la segunda sí lo es.
En derecho constitucional se desprende claramente de la letra de la Carta Magna que las nulidades propias, que ella consagra expresamente, son absolutas, dado que en los tres casos establece que son "insanables" y en el tercero (DNU) agrega expresamente el carácter absoluto de la nulidad. En el caso de las nulidades impropias debemos recurrir al principio de supremacía de la constitución, a su carácter rígido y a su cualidad de norma de orden público, dado que los tres estarían en peligro si se admitiera que un vicio que afecta a la norma de máxima jerarquía del ordenamiento jurídico pudiera ser subsanado. En otras palabras, la distinción entre nulidad absoluta y relativa no existe en derecho constitucional: todas son absolutas, las propias y las impropias. Debemos aclarar que en algunos casos puede ocurrir que la norma nula sea confirmada por otra, pero esa norma solo tendrá efectos desde el momento de la convalidación y no desde su dictado, con lo cual no podemos afirmar que la norma sea subsanable: la norma sigue siendo nula, y lo que se aplica es la norma posterior; por ejemplo un decreto delegado que exceda el marco de la delegación pero que sea luego convalidado por el Congreso: en este caso lo que se aplica es la ley posterior convalidante y no el decreto nulo que luego fue convalidado.
b) Nulidad y Anulabilidad: El Código Civil distingue entre actos nulos, cuando el vicio es manifiesto, y actos anulables, cuando la declaración de nulidad debe estar precedida de una investigación judicial (arts. 1038 y 1046). En derecho administrativo, en cambio, la diferenciación entre actos nulos y anulables radica en el grado de afectación del derecho resguardado por el requisito viciado, y requiere siempre declaración judicial. Si la irregularidad es grave, el acto es nulo, y si es leve, es anulable. Es de destacar que en esta materia se identifican los actos nulos con la nulidad absoluta y los anulables con la relativa, con lo cual no existen las dos clasificaciones de nulidad del derecho civil. El acto administrativo anulable se caracteriza por lo siguiente: a) se lo considera, prima facie, regular; b) tiene presunción de legitimidad y regularidad; y c) la declaración de nulidad tiene efectos solo hacia el futuro.
En derecho constitucional la respuesta es un poco más compleja: a) En el caso de las nulidades propias podemos distinguir claramente los casos en que se ha violado alguna de las normas constitucionales que las consagran (arts. 29, 36 y 99 inc. 3), con lo cual, si adoptamos el criterio civilista, podemos afirmar que las nulidades propias son siempre manifiestas y por lo tanto los actos son nulos y no meramente anulables. El criterio administrativista, que distingue nulidad de anulabilidad según el grado de afectación del derecho tutelado, no nos aporta ninguna solución dado que tanto las propias como las impropias son susceptibles de afectar de modo leve o grave. b) Pero en el caso de las impropias, es decir las que no están consagradas expresamente en el

ción pendiente porque es continua la confusión entre vicios legales y procesales que impactan sobre la garantía constitucional del derecho de defensa, eludiendo la posibilidad de que se nulifiquen actuaciones con la sola invocación del agravio al debido proceso.

En tal sentido es común afirmar que la indefensión únicamente sucede cuando la disminución o privación de las posibilidades de defensa provengan de una actuación u omisión del propio tribunal y que en ella no haya incidido la conducta de la propia parte que la alega.[616]

La tendencia que pretendemos instalar es otra: tomar al derecho de defensa como una garantía individual que asegure el respeto de todos los deberes y derechos implícitos en el debido proceso, como derecho fundamental y pilar de la construcción jurídica; y eludir el revisionismo crítico que actúa después de las violaciones sin abandonar su importancia como mecanismo de restitución y reaseguro.

Por lo tanto, siguiendo a Carocca Pérez, debería decirse que

> … el vocablo indefensión, tiene aquí el mismo significado que le hemos dado en el precepto constitucional del que fue tomada; es una consagración en fórmula procesal negativa, por así decirlo, de la garantía de la defensa procesal, y por lo tanto, prohíbe que se prive a las partes la posibilidad de efectuar sus alegaciones y pruebas en condiciones de igualdad, durante todo el transcurso del proceso.[617]

Al ser un mandato preventivo, constituye un límite para el legislador y un deber para la jurisdicción. Lo primero para evitar que se proyecten leyes limitantes u obstructivas de la garantía señalada; la restante, para impulsar el activismo y dirección del juez en el proceso, con el fin de que el procedimiento se desenvuelva con todas las garantías.

---

texto constitucional, el análisis es más arduo. Si tomamos como pauta lo decidido por la Corte en el fallo "Fayt" ya citado, es evidente que las nulidades impropias admiten la categoría de actos anulables puesto que el análisis que la Corte realizó para decidir como lo hizo fue muy minucioso, basado en sutilezas y en un asunto que –como mínimo– era discutible. Ello demuestra que la nulidad no era manifiesta. Al mismo tiempo, pueden existir casos de nulidades impropias donde el vicio es manifiesto, por ejemplo: una ley sancionada por una sola de las cámaras del Congreso, cuya nulidad no admite mayor discusión ni requiere investigación alguna.
Por lo tanto, concluimos que en el caso de las nulidades propias no es posible la diferenciación entre actos nulos y anulables, mientras que en las impropias sí lo es".

616. Cfr. Carocca Pérez, Alex, *op. cit.*, p. 378.

617. Ibídem, p. 383.

122. Contenidos básicos y esenciales del derecho de defensa

La faceta restante del derecho de defensa que debemos explicar es su diferencia con el debido proceso, y esencialmente, con los contenidos que ambos presentan. La distinción es necesaria porque en sus comienzos el género fue el principio procesal de respetar el derecho de defensa en juicio, identificando en esta línea al debido proceso a través de las obligaciones que para ello se dispusieron (juez natural, independencia e imparcialidad del juzgador, sentencia fundada en ley, etc.).

Después, los avances del constitucionalismo y del Derecho Procesal impactaron con sus predicados en las normas vigentes, provocando una generalización del debido proceso, que deja de referirse solamente al proceso penal para abordar contenidos propios destinados a todos los procedimientos.

De este modo se abandonó el paralelismo que por mucho tiempo identificó el derecho de defensa con el debido proceso, tal como fue regulado en la Constitución Nacional argentina en el artículo 18, preocupada al igual que su similar de Norte América, por las garantías del proceso penal.

En consecuencia, el derecho de defensa en juicio se integró a la garantía central y fue forjando un conjunto de contenidos esenciales propios. Ello no importa "constitucionalizar" todo el proceso, ni disponer que lo sean aquellas garantías que se interpreten como mínimos inderogables. Se trata de ver cuáles son esos contenidos básicos y esenciales que para el ejercicio efectivo de la defensa no se pueden soslayar.

El tema tiene orientaciones útiles en los tratados y convenciones internacionales; también con las Normas Fundamentales y los ordenamientos jurídicos que establecen bases y condiciones para la actuación de las partes en el proceso. Pero el problema aparece cuando se ofrecen visiones alternativas para un mismo derecho, conforme se tenga una lectura constitucional o se practique desde el plano del reglamento procesal.

Por ejemplo, el artículo 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos[618] da preferencia al derecho a ser oído, disponiendo en lo

618. Art. 8. Garantías Judiciales:
1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e

demás todas las garantías que se deben aplicar en la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier carácter; sin perjuicio de acentuar garantías particulares para el proceso penal.

El Convenio Europeo[619] también aplica este criterio aunque dispone más condiciones para su efectividad.

---

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 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:
   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 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;
   h. Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculpado solamente es valida 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.

619. Art. 6. Derecho a un proceso equitativo. 1. Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibido a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida en que será considerado estrictamente necesario por el tribunal, cuando en

Por su parte, como pilar del sistema mundial de defensa de los derechos humanos, la Declaración Universal echó las bases para que fueran cimentadas las garantías de igualdad ante la ley y en la protección judicial (art. 7); al recurso efectivo (art. 8); a evitar las detenciones arbitrarias o el destierro (art. 9); y en conjunto dijo en el artículo 10 que

> Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal.

En suma, el derecho a ser oído fue el contenido básico del derecho de defensa, porque todas las demás garantías que se mencionaron, quedaron instaladas en los requisitos del debido proceso.

Por eso, cuando las legislaciones locales comienzan a elaborar y definir los valores y contenidos esenciales, inician al mismo tiempo una corriente de afirmaciones con alternativas, que por esa característica, tienen cierta inseguridad jurídica.

En España existe la tendencia a acorralar estas garantías en el concepto de "evitar la indefensión"; así, por ejemplo, Chamorro Bernal afirma que

> … con base en el primer párrafo del art. 24 de la Constitución española tan solo existe un derecho constitucional a que el proceso contenga los elementos básicos que se configuran como tal y nada más. Tales elementos básicos pueden reducirse, en lo que afecta a la prohibición de indefensión, a que se dé oportunidad de defensa contradictoria, pudiendo alegar y probar en situación de igualdad.[620]

---

circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o a ser asistido por un defensor de su elección y, si no tiene medios para pagarlo, poder ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la convocación e interrogación de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia.

620. Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, Barcelona, Bosch, 1994, p. 109.

De algún modo, la idea se reduce al principio *audiatur et altera pars*, conforme al cual siempre deben escucharse ambas posiciones (principio de contradicción) o dar oportunidad para que se realice. Lo que no significa disminuir su sentido, sino emplazarlo en el lugar e importancia que tiene.

Todo lo demás es contingente porque habría que hacer casuística para definir el derecho de defensa sobre situaciones donde ocurre (*v. gr.* ausencia de letrado en la indagatoria; rechazo de prueba ofrecida; entre muchos casos más). Entonces, la preservación de la garantía individual reclama un cuidadoso esfuerzo del órgano jurisdiccional por garantizar la plena efectividad de los derechos de defensa de ambas partes, por lo que corresponde a los órganos judiciales velar por que en las distintas fases de todo proceso se dé la necesaria contradicción entre las partes que posean estas idénticas posibilidades de alegación y prueba y, en definitiva, que ejerciten su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen.[621]

621. Este deber se agudiza, desde luego, en el proceso penal, dada la trascendencia de los intereses en juego (SSTC 41/1997, del 10 de marzo; 102/1998, del 8 de junio; y 91/2000, del 4 de mayo), de forma que, aun en el caso de falta de previsión legal, no queda liberado el órgano judicial, e incluso al propio Ministerio Público, "de velar por el respeto del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales" (STC 112/1989, del 19 de junio). Específica manifestación del derecho de defensa son las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla (por todas, SSTC 176/1988, del 4 de octubre; 122/1995, de 18 del julio; y 76/1999, del 26 de abril), y muy concretamente la de "interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él", facultad ésta que el art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce a todo acusado como regla general entre sus mínimos derechos; y de un tenor similar es el art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (STC 10/1992, del 16 de enero, y 64/1994, del 28 de febrero). La posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las "reglas esenciales del desarrollo del proceso" (SSTC 41/1997, 218/1997, del 4 de diciembre, 138/1999, del 22 de julio, y 91/2000), sin cuya concurrencia, debemos reiterar, la idea de juicio justo es una simple quimera. Del derecho de defensa contradictoria, hemos dicho, son manifestaciones instrumentales los derechos a ser informado de la acusación, a utilizar los medios de prueba, a no declarar contra sí mismo, o el derecho a no confesarse culpable (STC 29/1995). Además, su carácter nuclear y estructural convierten la posibilidad de contradicción en fundamento de las obligaciones judiciales de emplazamiento personal y congruencia, así como en exigencia de validez de la actividad probatoria, ya sea la sumarial preconstituida (SSTC 200/1996, del 3 de diciembre; y 40/1997, del 27 de febrero) o la practicada en el juicio oral. Se trata de un derecho formal (STC 144/1997, del 15 de septiembre) cuyo reconocimiento no depende de la calidad de la defensa que se hubiera llegado a ejercer (SSTC 26/1999, del 8 de marzo), de manera que puede afirmarse que

122.1 El derecho a la contradicción (principio de bilateralidad)

El principio de bilateralidad es propio de la conformación del proceso. Dos partes que litigan en igualdad de oportunidades defendiendo intereses contrapuestos.

Esta idea no es plenamente aceptada en el proceso penal, porque algunos afirman que el representante del Ministerio Público Fiscal no ostenta la calidad de parte al ser un funcionario público que actúa dentro de la órbita del Poder Judicial en defensa del interés público. Criterio que no es obstáculo para apoyar en el principio de igualdad (que forma parte del debido proceso) el ejercicio activo del derecho de alegar y probar.

También se lo recibe como derecho de audiencia, apoyado en el derecho a ser oído que es infaltable cuando se reconoce en el procedimiento el carácter contradictorio.

Ahora bien, si bilateralidad supone contradicción, es un presupuesto infaltable para dar cobertura plena al derecho de defensa, salvo que no se interprete como *garantía* sino como *principio*, en cuyo caso se convierte en una orientación que se podrá solapar en situaciones justificadas.

Esta es la corriente generalmente aceptada. Dice Palacio que

> … la vigencia del principio de contradicción requiere, fundamentalmente, que las leyes procesales acuerden, a quienes se encuentren en las situaciones mencionadas, una suficiente y razonable *oportunidad* de ser oídos y de producir pruebas. No exige la *efectividad* del ejercicio de tales derechos, razón por la cual el principio que nos ocupa no resulta desconocido cuando la parte interesada no hizo valer, por omisión o negligencia, los medios de defensa, las pruebas o los recursos que pudo utilizar en la respectiva oportunidad procesal. De allí, por ejemplo, que las leyes procesales estructuren el llamado proceso *contumacial* o en *rebeldía* […]. La índole de ciertos procesos, sin embargo, impone la necesidad de que las resoluciones que en ellos deben recaer se adopten sin la previa audiencia de una de las partes o mediante una audiencia restringida […], pero en ninguno de esos casos media una derogación

ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido, pues, como hemos señalado en anteriores ocasiones: "el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía demasiado esencial del Estado de Derecho como para matizarlo o ponerle adjetivos" (STC 144/1997, del 15 de septiembre).

del principio que nos ocupa, sino, simplemente, una postergación o aplazamiento momentáneo de su vigencia estricta.[622]

La construcción fue pacífica y aceptada durante mucho tiempo, pero ha tenido alteraciones significativas que permiten describir un nuevo cuadro de situación.

Picardi las advierte con las indicaciones siguientes:

a. En primer lugar, hay claras señales de retorno al interés de los juristas por los mecanismos de formación del juicio y, para ello y ante todo, por el contradictorio y la colaboración de las partes en la búsqueda de la verdad.
b. Otro paso decisivo ha sido la tarea jurisprudencial de elevar el "contradictorio" a garantía constitucional incluida en la de "defensa en juicio" o en el estándar del "debido proceso". La defensa en juicio es, en primer lugar, garantía de contradictorio, y la igualdad de armas asume el valor de condición de legitimidad constitucional de la norma procesal.
c. Finalmente, en el cuadro de las recientes orientaciones que tienden a la revalorización de la retórica se advierte la ponderación de los aspectos dialécticos y justificativos del proceso. El "contradictorio" no constituye tanto un instrumento de lucha entre las partes como, sobre todo, un instrumento operativo del juez y un momento fundamental del juicio. El proceso obedecería, así, a una lógica argumentativa y justificativa. El "contradictorio" deviene el eje de la búsqueda dialéctica, conducida por las partes. Estamos en el ámbito de una lógica de lo *probable* y de lo *razonable*, no de lo necesario e inevitable.[623]

¿Es un regreso al proceso como lucha entre partes? Puede ser, pero el problema se explica mejor en el apartado siguiente.

622. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil,* Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1979 (2ª ed.), T. I, pp. 263-264.

623.Cfr. Meroi, Andrea, "*Iura Novit Curia* y decisión imparcial", en Revista *Ius et Praxis*, V. 13, N° 2, Santiago de Chile, 2007, pp. 379-390.
Donde cita a Picardi, Nicola, "Audiatur et altera pars. Le matrici storico-culturali del contraddittorio", en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 2003, N° 1, pp. 7-22.

122.2 El derecho a ser oído y las situaciones de urgencia para resolver

La concentración del derecho de defensa en el derecho a ser oído tiene la ventaja de igualar la garantía con la protección específica, de modo tal que, comprobada la ausencia de ella, se constata la violación. Pero, al mismo tiempo, porta el inconveniente de establecer un formulismo casi aritmético que no se compadece con las realidades que cualquier proceso judicial afronta, en los que a veces es necesario resolver sin ataduras dogmáticas.

La tutela de urgencia es una de las manifestaciones que encuentra el derecho a ser oído para quedar postergado por imperio de las circunstancias fácticas. La rapidez para resolver se asocia con el estado de necesidad que justifica la prontitud de la respuesta jurisdiccional para evitar males o peligros mayores.

De aceptar que el derecho de defensa solo reside en el derecho a ser oído, supone tanto proseguir con la línea que caracteriza al conflicto de intereses como una discusión privada entre partes interesadas. Allí el juez poco tendría que hacer, únicamente controlar el uso regular de las herramientas y de las técnicas aplicadas en la defensa de las posiciones. Mas esta idea resume, en pocas líneas, un pensamiento típico del siglo XIX en el que se creía encontrar la eficacia del proceso civil en la glorificación del proceso acusatorio. En este la dinámica procesal quedaba abandonada a la iniciativa de las partes y donde el juez intervenía no tanto para dirigir el debate, como para determinar el vencedor del mismo, como si fuera un árbitro encargado de designar un ganador pero sin participar en el juego.

Los desajustes que ha tenido el método dialéctico del debate procesal son demostraciones claras de cómo la técnica arrebató la eficacia de los sistemas. Los procesos judiciales se convirtieron en verdaderos combates al punto que en el siglo pasado Savigny decía que era una lucha de hombres armados donde obtenía razón el que mejor utilizara esas armas llamadas Derecho.

En vías de lograr la preciada eficacia y confianza en la sociedad, la relación entre el Derecho Procesal y el derecho material deja basarse en la pura aplicación mecánica, donde el primero presta la herramienta para que el segundo trabaje con sus dogmas; para argumentar sobre las necesidades inmediatas que requiere el derecho material.

La urgencia cobra vida en el proceso desde diversas manifestaciones, donde especialmente se mencionan las medidas cautelares; sin embargo no es igual la tutela cautelar que la urgencia de tutela.

Peyrano, en un trabajo que constituye para nosotros la mejor explicación de la diferencia, nos precisa que

> … mientras lo cautelar exige la apariencia del derecho invocado, el peligro en la demora y la prestación de una contracautela; en cambio, lo urgente, si bien requiere el peligro en la demora, no precisa de la verosimilitud sino de una fuerte probabilidad para que sean atendibles las pretensiones deducidas en juicio.[624]

Es decir, la actuación del juez en el proceso permite que resuelva cuestiones de urgencia sobre la base de lo cautelar (con las medidas específicas que disponga, *v. gr.* embargo, secuestro, etc.) o anticipándose a la sentencia definitiva (en cualquiera de las formas de tutela, *v. gr.* medidas autosatisfactivas, medidas provisionales), logrando autonomía respecto del modelo clásico de confrontación entre partes.

Esta modalidad no afrenta el principio de bilateralidad ni cercena el derecho de contradicción, porque es la misma mecánica que tienen los juicios de estructura monitoria, o pasajes de los recursos constitucionales (que no tienen sustanciación, como en el amparo de la Ley N° 16986) desde que se trata de actuar con restricciones temporales sin realizar excepciones al derecho de ser oído.

Por tanto, la única posibilidad de encontrar que se afecta el derecho de defensa y se cercena el derecho a ser oído está cuando se resuelve una medida sin haber dado posibilidad alguna de contrariarse contra ella.

Rivas[625] en este aspecto sostiene que "la sentencia anticipatoria ha de ser resultante de la sustanciación previa, como principio general,

624. Peyrano, Jorge, "Lo urgente y lo cautelar", en *Jurisprudencia Argentina*, 1995-I, 889. Agrega Vargas, citando al profesor rosarino, que además, el proceso cautelar es "abierto" (es que cualquiera fuere la coyuntura correspondiente –si están reunidos los recaudos referidos– el interesado podrá postular exitosamente que se despache en su favor una diligencia cautelar) y "sirviente" (puesto que solo puede existir en función de asegurar las eventuales resultas de un proceso principal del cual es accesorio); mientras que el proceso urgente es "autónomo" en el sentido que no es accesorio ni tributario respecto de otro, agotándose en sí mismo (Cfr. Vargas, Abraham, *Estudios de Derecho Procesal*, Mendoza, Ediciones Cuyo, T. I, 1999).

625. Rivas, Adolfo, "La Jurisdicción Anticipatoria", ponencia presentada en el XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, 1995, p. 21.

sin perjuicio de situaciones especiales en las que la ley pueda autorizarlos sin contradictorios".

Opinión que sigue Arazi,[626] quien refiere que

> … estas medidas provisionales, a diferencia de las cautelares, no necesariamente se dictan sin audiencia de la contraria y tampoco persiguen asegurar el cumplimiento de una futura sentencia a dictarse, sino la satisfacción total o parcial de la pretensión, en decisión anticipada por razones de urgencia.

Temperamento que finalmente recepta Peyrano, variando su idea inicial, que también admite la posibilidad de sustanciación previa en determinados casos que así lo exijan, siendo la regla general el despacho *inaudita et altera pars*.[627]

122.3 Espacios del debido proceso

Como hemos visto, la defensa en juicio se puede acotar al reducto del derecho a ser oído, o llevarla a coincidir con espacios que cubre el debido proceso, donde anidan otras extensiones destinadas, particularmente al proceso penal.

De este encuadre se advierten varias expresiones jurisprudenciales que explanadas en el anexo de este capítulo muestran los fundamentos por los que, a veces, una garantía del debido proceso constitucional se corresponde con otra perteneciente al derecho de defensa.

De todos modos, el concepto del debido proceso envuelve comprensivamente el desarrollo progresivo de prácticamente todos los derechos fundamentales de carácter procesal o instrumental, como conjuntos de garantías de los derechos de goce –cuyo disfrute satisface inmediatamente las necesidades o intereses del ser humano– es decir, de los medios tendientes a asegurar su vigencia y eficacia.

626. Arazi, Roland, "El Proceso Civil de Fin del Siglo", en *Derecho Procesal en Vísperas del Siglo XXI. Temas actuales en memoria de los profesores Isidoro Eisner y Joaquín Alí Salgado*. Buenos Aires, Ediar, 1997, p. 31.

627. Peyrano, Jorge, "Régimen de las Medidas Autosatisfactivas. Nuevas Propuestas", en *Medidas Autosatisfactivas. Parte General*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 33. Dice el autor: "Además, y apartándonos un tanto de nuestros planteos iniciales, hoy creemos que si bien la regla es el despacho *inaudita et altera pars* de la medida autosatisfactiva, puede aceptarse que en determinadas coyunturas el tribunal interviniente puede arbitrar alguna suerte de módica sustanciación previa".

Este desarrollo, conforme explica Piza Escalante (en una sentencia que por su claridad reproducimos), muestra tres etapas de crecimiento, a saber:

a. En un primer momento se atribuyó valor y efecto constitucional al principio del debido proceso legal –como aun se conoce en la tradición británica y norteamericana: *due process of law*–. Del capítulo 39 de la Carta Magna inglesa de 1215 se desarrolló este derecho de los barones normandos frente al Rey "Juan Sin Tierra" a no sufrir arresto o prisión arbitrarios, y a no ser molestados ni despojados de su propiedad sin el juicio legal de sus pares y mediante el debido proceso legal. Su contenido fue un signo claro de alivio ante los excesos de este Rey y de sus predecesores, con su antecedente inmediato en la "Carta de Coronación de Enrique I" o "Carta de las Libertades", primera Carta concedida por un monarca inglés, otorgada por aquél en 1100, en el momento de su acceso al trono. Según el pasaje de la Magna Carta que interesa: "Ningún hombre libre deberá ser arrestado, o detenido en prisión, o desprovisto de su propiedad, o de ninguna forma molestado; y no iremos en su busca, ni enviaremos por él, salvo por el juzgamiento legal de sus pares y por la ley de la nación."
A partir de este último concepto del Capítulo 39 de la Magna Carta, transcrito del latín original *per legem terrae* y traducido al inglés como *law of the land*, se desarrolló el de debido proceso legal –*due process of law*–, en su acepción contemporánea.
El capítulo 39 fue una protesta contra el castigo arbitrario y las ilegales violaciones a la libertad personal y de los derechos de propiedad, y garantizaba el derecho a un juicio justo y a una justicia honesta. Creaba y protegía inmunidades de que las personas nunca habían disfrutado hasta entonces, así como los derechos propios, atinentes a la persona o a sus bienes, y también significa que su disfrute no podía ser alterado por el Rey por su propia voluntad y, por ende, no podía arrebatárselas. El contenido original de la Carta era mucho más específico y restringido, como salvaguarda para asegurar un juzgamiento por árbitros apropiados, compuestos por los propios poseedores, por los barones mismos o por los jueces reales competentes. La cláusula no pretendía acentuar una forma particular de juicio, sino más bien la necesidad de protección ante actos arbitrarios de encarcelamiento, desposesión e ilegalidad que el Rey Juan había cometido o tolerado. Pero con el tiempo las apelaciones a otras libertades fueron, o sustantivas, o procesalmente orientadas hacia fines sustantivos, motivo por el que la

Carta Magna inglesa se convirtió en uno de los documentos constitucionales más importantes de la historia. No en vano recibió más de 30 confirmaciones de otros monarcas ingleses; las más importantes, de Enrique III, en 1225; de Eduardo I, en 1297, y de Eduardo III, en 1354. De todo esto fue desprendiendo también una reserva de ley en materia procesal, en virtud de la cual las normas rituales solo pueden ser establecidas mediante ley formal, emanada del Parlamento –y de un Parlamento progresivamente más democrático y representativo–, además de un derecho a la propia existencia y disponibilidad de un proceso legal. En esta primera etapa no se hizo aun cuestión constitucional de cuáles fueran los procedimientos preestablecidos o preestablecibles en cuanto a su contenido, sino solo en cuanto a la imperatividad de su existencia y a que estuvieran prefijados por ley formal.

b. Sin embargo, a poco andar la insuficiencia del principio anterior, derivada de su carácter meramente formal, hizo que la doctrina se extendiera al llamado debido proceso constitucional –hoy, simplemente, debido proceso–, según el cual el proceso, amén de regulado por ley formal y reservado a ésta, debe en su mismo contenido ser garantía de toda una serie de derechos y principios tendentes a proteger a la persona humana frente al silencio, al error o a la arbitrariedad, y no solo de los aplicadores del derecho, sino también del propio legislador; con lo que se llegó a entender que la expresión de la Magna Carta *law of the land* se refiere, en general, a todo el sistema de las garantías –todavía solo procesales o instrumentales– implicadas en la legalidad constitucional. Este es el concepto específico de la garantía constitucional del debido proceso en su sentido procesal actual.

c. Pero aun se dio un paso más en la tradición jurisprudencial anglonorteamericana, al extenderse el concepto del debido proceso a lo que en esa tradición se conoce como debido sustantivo o sustancial –*substantive due process of law*–, que, en realidad, aunque no se refiere a ninguna materia procesal, constituyó un ingenioso mecanismo ideado por la Corte Suprema de los Estados Unidos para afirmar su jurisdicción sobre los Estados federados, al hilo de la Enmienda XIV a la Constitución Federal, pero que entre nosotros, sobre todo a falta de esa necesidad, equivaldría sencillamente al principio de razonabilidad de las leyes y otras normas o actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional, en el sentido de que deben ajustarse, no solo a las normas o preceptos concretos de la Constitución, sino también al sentido de justicia contenido en ella, el cual implica, a su vez, el cumplimiento de exigencias fundamentales

de equidad, proporcionalidad y razonabilidad, entendidas éstas como idoneidad para realizar los fines propuestos, los principios supuestos y los valores presupuestos en el Derecho de la Constitución.

En resumen, el concepto del debido proceso, a partir de la Carta Magna, pero muy especialmente en la jurisprudencia constitucional de los Estados Unidos, se ha desarrollado en los tres grandes sentidos descritos:

a. el del debido proceso legal, adjetivo o formal, entendido como reserva de ley y conformidad con ella en la materia procesal;
b. el del debido proceso constitucional o debido proceso a secas, como procedimiento judicial justo, todavía adjetivo o formal procesal; y
c. el del debido proceso sustantivo o principio de razonabilidad, entendido como la concordancia de todas las leyes y normas de cualquier categoría o contenido y de los actos de autoridades públicas con las normas, principios y valores del Derecho de la Constitución.[628]

En síntesis, el debido proceso responde como la defensa en juicio a parámetros que superan la simple protección de la persona, sea en sus derechos, o en la misma asistencia técnica.

En tal sentido, para todo tipo de procesos preexiste un "derecho al proceso", interpretando al proceso como única garantía; vale decir, un conjunto de mecanismos idóneos para el ejercicio de la función jurisdiccional. Anidan en él el derecho de petición, individual o colectivo, el derecho a ser oído y a obtener una resolución fundada en las pretensiones interpuestas.

Luego se emplazan otras garantías especiales, como el juez natural, la independencia e imparcialidad de los tribunales, la idoneidad de los jueces, que se relacionan con las garantías de la propia jurisdicción.

De inmediato, al cuadro se suman las garantías ineludibles como la igualdad, el acceso universal a la justicia sin discriminación alguna y demás requisitos del debido proceso constitucional.

Pero donde radican más coincidencias entre el derecho de defensa y el debido proceso es en los requisitos de mínima cobertura para el procedimiento penal.

Principio o estado de inocencia; *nullum crimen, nulla poena sine previa lege; in dubio pro reo*; acusación informada o principio de intimación (es el que dé lugar al derecho de todo imputado a ser instruido de cargos, es decir, puesto en conocimiento de la acusación, desde el

628. Suprema Corte de Justicia de Costa Rica, Sala III, Expediente 1739/92, del 01/07/92.

primer momento –incluso antes de la iniciación del proceso contra él, por ejemplo por parte del Ministerio Público–.

Es obligación de todas las autoridades que intervienen en el proceso, del juez principalmente, instruir de cargos y advertir de sus derechos constitucionales a todo imputado, mediante una relación oportuna, expresa, precisa, clara y circunstanciada de los hechos y sus consecuencias legales; y esto solo puede lograrse plenamente en presencia personal del mismo reo, con su defensor; derecho de audiencia y de defensa técnica e idónea, reunidos, todos, en el derecho al procedimiento con todas las garantías.[629]

629. La sentencia mencionada en la nota anterior resume las garantías del procedimiento en las siguientes: a) El principio de la amplitud de la prueba; b) El principio de legitimidad de la prueba; c) El principio de inmediación de la prueba; d) El principio de la identidad física del juzgador; e) La publicidad del proceso; f) La impulsión procesal de oficio; g) La comunidad de la prueba; h) El principio de valoración razonable de la prueba.

Capítulo XVII
El principio de razonabilidad

123. Generalidades

El principio de razonabilidad es uno de los temas más apasionantes de nuestro tiempo. Tanto la filosofía como la teoría del derecho se ocupan del mismo con la pretensión de trazar precisiones en la justificación de las decisiones políticas y judiciales. Polarizan entre sí el *positivismo* que razona sobre la ley y los principios, y el *jusnaturalismo* que impone con su retórica el peso de los valores y la equidad.

El Derecho Procesal lo adopta como una parte esencial del debido proceso, al punto que suele definirse como *debido proceso sustancial*, porque establece una garantía de limitación al poder, que supone impedir que cualquier decisión de la autoridad que amenace, afecte o lesione algún derecho fundamental de las personas pueda considerarse legítimo si ha traspuesto las reglas del debido proceso.[630]

Sin embargo, esta es solo una faceta. Aquella que mira la razonabilidad como un concepto preventivo; un mensaje al gobierno (administración y legislación) para que no exceda la discrecionalidad y asegure en sus actos la justicia esperada.

El principio también se asocia con la noción de seguridad jurídica, al incorporar la obligación de impedir resoluciones contradictorias o arbitrarias. Con esta perspectiva, la razonabilidad se justifica en los *juicios* y se fundamenta con motivos adecuados, convenientes, idóneos y eficaces.

En consecuencia, como al razonar se argumenta, bien claro resulta que

> … en la medida en que la interpretación de los fines constitucionales precede y es el presupuesto del juicio de razonabilidad, y en la medida en que esta interpretación implica un cierto grado de determinación y de elección entre hipótesis interpretativas, todas plausibles, no se puede

630. Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional - Amparo, op. cit.*, p. 171.

> excluir la posibilidad de hablar también de una razonable interpretación de los fines constitucionales. Si así fuese, entonces se resaltaría aún más claramente hasta qué punto la razonabilidad debe entenderse también como un valor fundamental de rango constitucional.[631]

La otra dimensión del principio asienta en la aplicación práctica de la garantía donde radica el debido proceso, al establecer entre sus contenidos la obligación de dar cumplimiento con el principio de protección a los derechos fundamentales; de aplicar en sus límites de justicia y equidad las leyes que correspondan; de fallar con ecuanimidad subjetiva cuando las circunstancias del caso lo justifiquen e, inclusive, de fomentar la progresividad de los derechos, en la inteligencia de que se debe proscribir la arbitrariedad y perseguir el juicio justo.

124. La razonabilidad como previsión de certeza

Es cierto que al crear la Constitución, así como los tratados y convenciones internacionales, un bloque compacto de garantías y principios que pueden o no reglamentarse por las leyes, esa posible traslación entraña siempre un riesgo de interpretación, ya sea para el desarrollo que se realice, para la integración o complementos que se promuevan o para las restricciones o límites que se encuentren.

La cuestión –dice Jiménez Campo– es

> ... la del aseguramiento de la vinculación de la ley a los derechos fundamentales. El medio más seguro y, en todo caso, el más accesible y cotidiano que un ordenamiento jurídico dispone para ello es el proceso judicial. En nuestro derecho, el legislador está efectivamente vinculado a la Constitución porque, ante todo, también lo está el Poder Judicial. La vinculación del juez realiza la del legislador.[632]

La construcción razonable de una sentencia significa considerar el uso de ciertos estándares, como puede ser la *interpretación conforme*, que es una directriz que faculta a seleccionar entre distintas variables la que

631. Viola, Francesco, prólogo a la obra de Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Ábaco de Rodolfo de Palma - Universidad Austral, Buenos Aires, 1998, p. 10.

632. Jiménez Campo, Javier, *Derechos Fundamentales. Concepto y garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p. 50.

mejor responde al espíritu constitucional; o bien, la máxima *secundum constitutionem* que impide elaborar conclusiones que confronten con la Carta Magna del Estado; o también, el más aplicado *principio de la supremacía* que pone en la cabeza del sistema a la Constitución Nacional.

Llevados a la práctica se habla del "juicio de ponderación", objetado repetidamente por la doctrina al no permitir un control racional, y abrir paso al subjetivismo y *decisionismo* judicial.[633] Pero es Alexy quien aclara que este juicio no es un procedimiento racional o irracional sino una suerte de ley de acuerdo, con la cual la medida permitida de no satisfacción o de afectación de uno de los principios depende del grado de importancia de la satisfacción del otro.[634]

Este equilibrio posibilita analizar la seguridad jurídica como implícita en el juicio de razonabilidad, que a estos fines debe tener en cuenta la previsibilidad de los actos y la jurisprudencia que los interpreta. En tal sentido, la plenitud del principio es un llamado a la "razonabilidad" y el desvío constituye expresiones de ilicitud constitucional o directa arbitrariedad.

Por ello se dice que la seguridad jurídica es un "plus" a las garantías procesales, pues el juez viene obligado a su cumplimiento y limitado en su propia discrecionalidad al impedirle tomar decisiones que sean funestas para el principio.[635]

Se destacan así dos aspectos en el tratamiento de la razonabilidad. Uno dirigido a confrontar si la aplicación de las normas se cumple estrictamente, dando lugar al aspecto *objetivo* de la razonabilidad; y otro vinculado con la catadura *subjetiva* que no es otra cosa que evaluar el resultado de la ponderación.

633. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 157.

634. Ibídem, p. 161.

635. Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel, *Derecho fundamental al proceso debido y el tribunal constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 1992, p. 56 y ss.: "... El principio constitucional de seguridad jurídica opera como un plus de afirmación de determinadas garantías incorporadas al proceso debido, como la exigencia de motivación de las sentencias, impidiendo cambios arbitrarios, o en la propia firmeza de las resoluciones judiciales y los efectos de la cosa juzgada, comprensivo de los sentidos tradicionales en la doctrina procesal, formal y material, evitando la apertura de procesos fenecidos o nuevos pronunciamientos judiciales sobre hechos juzgados; o en la ejecución de las decisiones judiciales, promocionando su efectividad".

124.1 Ponderación y proporcionalidad

La razonabilidad tiene el sentido de coherencia lógica de las decisiones. Se relaciona con el raciocinio aplicado al resolver, y se mide con la vara del juicio concreto realizado (ponderación) más las consecuencias o efectos que la sentencia produce (proporcionalidad).

De todos modos la doctrina difiere sobre esta relación, en la medida que la proporcionalidad puede ser un aspecto de la razonabilidad; o bien, una faceta de ella; sin dejar de advertir que otros los consideran aspectos distintos, o bien, como conceptos próximos y suficientes para ser intercambiados.

Cualquiera sea la conclusión, en orden a adoptar el principio de razonabilidad en el cuadro de garantías jurisdiccionales, la norma constitucional traza un punto de partida para la interpretación. El artículo 28 de la Constitución Nacional establece que: "Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, *no podrán ser alterados* por las leyes que reglamenten su ejercicio", como asimismo el artículo 99 inciso 2 *in fine*, dispone que las instrucciones y reglamentos que decrete el Poder Ejecutivo, lo sean "cuidando de *no alterar* su espíritu con excepciones reglamentarias".

Para Cianciardo:

> ... la proporcionalidad es utilizada como test de la constitucionalidad de las intervenciones legislativas en los derechos fundamentales para encontrar salida al presunto conflicto que en estos supuestos se daría entre fines públicos y derechos fundamentales; en tanto que uno de sus *subprincipios*, el de proporcionalidad *stricto sensu*, es aplicado para resolver los conflictos entre derechos.[636]

En el plano de las concreciones judiciales, se utilizan expresiones de similar significado, como valor justicia, proscripción de arbitrariedad, eliminación del absurdo, dignificación de la persona, en los que el mensaje implícito es evitar la aplicación caprichosa del voluntarismo judicial.

La síntesis ideológica se representa con el siguiente desarrollo. Si desde las Normas Fundamentales se crean garantías judiciales, ellas

636. Cianciardo, Juan, *El principio de razonabilidad. Del debido proceso sustantivo al moderno juicio de proporcionalidad*, Buenos Aires, Ábaco de Rodolfo de Palma - Universidad Austral, 1998, p. 23.

no se pueden eludir con interpretaciones en contrario. ¿Cómo evitar, entonces, la actuación inconstitucional o irrazonable? Hay dos tendencias: la tesis de los derechos fundamentales de mínima, y la tesis del principio de proporcionalidad.

En el primer espacio, la libertad, la vida y la propiedad son, de acuerdo con la Enmienda XIV de la Constitución de Estados Unidos, aquellos mínimos intangibles. Es la orientación americana que está asociada con el principio de razonabilidad.

La segunda es de formación europea, desarrollada principalmente por la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales, destacando que

> La aplicación del principio de proporcionalidad parte del supuesto de que la libertad y los demás derechos fundamentales deben ser interpretados de manera amplia, como principios que ordenan que su objeto se realice en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas que jueguen en sentido contrario.[637]

124.2 Ponderación y razonabilidad

El principio de razonabilidad se expande en la estructura del poder. Su reducto es la Constitución, y desde ella imparte directivas para que en el ejercicio de las competencias específicas se realicen actividades de contenido razonable; vale decir, confinando la sinrazón y la arbitrariedad.

Como dice Bidart Campos:

> El principio de razonabilidad tiene como finalidad preservar el valor justicia en el contenido de todo acto de poder. Exige que el medio escogido para alcanzar un fin válido guarde proporción y aptitud suficiente con ese fin, o bien, que verifique una razón valedera para fundar tal o cual acto de poder.[638]

El desarrollo del principio de proporcionalidad avanza y completa esta línea de interpretación, requiriendo que la actuación sea racional (justa, prudente, equitativa) e idónea, necesaria y proporcional con los fines perseguidos. Estos recaudos se aplican de forma consecuencial y sucesiva; o sea que el Tribunal actuante verifica si la norma legal

637. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales, op. cit.*, p. 111. Cfr. Bernal Pulido, Carlos, *El Derecho de los derechos, op. cit.*, p. 133.

638. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, Buenos Aires, Ediar, 2000, T. I-A, p. 805.

mediante la cual interviene el Poder Legislativo es idónea. En caso de no serlo, debe declararla inconstitucional. Si supera el test, debe ser sometida al análisis de la necesidad y, si sale airosa, finalmente al escrutinio de la proporcionalidad en sentido estricto.[639]

Ser razonable es una exigencia implícita en el obrar jurisdiccional. La interdicción de la arbitrariedad mediante la *fundamentación* de los fallos obedece a que no es posible sustentar la validez constitucional de sentencias contradictorias. Estas guías aplican otras derivaciones como son evitar la reconsideración de asuntos en los que exista sentencia definitiva que haya alcanzado los efectos de la *cosa juzgada*; como entender en cuestiones donde actúa otra autoridad jurisdiccional que desplaza la competencia funcional.[640]

Lo sustancial, en definitiva, se define sobre las cuestiones que son imprescindibles para la confianza del hombre en sus instituciones, y particularmente, en la justicia. La seguridad, por ello, no es un modelo general y abstracto, todo lo contrario. Necesita amoldarse a los tiempos y sus particularidades con el fin de garantir adecuadamente la vigencia y efectividad de cada una de las libertades esenciales a los derechos humanos.

125. El principio de razonabilidad en las decisiones judiciales

La razonabilidad establecida en el artículo 28 de la Constitución Nacional argentina es anterior al principio desarrollado por las Enmiendas norteamericanas, y tiene una expansión superior porque entre otras diferencias, considera que son leyes irrazonables –además de las que afectan los derechos individuales– aquellas que por el control de constitucionalidad exponen una manifiesta injusticia.

De alguna manera es un juicio de proporcionalidad,[641] si tenemos en cuenta que la razonabilidad acecha las diferencias arbitrarias y la proporcionalidad se refiere a las consecuencias jurídicas que surgen.

639. Cfr. Gil Domínguez, Andrés, "¿Es constitucional la 'ley seca' de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires?", La Ley del 08/01/2004.

640. Así lo pide actualmente el art. 3 del Código Civil y Comercial de la Nación.

641. Linares, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, Buenos Aires, Astrea, 1989, p. 163. Posición que fue negada por Linares al sostener que en el art. 28 de la Consti-

Por ejemplo, si las autoridades del Estado introducen una cláusula que distingue la aplicación del derecho conforme circunstancias especiales que particulariza, desde las cuales pretende obtener un fin o resultado; este objetivo debe ser proporcional sin producir efectos desmesurados para otros intereses jurídicos.[642] Ahora bien, si esta diferencia dispuesta con el margen de discrecionalidad con que se cuenta resulta cuestionada en sede judicial, el test de constitucionalidad a superar será la justificación de los contrastes establecidos en orden a los beneficios que produce en el caso concreto (juicio de razonabilidad) y respecto de los demás a quienes afecta la desigualdad (juicio de proporcionalidad).

En el sistema nacional (argentino) el principio reglado es la "inalterabilidad" de las normas constitucionales. Tiene dos vertientes ya advertidas: actúa como mandato preventivo y controla la eficacia del mismo a través de otros principios que emanan del artículo 18: *debido proceso*; y del artículo 31: la *supremacía constitucional*. Por eso, aun cuando en sus orígenes el principio de razonabilidad fue referido a la adecuada relación entre medios utilizados y fines perseguidos por el legislador y también por la administración, actualmente, con el acento puesto en el concepto de *debido proceso material* o *sustancial*, también se involucra como un principio impuesto al razonamiento judicial.

La relación argumental entre racionalidad de las decisiones y enjuiciamiento razonable cobra sentido, aunque siempre afirmando que no se pueden lograr conceptos cerrados que identifiquen a la "sentencia razonable", porque la idea donde perseverar afinca en el esfuerzo de tener un criterio de pautas mínimas que eviten el arbitrio o la discrecionalidad judicial exagerada.[643]

---

tución Nacional no estaba presente el principio de proporcionalidad; porque la base y antecedente fue la Enmienda IX de la Constitución estadounidense, y el art. 20 del Proyecto de Constitución de Juan Bautista Alberdi.

642. Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, p. 75.

643. Uno de estos parámetros es trabajar con el bloque de constitucionalidad, que significa variar una tradición ideológica y, al mismo tiempo, un compromiso para dar mayor eficacia y confiabilidad al sistema de garantías y protección de los derechos. No se trata solamente de evitar la arbitrariedad o la sinrazón; el ideal moderno lo emplaza con una dinámica que diluye la fijación de contenidos. Tiene, en consecuencia, un carácter o una condición progresiva, donde lo trascendente es impulsar el activismo responsable de los jueces, como únicos instrumentos humanos eficaces para la protección de los derechos humanos. También, en el campo de las causales particulares que muestran la arbitrariedad judicial, los agrupamientos que ha realizado la doctrina y

126. La fundamentación de las sentencias

El deber judicial de escribir los fundamentos que llevan a pronunciar sentencias tiene una historia reveladora de ciertas contradicciones. Encontrando orígenes en el Derecho Romano, los jueces nunca tuvieron que expresar los motivos de convencimiento, pero después de la Revolución francesa se estableció un sistema propio de la desconfianza en la magistratura, llevando a la obligación de los jueces de explicar claramente los motivos de una decisión.

El objetivo fue claro: *evitar el exceso discrecional o la arbitrariedad*. Poco tiempo después se convirtió en un deber constitucional asentado en buena parte de las cartas magnas europeas, como veremos más adelante.

Las sentencias se deben razonar, porque la racionalidad aplicada a los hechos constituye un requisito natural para que las partes conozcan los motivos que han provocado la persuasión y certeza representada en la decisión.

Este es el temperamento que expone el artículo 3 del Código Civil y Comercial de la Nación (CCyC) cuando sostiene: "Deber de resolver - El juez debe resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada".

En nuestra historia, el deber de fundamentación es *una condición para la validez de las sentencias;*[644] *para no ser arbitraria debe expresar el derecho aplicable en cada caso concreto;*[645] y es inconstitucional aquella que carece de toda motivación, o si la tiene, cuando es aparente o insustancial.

La obligación es constitucional, aunque ella no resulta explícita ni directa. Solo se menciona en el artículo 17 (derecho de propiedad) la expresión sentencia fundada en ley y después, en el artículo 18 (debido proceso) cuando alude al juicio previo fundado en ley.

---

el desarrollo jurisprudencial han conseguido expresar indicativos de sentencias irrazonables. Por ejemplo: a) La omisión de tratamiento de cuestiones planteadas, o de prueba decisiva para la resolución efectiva de la causa, o la ausencia absoluta de consideración de una defensa estimada como principal, etc.; b) la calificación errónea del derecho aplicable, o la interpretación equivocada o ilógica que pugna con los antecedentes de la causa, etc.; c) La consagración de un grave desequilibrio entre las prestaciones recíprocas que llegan a desfigurar el caso propuesto determinando su pérdida de sentido, entre otras causales de posible explanación.

644. CSJN, "Rey c/ Rocha", Fallos: 274:260; 283:86: 295:95, entre otros.

645. CSJN, Fallos: 244:521; 259:55.

La fundamentación tiene explicaciones distintas según el sistema judicial que se confronte. Si observamos que el *common law* relega el acto de establecer razones al confiar en el acierto del veredicto previo, se comprueba que la motivación tiene más interés para la creación del derecho que como pautas aplicadas al caso concreto. Mientras el *civil law* no reposa tanto la confianza en la primera instancia como sí en la certeza adquirida en las instancias superiores, que en esencia, son las formadoras de la jurisprudencia.

Esta diferencia no puede ser baladí. En primer lugar porque las codificaciones del siglo XVIII fueron el ejemplo más notable de las distancias trazadas para la actividad judicial; mientras ellas establecieron la obligatoriedad de la motivación en sus normas ordinarias; no sucedió lo mismo en el derecho anglosajón, el cual acentuó la importancia del juez primero para crear el derecho y recrear la confianza del pueblo.

Enseguida se entiende por qué los jueces del sistema codificado están obligados a someterse al imperio de la ley (en cualquiera de los mecanismos de control de constitucionalidad), mientras que un diseño disímil admite las bondades de la equidad y la interpretación abierta de la norma.

En definitiva, de lo que se trata es de fijar una idea estable para la razonabilidad de las sentencias. Atienza Rodríguez señala que

> … ello no puede quedar desprendido de la racionalidad, y en consecuencia, una decisión jurídica tiene estos requisitos cuando: 1) respeta las reglas de la lógica deductiva; 2) respeta los principios de la racionalidad práctica que, además de la racionalidad lógica, exige la presencia de los principios de consistencia, eficiencia, coherencia, generalización y sinceridad; 3) no elude premisas jurídicas vinculantes; 4) no utiliza criterios de tipo ético, político o similares, que no estén previstos específicamente por el ordenamiento.[646]

126.1 Razonabilidad y fundamentación

Parece extraño que un Código de fondo se refiera a cuestiones de naturaleza Constitucional o Procesal Constitucional. Es cierto que la fundamentalidad que se trae para el Derecho Privado podría ser la

646. Atienza Rodríguez, Manuel, "Sobre lo razonable en el derecho", en *Revista Española de Derecho Constitucional*, N° 27, septiembre-diciembre, 1989, p. 124.

excusa de la norma, pero lo cierto es que la idea de proscribir la arbitrariedad viene de tiempos remotos, demostrando obligaciones de carácter diferente que fueron desde dar explicaciones o rendir cuentas, hasta convencer con motivos la certeza adquirida, todo con el fin de ofrecer una fuente de control a la parte que litiga, y a la sociedad que fiscaliza el ejercicio de la actividad jurisdiccional.

La impronta, en cambio, no fue siempre lineal, porque para lograr el cumplimiento efectivo del deber, a los jueces se los sometió primero a justificaciones de carácter subjetivo como adoptar reglas de la fe, seguir principios generales, aplicar brocardos latinos indiscutibles, etcétera y después –con el advenimiento de la doctrina que interpretó al juez como "boca de la ley"– a consideraciones absolutamente objetivas, como son aplicar la ley y ajustarse a sus preceptos.

> Expresan este criterio, en nuestro país, algunos fallos de la Corte Suprema Nacional, donde se dice que, la doctrina sobre arbitrariedad de sentencias no tiene por objeto corregir fallos equivocados o que se consideren tales sino que atiende solamente a supuestos de excepción en los que, fallas en el razonamiento lógico en que se sustenta la sentencia o una manifiesta carencia de fundamentación normativa, impiden considerar al pronunciamiento apelado como un acto jurisdiccional válido.[647]

Igualmente, cuando se afirma que toda sentencia constituye una unidad lógico-jurídica cuya parte dispositiva debe ser la conclusión final y necesaria por derivación razonada del examen de los presupuestos fácticos y normativos efectuados en su fundamentación. No es, pues, solo el imperio del tribunal ejercido concretamente en la parte dispositiva lo que da validez y fija los alcances de la sentencia.[648]

126.2 Aplicar la ley y motivar la decisión

Cuando se afirma como principio constitucional la obligación de motivar todos los actos de resolución jurisdiccional, se ratifica la condición de "garantía" que tiene para el justiciable, y la toma de posición entre las coberturas que tiene que sumar el "debido proceso".

647. CSJN, Fallos: 330:3502; 326:18787; 324:3952, entre muchos más.

648. CSJN, "Amaya, Mario A.", 06/04/1993, La Ley 1994-B, 168. También, Fallos: 330:1366. Y más reciente "Funes, Liliana Edelmira c/ Estado Nacional- Ministerio de Justicia s/ empleo público", 06/10/2015.

En conjunto, es un sistema de reaseguros que las constituciones democráticas crean para la tutela de los individuos frente al poder estatal. Pero además de esta garantía se apunta también a un principio jurídico político que expresa la exigencia de control a cargo del mismo pueblo, depositario de la soberanía y en cuyo nombre se ejercen los poderes públicos.

Las dos funciones que se observan, la *procesal*, que propicia fiscalizar desde el control jerárquico de instancias superiores, y la función *política*, que con la democracia admite el control de la opinión pública, determinan como un elemento necesario e ineludible en el debido proceso que toda decisión judicial sea razonable y plenamente motivada.

La ventaja que tiene esta condición coloca en primera línea la actitud preventiva que impide consagrar arbitrariedades al imponer una motivación plena y suficiente de lo resuelto. Por eso al juez no solo le corresponde controlar que el deber legal de motivar se cumpla, como si este fuera un requisito formal, sino que le incumbe igualmente el deber de comprobar si las razones que transporta la motivación están dotadas de vigor suficiente como para desterrar la arbitrariedad.

En segundo término, se pone de relieve la acción imparcial y desinteresada del juez que, al interpretar los hechos y aplicar el derecho, decide sin favorecer a una u otra parte sin más beneficios que los resultantes de la justicia proclamada.

> Cuando una disposición legal o reglamentaria ha sido emanada para regular alguna cosa, el órgano decisor la tendrá que aplicar imparcialmente y la motivación asume la función de garantizar que así se ha procedido. Una decisión discrecional no es en rigor un acto de aplicación ya que este supone la pre-existencia de una regla que anticipa lo que debe hacerse y la discrecional se define justo por lo contrario. Por tanto la imparcialidad comienza ya con la adopción de los criterios de actuación, por lo que no basta con aplicar imparcialmente unos criterios preestablecidos sino que con carácter previo es necesario escoger criterios imparciales.[649]

649. Ruiz Lancina, María José, "La motivación de las sentencias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española", editorial Noticias Jurídicas - página web, 2002.

Inmediatamente, la obligación de explanar razones y fundamentos en cada decisión jurisdiccional, y particularmente en la sentencia definitiva, supone crear una nueva garantía procesal que se destina a varios frentes:

a. Como deber de los jueces al resolver;
b. como control de las partes sobre la justificación de las providencias y decretos;
c. como criterio de fiscalización en el cumplimiento de la ley;
d. como salvaguarda para la independencia judicial, y
e. como principio orientador sobre las formas procesales que toda sentencia debe contener.

Pero, al mismo tiempo, la elaboración escrita de la fundamentación obliga a invertir tiempos del proceso que, a veces, contrarían otros principios fundamentales como el "derecho al plazo razonable", el cual no queda resuelto con la imposición de plazos y términos para expedir las resoluciones judiciales.

Inclusive, existen problemas ocasionales como la motivación de las sentencias en los procesos orales, que aun siendo posible emitirlas verbalmente (*in voce*), obligan a la reproducción documental posterior.

No se descarta que la tarea de fundamentación exhaustiva produce la obligación de ocuparse de todas y cada una de las pretensiones, de manera que la simple motivación no se puede tener cumplida con la mera declaración de voluntad del juzgador, en la medida que la decisión judicial debe estar precedida de una argumentación sólida y referida.

Por otra parte no se trata de exigir a los órganos jurisdiccionales una argumentación extensa y pormenorizada que vaya respondiendo a cada una de las alegaciones de las partes, ni impedir la fundamentación concisa que en su caso realicen quienes ejerzan la potestad jurisdiccional; lo importante es que las pretensiones de las partes se sometan a debate y se discutan de forma argumentada y razonada.

A estos fines, los principios que se establecen para las fuentes de derecho y los criterios de interpretación (arts. 1 y 2 del CCyC) son las bases del razonamiento requerido.

127. Naturaleza de la obligación

La progresividad del derecho de las partes y la obligación constitucional de los jueces de motivar los fallos plantea la naturaleza que tiene este deber fundamental.

No se trata de contabilizar una simple fundamentación que puede resultar suficiente con la aplicación mecánica de la ley, sino de analizar si dicha exigencia radica en una necesidad política propia de la justificación de los actos de un poder del Estado; o significa establecer una garantía constitucional que forma parte de un conjunto mayor contenido en el principio del debido proceso.[650]

No se descarta que la visión se pueda acotar al simplismo adjetivo de tomarlo como un presupuesto procesal de la sentencia, o como parte integrante del acto procesal por excelencia.

Finalmente, la naturaleza puede ocupar el espacio de los deberes jurisdiccionales que hacen al derecho a la tutela judicial efectiva, o afincarse en los derechos exigibles que tienen las partes para que se cumpla con la garantía o principio fundamental al debido proceso (como variable de las garantías jurisdiccionales).

127.1 La motivación como exigencia política

Se ha dicho que la motivación o fundamentación razonada de los pronunciamientos judiciales tienen un significado para la democracia institucional, en el sentido de legitimar la intervención judicial en un régimen constitucional.

Bandrés Sánchez-Cruzat señala que

> … la declaración constitucional de que la justicia emana del pueblo no es meramente retórica; sirve para recordar que el pueblo en un Estado democrático es fuente de todo poder; para ilustrar que los jueces no son propietarios ni detentadores de la justicia; sirve por tanto para encardinar el poder judicial con la soberanía nacional […]; y sirve también para legitimar a los jueces en su actividad de impartir justicia, para lograr la justicia, al indicarse ese bello texto que los jueces solo recibirán un juicio favorable de quien tiene la legitimidad institucional para formularlo, la ciudadanía, si su jurisprudencia responde a los

650. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*, *op. cit.*, p. 256 y ss.

> principios y valores constitucionales de libertad, igualdad y justicia, y se dirige, a sabiendas, a satisfacer las aspiraciones éticas del pueblo plasmadas en la Constitución y en las leyes.[651]

Con esa finalidad, las razones del fallo justifican el poder y la autoridad jurisdiccional. Es una proyección del deber de rendir cuentas sobre los actos que se realizan en nombre del pueblo. Por eso se tiene al deber de fundamentación como una exigencia política.

127.2 La motivación como garantía constitucional

El paso siguiente fue volcar en la Constitución el deber de señalar los motivos de persuasión adquiridos e indicados en la sentencia. Antes la idea se asumía como una derivación de preceptos y garantías, como el derecho a la defensa y el debido proceso.

Se consideró que instalando en la Norma Fundamental esta obligación de fundamentar adecuaba la finalidad de control sobre el razonamiento legal, mejoraba el convencimiento de las partes sobre el porqué de la justicia impartida, y limitaba el ejercicio abusivo de los recursos.

La constitucionalización tiene dos etapas. La primera no encuentra indicación precisa en los textos porque se deriva del derecho al debido proceso legal; inclusive, tampoco se halla mencionada en los textos internacionales de protección de los derechos humanos, quizás por las dificultades que podría tener en los sistemas que actúan con jurado. De todos modos sí tiene recepción en las condiciones de decidir con fundamentos en el enjuiciamiento penal y la condena que en estos procesos se dicta.

La segunda consolida la obligación cuando comienzan a reformarse las cartas constitucionales que fueron adaptando sus principios, declaraciones y garantías, al compás de la evolución y consagración de los derechos humanos.

Un modelo preciso está en la Constitución española de 1978 que incluye el deber de motivar en el artículo 120.3, dentro del Título VI dedicado al "Poder Judicial"; y en un precepto que consagra otras dos fundamentales garantías procesales: la publicidad y la oralidad.

651. Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel, *Derecho fundamental al debido proceso y el Tribunal Constitucional*, Pamplona, Aranzadi, 1992, p. 345.

Dice Ibáñez que esta inclusión no puede dejar de ser significativa. Significativa y totalmente coherente, puesto que, como ha escrito Ferrajoli, estas últimas, junto con la de motivación, son "garantías de garantías", de carácter "instrumental", por tanto, pero condición *sine qua non* de la vigencia de las "primarias o epistemológicas" del proceso penal, en general, como vehículo del derecho punitivo.[652]

De ello resulta que la motivación se convierte en una garantía que trasciende a las partes porque proyecta la obligación como un valor constitucional que hace a la eficacia de las sentencias.

En América no ha sido diferente la axiología entendida para el deber de fundamentación, solo que ha tenido posibilidades de lectura más amplios y flexibles, porque sirvió para eludir la imposibilidad de sentenciar cuando el proceso estaba hueco de verificaciones o la prueba era manifiestamente insuficiente.

Se encontró así un principio nuevo *pro sententia*, según el cual todas las normas procesales existen y deben interpretarse para facilitar la administración de la justicia y no como obstáculos para alcanzarla; lo cual obliga a considerar los requisitos procesales con criterio restrictivo, especialmente las inadmisiones de cualquier naturaleza, y solo a texto expreso, mientras que debe interpretarse extensivamente y con el mayor formalismo posible todo aquello que conduzca a la decisión de las cuestiones de fondo en sentencia; además, las infracciones procesales solo deben dar lugar a nulidades relativas y, por ende, siempre subsanables, mientras no produzcan indefensión.

Afirma Piza Escalante siguiendo este criterio:

> … que las leyes y, en general, las normas y los actos de autoridad requieran para su validez, no solo haber sido promulgados por órganos competentes y procedimientos debidos, sino también pasar la revisión de fondo por su concordancia con las normas, principios y valores supremos de la Constitución (formal y material), como son los de orden, paz, seguridad, justicia, libertad, etc., que se configuran como patrones de razonabilidad. Es decir, que una norma o acto público o privado solo es válido cuando, además de su conformidad formal con la Constitución, esté razonablemente fundado y justificado conforme a la ideología

652. Ibáñez, Perfecto Andrés, "Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal", texto de la conferencia pronunciada por el autor dentro del plan estatal de formación de jueces de 1992, organizado por el Consejo General del Poder Judicial de España.

> constitucional. De esta manera se procura, no solo que la ley no sea irracional, arbitraria o caprichosa, sino además que los medios seleccionados tengan una relación real y sustancial con su objeto.[653]

De todos modos, las nuevas constituciones americanas han incorporado el deber de fundamentar toda resolución judicial, sea directamente en el texto de la Norma básica o reglamentando en disposiciones especiales como leyes administrativas o procesales.

127.3 La motivación como presupuesto procesal de la sentencia

Desde otra perspectiva el deber de motivación se instala como un presupuesto procesal para que la sentencia sea válida.

El Código Procesal federal, por ejemplo, dice en el artículo 34 inciso 4° que "el juez debe fundar toda sentencia definitiva o interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia". La norma podría quedar vinculada con el artículo 3 del CCyC, solo que, en realidad, no es la nulidad propiamente dicha el efecto que tiene un pronunciamiento sin fundamentos, sino la determinación para obtener agravios directos por esa ausencia de razones y motivos que habilitan el recurso correspondiente, el cual, eventualmente, puede conducir a la nulidad.

Sucede que como presupuesto procesal también se vincula con el deber constitucional que se instala como garantía judicial, porque una sentencia infundamentada es un caso de arbitrariedad que traslada a la revocación de lo resuelto.

En uno u otro caso lo importante estriba en la consolidación del deber de argumentar y tomar partido entre una de ambas pretensiones. No significa más que resolver en el marco dialéctico del proceso donde si las partes están obligadas a presentar sus afirmaciones por escrito, es obvio y natural que la decisión respectiva sea expresada del mismo modo.

Para esta posición es suficiente que la sentencia exprese razones de hecho y de derecho, sin necesidad de desarrollar explicaciones

653. Corte Suprema de Justicia, Sala Constitucional, San José, Fallo planteado por el Magistrado Piza Escalante, Rodolfo, "Recurso de revisión interpuesto por Mario Enrique Arias Arguedas contra la sentencia del Juez Tercero Penal de San José", 01/07/1992.

argumentales. La fundamentación se sostiene con la mera aplicación de la ley, sin necesidad de adornarla con proyecciones intelectuales.

De este modo, mientras una sentencia se funda con la simple interpretación del derecho que al caso se subsume; la motivación es un proceso mental que exterioriza un proceso intelectivo que impone al juez pronunciarse de una determinada manera.

127.4 La motivación como parte esencial de las resoluciones judiciales

En la misma línea que la tesis anterior se presenta esta tendencia que persigue encontrar en la falta de fundamentación un supuesto de inexistencia del acto procesal más trascendente en el proceso.

En este sentido Carocca Pérez apunta que

> … en lo que se vincula con la defensa, la clave se encuentra en que la obligación de motivar las sentencias, que al mismo tiempo que constituye un derecho de los litigantes, se transforma en garantía de que sus respectivas alegaciones y pruebas serán efectivamente valoradas por el tribunal. De ese modo, permite comprobar el cumplimiento de la obligación del juez de tener en cuenta los resultados de la actividad de alegación y prueba de las partes, que así concretan su intervención en la formación de la resolución judicial, que es la esencia de la garantía de la defensa.[654]

La diferencia sucede en la trascendencia que se asigna a la omisión de dar explicaciones, porque se considera que existe violación a las reglas de la defensa en juicio, y como tal, lleva a una sentencia revocable por defectos de fundamentación.

> La teoría debe analizarse con la precedente, porque la primera convierte a la fundamentación de la sentencia en un mero formulismo, puesto que bastaría con hacer referencia a los hechos, a la norma aplicable y al mandato judicial, para que se tenga por fundamentada. Por eso –dice Lorca Siero– la segunda procura que el imperio de la ley que ordena el artículo 117.1 de la Constitución española, presente un aspecto de cumplimiento en cuanto se refiere a la función juzgadora por todos sus trámites, cumpliendo el procedimiento y finalmente dictando sentencia en la que se aplica la ley a los hechos. Esta última es el balance de la legalidad juzgadora, donde ha de ejercitarse la subsunción. La sentencia es un orden lógico en el que por

654. Carocca Pérez, Alex, *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal, op. cit.*, p. 366.

> seguridad se opera acudiendo a la fórmula legal, pero cuando la lógica que ha de emplear el Juez se sustituye por su interpretación y no por la aplicación estricta de la ley, puede haber motivación pero no legalidad.[655]

En los hechos el déficit proviene por la infracción al principio de congruencia y, en particular, cuando el juez resuelve fuera o más allá de lo pedido y no da fundamento alguno para ello.

127.5 La motivación como deber de la jurisdicción

Otros interpretan que en lugar de analizar la sentencia como acto procesal, hay que recurrir a los deberes jurisdiccionales e instalar en ellos la obligación de dar razones y fundamentos a las resoluciones judiciales.

Precisamente porque el contenido esencial y normal de la tutela judicial efectiva consiste en la obtención de una resolución de fondo, dice Chamorro Bernal:

> … las decisiones judiciales de inadmisión afectan ese contenido y pueden incurrir en inconstitucionalidad si la negativa a entrar a conocer del fondo no se ha realizado de acuerdo con la interpretación que de tal derecho fundamental hace el Tribunal Constitucional […]. La tutela judicial resulta otorgada con plena eficacia, aunque la decisión consista en negar –de forma no arbitraria y razonable– el examen de la cuestión de fondo, por no concurrir un presupuesto procesal necesario o por haberse incumplido las formas y requisitos procesales razonables, es decir, que no constituyan rígidos formalismos, vacíos de contenido.[656]

Tal lectura se adapta a la orientación constitucional de nuestro país, que establece como deber de los jueces el fundar sus sentencias en ley; luego reglamentado en las leyes procesales como deber de fundamentación y efectos de nulidad en caso contrario (art. 34 inc. 4°, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Como no se persigue con esta carga del oficio imponer una norma demasiado genérica, la jurisprudencia fue aclarando que el juez no está obligado a referirse concreta y separadamente a cada uno de los elementos de convicción suministrados por las partes, bastándole para fundar su decisión que valore los que a su entender, y de acuerdo

655. Lorca Siero, A., *Los jueces y la Constitución*, Oviedo, Siloa, s/f, p. 23.

656. Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva, op. cit.*, p. 378.

con las reglas de la sana crítica, revistan relevancia jurídica para servir de base a sus conclusiones.

O lo que es lo mismo, al fundamentar su decisión no tiene que hacerse cargo de todos los argumentos de las partes, sino solo de aquellos que estime pertinentes para la solución del caso.

127.6 La motivación como derecho exigible de las partes

Finalmente se encuentra otra tendencia dominante, que pone a la motivación de las sentencias como un derecho que las partes pueden exigir por ser parte integrante del derecho al debido proceso.

Para ella, la solución justa de un litigio no es simplemente –como lo afirma el positivismo jurídico– el hecho de que sea conforme con la ley, es decir, legal. En efecto, no hay palabras que cubran la necesidad de justicia si no va implícito en los contenidos del pronunciamiento la cobertura de argumentos suficientes para convencer a las partes sobre la justicia del caso.

Una vez más aparece la dimensión social del proceso y la repercusión que tiene en la sociedad cualquier sentencia judicial, porque la medida de la legalidad no siempre es la vara de la justicia, como también la discrecionalidad excesiva, irrazonable o directamente incongruente, es una arbitrariedad que el mismo sistema repulsa.

127.7 Síntesis valorativa

Todas las teorías o pensamientos expuestos no tienen mayores diferencias si creemos que con la motivación se obtiene una herramienta para proscribir la arbitrariedad.

Sostiene Ruiz Lancina que

> … la razonabilidad es el criterio demarcatorio de la discrecionalidad frente a la arbitrariedad ya que si la potestad discrecional consiste en elegir una opción entre un abanico de posibilidades razonables no hay potestad discrecional cuando es solo una la solución razonable y por tanto no hay posibilidad de elección. En el supuesto más habitual en que caben varias elecciones entra de manera determinante la persona del juez quien estará investido de potestad para decidir en una u otra dirección, es decir hay un margen discrecional cuando sobre una cuestión aparecen varias soluciones razonables y es preciso elegir entre ellas. Por ello,

> el ejercicio de la potestad discrecional presupone dos elementos, por una parte una opción entre varias soluciones razonables y es preciso elegir entre ellas y por otra parte que esa opción sea razonable dentro de un marco socio-cultural determinado.[657]

La motivación garantiza que se ha actuado racionalmente porque da las razones capaces de sostener y justificar en cada caso las decisiones de quienes detentan algún poder sobre los ciudadanos. En la motivación se concentra el objeto entero del control judicial de la actividad discrecional administrativa, donde hay un duro debate sobre hasta dónde deben fiscalizar los jueces.

Pero si extendemos la noción para darle un campo más amplio a su desarrollo, rápidamente se verá que la fundamentación forma parte de la sentencia como un todo indisoluble, creador de argumentos para quienes encuentren justificadas sus razones, como para los que no encuentren satisfechas con ella sus pretensiones.

En este terreno abonan múltiples proyecciones que, al mismo tiempo, se amparan en los nuevos contenidos del debido proceso y especialmente en el CCyC.

Por ejemplo, será intolerable que se declaren nulidades procesales allí donde el juez tuvo oportunidad de advertirlas y su intervención resulta extemporánea o inusitada (cfr. art. 34 inc. 5 apartado b] del Código Procesal federal); o cuando el trámite se posterga *sine die* por cuestiones de competencia mal resueltas; o en los motivos que abrigan justificaciones vulgares o renuentes al deber de asumir jurisdicción positiva en cuestiones de urgencia; etcétera.

Finalmente, un análisis enjuto de la teoría actual que explica los caminos de la impugnación y los recursos continúa afirmando que los motivos de queja del recurrente están únicamente en la parte decisoria, provocando una dimensión increíble de las causales de arbitrariedad. Esto es equivocado, la sentencia es un conjunto de argumentos, razones y derechos aplicados que conducen a un resultado. La justificación del recurso no se puede encontrar en lo contingente del fallo, sino en los motivos dados para su fundamentación.

657. Ruiz Lancina, María José, "La motivación de las sentencias en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española", *op. cit.*, p. 455.

Por eso, dice Chamorro Bernal,

> … la motivación de la resolución judicial supone una justificación racional, no arbitraria, de la misma, mediante un razonamiento no abstracto sino concreto. Esta justificación de la resolución deberá incluir: a) el juicio lógico que ha llevado a seleccionar unos hechos y una norma; b) la aplicación razonada de la norma; c) la respuesta a las pretensiones de las partes y a sus alegaciones relevantes para la decisión.[658]

128. Motivar sin razonamiento suficiente

Antes de ahora hemos anunciado que fundamentar no significa lo mismo que motivar. Aplicando la ley sin más tarea que laborar exégesis pura supone dar fundamentos; mientras que motivar implica darle racionalidad y sentimiento de justicia. En tal sentido, la motivación actúa como un elemento de racionalización del sistema procesal, en cuanto constituye un presupuesto y una garantía del control que los órganos superiores realizan respecto de la actividad del juez inferior.

Racionalidad no siempre supone razonabilidad en el sentido estricto de la comparación, porque puede cerciorarse el juez de lo dicho y expuesto sin advertir desatinos o incongruencias, en cuyo caso lo razonable no sería razonado.

A veces, también, el raciocinio aplicado en la sentencia se identifica con justificación, siendo así difícil emparentar lo deseable con lo existente.

Es evidente, en consecuencia de la síntesis, que buscar entre los contenidos de la motivación la razonabilidad implica una tarea casi imposible, porque es más simple deducir la incongruencia, el error, el absurdo, es decir, todo lo contrario a la regla mencionada. Por tanto, la motivación de las sentencias –como parte integrante de un principio– emanada del CCyC puede encontrarse en premisas negativas, como afirmar que no se cumple cuando se equivoca el derecho aplicable a la causa; o que tampoco lo es cuando deduce afirmaciones inexistentes; o al tener por probados hechos que se mantienen inciertos o sin verificación, entre otras variables.

658. Chamorro Bernal, Francisco, *La tutela judicial efectiva*, *op. cit.*, p. 466.

Desde esta perspectiva, la motivación persigue la certidumbre y la confianza institucional, más allá de servir a otras finalidades como son el control de la actividad jurisdiccional por parte del superior jerárquico, y de la misma opinión pública; o para demostrar la eficacia en la prestación del servicio jurisdiccional.

> Bien sostiene Picó i Junoy que a pesar de que la sentencia debe motivarse en Derecho, ello no excluye que pueda ser jurídicamente errónea, constituyendo una infracción de la ley o de la doctrina legal. Sin embargo, el derecho a la tutela judicial efectiva no ampara el acierto de las resoluciones judiciales, de modo que la selección o interpretación de la norma aplicable corresponde en exclusiva a los órganos judiciales, salvo que la resolución judicial sea manifiestamente infundada o arbitraria, en cuyo caso no podría considerarse expresión del ejercicio de justicia, sino simplemente apariencia de la misma.[659]

A pesar de todo cuanto se pueda abonar la conveniencia de motivar todas las resoluciones judiciales, no escapa al análisis que existen otras cuestiones posibles de ocupar al tema. Por ejemplo, si la motivación se exige hacia los demás para que la sentencia y demás decretos o providencias sean manifestaciones expresas del acto de resolver; por qué no sostener que puede ser una autojustificación de la discrecionalidad judicial.

Esta idea estuvo presente en el pensamiento postrevolucionario europeo del siglo XVIII, y se instaló en la legislación constitucional y procesal desde entonces, al obligar a los jueces a dictar sentencias que se sometieran al imperio de la ley, antes que a la voluntad del magistrado.

No se toleraba que fuera lo resuelto una justificación del poder jurisdiccional, precisamente porque jamás se admitió que el juez tuviera otro poder que no fuera el de custodiar que las normas se cumplieran.

Cualquier desvío en la inteligencia común que la ley tiene, era considerado arbitrario, y hasta una causa de mal desempeño. Por eso, comenzó la sentencia a exigir requisitos constitutivos de tipo formal, que encapsularon el discurso en la técnica de lo previsible.

Es decir que, ante el común de la gente, una decisión judicial se parece demasiado a un discurso que justifica la resolución y pretende convencer a quien se dirige, o a quien la lee, sobre la razonabilidad de la misma.

659. Picó i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 126.

Mientras que para el técnico, la lectura se interpreta ajustada en el molde de la congruencia y de los agravios que del pronunciamiento se deriva.

> La distinción la profundiza Taruffo cuando muestra que una cosa es la motivación expuesta como signo, o como acto de comunicación de un contenido; y otra es la motivación como fuente de indicios. Para el primer segmento la sentencia se interpretará al conjuro de los intereses y en función de los instrumentos técnico-jurídicos que elucubrarán el discurso; mientras en el segundo, el auditorio general, la sociedad, examinará el discurso como fuente de indicios que dejará traslucir los elementos que puedan haber influido sobre su redacción (*v. gr.* el nivel cultural y las opiniones del juez.[660]

Pero esta faceta atiende la faz sociológica del fenómeno jurisdicente y, de alguna manera, sirve para confrontar cuán lejanas están las interpretaciones jurídicas de las que la sociedad representa.

> Atinadamente dice Colomer Hernández que, la postura psicologista lo que pretende es colocar en el centro de la motivación judicial la explicación de la decisión en lugar de su justificación. Las consecuencias de ocupar la motivación en explicar las circunstancias, razones o causas que llevan al Juez a tomar una decisión son muy peligrosas, pues de una parte, quedará sin ser acreditada la aceptabilidad de la decisión, y de otra parte, quedará impedida la posibilidad de control de la misma, convirtiéndose de facto en un acto arbitrario. Y es que, en efecto, el estudio de los motivos psicológicos del juez no debe ser objeto de análisis para la ciencia jurídica por carecer de eficacia para determinar la aceptabilidad de una concreta decisión.[661]

En definitiva, el contenido de la motivación no es otro que resolver con razones que se justifiquen sin esfuerzo dialéctico. Debe existir una ponderación jurídica que acompañe el proceso lógico de aplicación normativa, con el sentimiento implícito de hacer justicia y que esta sea perceptible a quien se dirige y, en dimensión, a toda la sociedad.

660. Taruffo, Michele, *La motivazione della sentenza civile*, Padova, Cedam, 1975, p. 266.

661. Colomer Hernández, Ignacio, *La motivación de las sentencias: sus exigencias constitucionales y legales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, p. 178.

129. Decisión razonablemente fundada

En la formación de la sentencia primera acceden buena parte de los esfuerzos de la jurisdicción. Lógica, inteligencia, psicología y voluntad, son los principales componentes que caracterizan el proceso mental de elaboración.

En materia de argumentación es preciso referir a dos niveles de entusiasmos –por así indicarlos– cuando de motivar la sentencia se trata. El primero asienta en la actividad del juez de primer grado, que limita su intervención al principio de congruencia y al brocardo *secundum allegata et probata* con las flexibilidades habituales que tiene. La delimitación del *thema decidendi* lo fijan los litigantes y no le es posible al juez desviar por otros caminos el destino de las pretensiones trazadas. En consecuencia, los hechos se incorporan por las partes, las peticiones delinean el objeto procesal, y la congruencia es el límite fijado para evitar el exceso jurisdiccional.

Ahora bien, una vez obtenida la sentencia, el problema de la motivación se controla desde los recursos, pudiendo señalarse deficiencias por limitación o por ausencia; en otros términos, fundamentos incompletos o insuficientes.

> El criterio de la suficiencia es un parámetro de creación jurisprudencial para el control de la efectividad de la obligación de motivar. Es decir, la suficiencia no es más que un mínimo que debe cumplir la justificación del Juez para poder ser aceptada como existente al ser controlada en vía de recurso por un superior jurisdiccional, o en vía de recurso de amparo (en España) por el Tribunal Constitucional. Sin embargo, la suficiencia en modo alguno puede ser utilizada por un Juez como criterio de actuación a la hora de motivar [...]. Los jueces a la hora de motivar deben realizar una completa justificación de la decisión adoptada.[662]

129.1 El acuerdo

El segundo problema son las sentencias de tribunales de alzada, donde es más difícil aplicar los mismos conceptos antes enunciados.

662. Ibídem, p. 188.

En estos es evidente que antes de emitir el acto definitivo será necesario contar con un acuerdo o, al menos, con una mayoría que participe de un mismo criterio. Y aun así ¿será posible la única versión?

La posibilidad de armonizar las argumentaciones y conclusiones se encuentra en la elaboración particular que presenta la sentencia de segunda instancia y, en general, la de todos los cuerpos integrados a pluralidad de miembros.

Se parte de ciertas premisas de organización que consisten en no apartarse de las solemnidades requeridas para la emisión de toda sentencia. Es decir, los requisitos formales se mantienen invariables, pero cambia el análisis en los fundamentos y su trascripción.

Cuadra recordar que toda omisión del fallo inficiona su validez intrínseca y por varias razones. La primera porque existe un deber de explicar los fundamentos sobre los que asienta el juez su convicción, bajo pena de nulificar el fallo. Esos fundamentos deben respetar un orden crítico, de modo tal que se analicen los hechos, se aprecie la prueba, se determinen las presunciones emergentes, se disponga el derecho aplicable y, en su caso, se califique la conducta de las partes.

La sentencia debe ser fundada. Así lo disponen la mayoría de los códigos procesales y algunas constituciones de provincias. Inclusive, es un triunfo adquirido por el Derecho Procesal constitucional, al exigir este recaudo de motivación como pauta de validez del pronunciamiento, y a modo de soporte fundamental de la garantía del debido proceso.

Jurisprudencialmente se ha diseñado esta regla, indicando que constituye requisito indiscutible de validez de las sentencias judiciales que ellas sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente de plena aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

Resulta así imprescindible que todo pronunciamiento definitivo explicite las razones que representan la motivación que guía a cierta orientación. Es menester precisar ese desarrollo mental, suministrando en los considerandos (o en el veredicto) las pautas de pruebas que se consideran verificadas y la subsunción efectuada en el orden normativo.

Además, una suficiente exposición facilita el grado de persuasión que la sentencia conlleva como medio de indicar la justicia en el caso concreto; tanto como para que las partes conozcan las razones por las que se admite o rechaza una pretensión, dando posibilidad consecuente para una crítica puntual.

No debe descartarse que este recaudo de fundamentación confiere, a igual tiempo, una posibilidad de control efectivo de los actos; haciendo pública la opinión vertida, en el sentido de que el fallo deja de ser cosa de partes para transferirse a la consideración pública.

La carencia de motivación resulta descalificada por el vicio de nulidad; igual consecuencia contrae la sentencia con fundamentos insuficientes, o equivocados, o bien se afirma en consideraciones meramente dogmáticas que no tienen en cuenta las circunstancias que fueron demostradas en la causa.

Importa advertir que el calificativo de sentencia infundamentada tiene un contraste en la apreciación que las partes sostengan. Quien obtiene pronunciamiento favorable, seguramente, ante la ausencia de agravio, no podrá decir que el fallo sea infundado. De otro lado, el perdidoso podrá calificar de aquel modo a la sentencia pero su estima tiene un valor meramente hipotético y eventual, solo posible de confirmación si prospera el recurso que dedujese contra el fallo.

129.2 Las motivaciones de hecho

Estas razones pertenecen al área de las cuestiones propuestas por las partes como conducentes y en contradicción circunstancial. La investigación que el juez pueda abordar es un tema contingente, porque la regla indica que no puede apartarse del perfil de la realidad que el actor presenta y de la modificación –eventual– que el demandado proponga. Son los principios de igualdad en el debate y de la garantía de defensa en juicio.

Y algo más, ¿qué ocurre con las diferencias jurídicas?, es decir, aquellas que asientan no en la interpretación de las cuestiones fácticas, sino en la aplicación del derecho. En estos casos, se nos ocurre concluir que puede el juez discordante pronunciarse en el sentido que lo inspire, toda vez que ello no provocara vicio alguno al fallo.

En definitiva, el contenido de la motivación no es otro que resolver con razones que se justifiquen sin esfuerzo dialéctico. Debe existir una ponderación jurídica que acompañe el proceso lógico de aplicación normativa, con el sentimiento implícito de hacer justicia y que esta sea perceptible a quien se dirige y, en dimensión, a toda la sociedad.

Capítulo XVIII
El derecho al recurso

130. Introducción

Instalados en el campo del procedimiento, la garantía amplia y genérica del debido proceso comienza a encontrar puntualizaciones. Una de ellas es producto de la evolución jurisprudencial y de la influencia de pactos y convenciones que han establecido el derecho de toda persona a tener un recurso contra la sentencia de condena.

La doble instancia, o el derecho a obtener dos resoluciones judiciales sucesivas sobre un mismo hecho, es un principio emblemático de la ciencia procesal, que afinca en la seguridad jurídica y en el derecho que tiene el justiciable al control jerárquico de la sentencia.

Tal exigencia no se puede omitir cuando la intervención jurisdiccional opera con tribunales colegiados, porque el derecho al recurso no se funda en la prevención del error, ni se satisface con la composición del órgano que, por vía de principio, compensa y controla cuando se integra con más de un magistrado. La garantía es la revisión plena de lo juzgado, y por eso, no es cualquier recurso el que lo cumplimenta, sino aquel que permite explorar sin limitaciones formales ni reducciones impuestas.

De este modo, la impugnación cubre dos aspectos: revisa el pronunciamiento por un órgano jurisdiccional de grado superior, y permite que el Estado afiance el control sobre la certidumbre del derecho; y, al mismo tiempo, la queja obliga a un fallo definitivo que persigue alcanzar la justicia en el caso, culminando las instancias ordinarias o comunes.

Decía Podetti que los recursos satisfacen la necesidad humana de no conformarse con lo decidido, y consienten canalizar o encauzar jurídicamente la protesta del vencido, permitiéndole "alzarse" contra la sentencia. Esta actitud tiene un doble origen: una razón de poder y una razón de

justicia. Es posible que en su origen predominara la primera, pero paulatinamente va tomando puesto la segunda, hasta que se equilibran.[663]

Tan afianzada está la garantía que algunos autores sostienen que pertenece y se integra en la noción de *debido proceso*, pese a las numerosas excepciones que cuenta la actividad judicial y que desarrolla la jurisprudencia.[664]

Esta primera lectura conserva la idea de salvaguardar al recurso como una *garantía individual* de la parte, sometida a la única condición del gravamen (es decir, a la diferencia perjudicial entre la pretensión y lo acordado en la sentencia). Si hay victoria absoluta, no hay agravios contra el fallo judicial, mientras que las peticiones desechadas son los límites de la impugnación.

Desde otra perspectiva, la doble instancia se puede analizar como *garantía del proceso*, una suerte de potestad judicial para evitar el error, o disminuir a través de la revisión por el superior la posibilidad de que la sentencia contenga vicios de hecho o de derecho que perjudiquen su eficacia intrínseca.

En este espacio, las opiniones difieren y pueden llegar a contemplar la garantía como un simple principio que admite morigeraciones.

La desconfianza en los jueces (monocráticos), propio de este sistema que no ve con buenos ojos la actuación en soledad, podría modificarse con los tribunales u órganos colegiados de la magistratura, siguiendo la idea de que la pluralidad de curiales reduce la suspicacia y disminuye la falibilidad; o bien, que con la participación de varios jueces se compensa la reducción de recursos. Si así fuera, el derecho al recurso quedaría al menos obstruido, justificándose en los tribunales de única instancia la restricción de impugnaciones, y directamente la

663. Podetti, J. Ramiro, *Tratado de los recursos*, Buenos Aires, Ediar, 1958, p. 125.

664. Montaño de Cardona, Julia Victoria, *Instituciones procesales desde el constitucionalismo*, Bogotá, Leyer, 2002, p. 95. La autora sostiene que un proceso debido no puede excluir la doble instancia. La inapelabilidad en los procedimientos de única instancia por la materia o la cuantía, que culminan con sentencias de igual grado, no se justifica, bajo ninguna argumentación, desde el constitucionalismo democrático; en consecuencia, frente al binomio antagónico economía procesal-doble instancia, debe prevalecer esta última, debiendo desterrarse la única instancia, que hace de la inapelabilidad de la sentencia, regla general. Todo procedimiento debe contar con una segunda instancia, de cara a la justicia material, permitiendo que un funcionario jurisdiccional en un grado de conocimiento diferente al que profirió la providencia, realice los controles que permitan detectar errores judiciales a fin de enmendarlos.

prohibición de recursos cuando la situación a considerar es de mínima cuantía o no manifiesta algún interés prevalente.

Por eso es cierto que los intereses que se movilizan ante el derecho a los recursos son, en sí, contradictorios y diversos según el orden jurisdiccional en que se intente implementar. Reconoce González Pérez:

> … que los recursos y la multiplicación de las instancias, se ha considerado, más que como garantía del justiciable, como instrumento para prolongar los procesos varios años, en detrimento de la efectividad de la justicia. Se contraponen, sin duda, el interés del demandante favorecido por una decisión del tribunal de primera instancia, de que esta resolución fundada en derecho sea firme y se ejecute, frente al litigante que ha sido condenado; como no es imprudente pensar que el ciudadano absuelto se lamente de la impugnación de la sentencia por el Ministerio Fiscal o por el acusador particular, mientras que el ciudadano condenado por el tribunal penal, disintiendo del fallo, quiera someterlo al enjuiciamiento de un tribunal superior.[665]

Con esta visión se llega a sostener que la doble instancia no es requisito de la defensa en juicio en ningún tipo de proceso, siempre y cuando la etapa previa se haya sustanciado adecuadamente y, en su caso, favorecida por el principio *pro actione*, según el cual el sistema avanza en función del deber de rapidez y eficacia que el debido proceso propicia.

El problema de esta interpretación radica en que, existiendo en los regímenes procesales un abanico de remedios y recursos, la articulación de obstáculos para hacerlos valer se puede advertir como un accionar que imposibilita el acceso a la justicia, o al menos, torna al proceso absurdo, discrecional y autocontradictorio.[666]

665. González Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, Madrid, Cívitas, 2ª ed., 1989, p. 118.

666. Tribunal Constitucional español, 06/05/1991.Tal es la orientación que asume la Constitución española en el art. 24.1, al colegir que son incompatibles con el derecho a la tutela judicial efectiva todas aquellas decisiones judiciales que inadmiten un recurso por omisión de un requisito formal subsanable, sin antes dar oportunidad a que sea corregido o que, concedida esta oportunidad, la parte haya subsanado. Por eso, en la doctrina constitucional-procesal de este país se interpreta que el debido proceso comprende el derecho a utilizar los recursos ordinarios y extraordinarios, incluido el de casación, en los supuestos y con los requisitos legalmente previstos; y al mismo tiempo, comprende también el derecho, en parte correlativo, de quien obtuvo una sentencia favorable, a que la misma alcance la fuerza de cosa juzgada y posteriormente sea ejecutada sin que sea interferido tal procedimiento por la concesión

Finalmente, no puede eludir el estudio otro aspecto interesante a esclarecer. El tema es el principio de unidad de la jurisdicción, y la inteligencia común que debe tener la noción de debido proceso, esto es, que no puede haber diferencias en la aplicación de garantías para todo tipo de procesos.

Recordemos que la noción de *debido proceso legal*, abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial; y en su dimensión tuitiva comprende a todas las garantías judiciales referidas en la Convención Americana, aun bajo el régimen de suspensión de ellas regulado en el artículo 27. Por eso, las garantías judiciales previstas no disponen de un recurso concreto, porque solamente representa el conjunto de requisitos que se deben cumplir en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales.

Ocurre que a partir de la vigencia del Pacto de San José de Costa Rica, y con mayor exigencia desde la reforma constitucional de 1994, el *derecho al recurso* se establece en el artículo 8, inciso 2, punto h) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de manera que ingresa al derecho interno estableciendo una pauta que los Códigos procesales deben adaptar para no sacrificar ni desconocer la garantía.[667]

---

de una vía recursiva que no corresponde de acuerdo con la ley (Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso, op. cit.*, pp. 461-462).

667. En nuestro *Derecho Procesal Constitucional - Amparo*, presentamos la interesante labor de exégesis y reelaboración jurisprudencial que hace la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en el caso "Giroldi". En efecto, después de señalar que, tradicionalmente se había sostenido por el Alto Tribunal que la garantía de la doble instancia quedaba satisfecha con la posibilidad de interponer el recurso extraordinario federal; reconoció que el *certiorari* había incorporado una facultad discrecional por la cual se podían denegar impugnaciones excepcionales sin dar mayores fundamentos, y con ello, quedaba vulnerada la posibilidad de tener una nueva instancia de discusión. Más adelante agregó que, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le correspondía –en la medida de su jurisdicción– aplicar los tratados internacionales a que el país esté vinculado en los términos anteriormente expuestos, ya que lo contrario podría implicar responsabilidad de la Nación frente a la comunidad internacional. En tal sentido la Corte Interamericana precisó el alcance del art. 1º de la Convención, en cuanto los Estados Parte deben no solamente "respetar los derechos y libertades reconocidos en ella", sino además, "garantizar" su libre y pleno ejercicio a toda persona sujeta a su jurisdicción. Según dicha Corte "garantizar" implica el deber del Estado de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a

131. Constitucionalización del derecho a recurrir

Se ha señalado en múltiples ocasiones que la incorporación de los Tratados y Convenciones sobre derechos humanos al derecho interno (art. 75, inc. 22, CN) entraña el deber de organizar todo el aparato gubernamental y, en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

En el presente, las garantías judiciales que recrean un nuevo perfil para el debido proceso obligan a actualizar los parámetros y, en este sentido, corresponde advertir cuánto atañe al derecho de recurrir ante un tribunal superior. Por supuesto que no se trata de favorecer la creación de recursos inexistentes ni generar parámetros de interpretación distintos a los que cuentan las leyes procesales de cada lugar, sino de armonizar el conjunto de garantías transnacionales que fuerzan al sistema procesal local a adaptarse con las nuevas consignas.

En todo caso, tampoco se requiere de norma expresa que las ponga en práctica, pues son derechos operativos que no exigen reglamentación, aun cuando sean un programa de recaudos procesales para un proceso tipo.[668]

Sin embargo, dice De Bernardis:

> … frente a la manera irrestricta como este derecho aparece consagrado se encuentra la necesidad de brindar a todos los justiciables el acceso a un proceso que arribe a su resolución final dentro de plazos razonables y que, por la demora en su tramitación, no convierta en ilusoria la tutela que el proceso debe otorgar. Por tal motivo, la regulación específica de este derecho en las normas procesales debe encontrar un justo medio entre la posibilidad de acceder a una instancia jerárquicamente superior y la necesidad de no prolongar más allá de lo razonablemente tolerable la

los recursos internos adecuados para proteger sus derechos constituye una violación del art. 1º inc. 1 de la Convención (O.C. 11/90 del 10 de agosto de 1990).

668. La inteligencia que se acuerda al principio por algunas constituciones latinoamericanas se refleja en Perú, donde la carta fundamental de 1993 consagró en el art. 139.6 –de manera irrestricta, incondicional y generalizada– el derecho a la pluralidad de instancia, a favor de cualquier justiciable y para toda clase de procedimientos. Lo que ha hecho decir a buena parte de la doctrina que el legislador no ha atendido la aplicación exclusiva del principio a los procesos penales.

> resolución del conflicto, teniendo como fiel de esa balanza la necesidad de justicia de ambas partes y la materia del proceso.[669]

En Argentina, la jurisprudencia no considera que la doble instancia sea una exigencia del debido proceso, al menos en los procesos civiles, porque mientras se conserve inalterable el derecho a alegar, debatir, probar y obtener una sentencia motivada y razonable, la posibilidad de recurrir puede limitarse sin menoscabar la constitucionalización del proceso. Establecer causales para los agravios posibles; imponer plazos para la interposición de los recursos; determinar cargas económicas como medidas necesarias para la admisión formal; reglamentar una técnica expositiva que dé autosuficiencia a la impugnación; entre otras condiciones de procedencia, no limitan la garantía procesal.

Ahora bien, esta conclusión depende del criterio como se forme e implemente el derecho al recurso. Si se adopta como una garantía individual no cabe duda que no se pueden formalizar condiciones ni límites a la procedencia; mientras que si lo es como "principio" del proceso, las abstinencias son posibles.

La Norma Fundamental local no refiere en precepto alguno a la exigencia del doble tránsito judicial, pero ha ratificado los siguientes tratados que sí contienen la obligación procesal, a saber: La Convención Americana sobre Derechos Humanos, aprobada por Ley N° 23054, se limita a establecer que "durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas [...] *Derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*" (art. 8°, inc. 2°, ap. h).

Por su parte, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (ratificado por Ley N° 23313) contempla una garantía similar pero con otra redacción. El artículo 14, inciso 5° dice que: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley".

En otra dimensión, pero con lógica comparable, dispone la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada por Ley N° 23849, en el artículo 37 inciso d), que todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia

669. De Bernardis, Luis Marcelo, *La garantía procesal del debido proceso*, Lima, Cuzco S.A., 1995, p. 117.

adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.

En definitiva, como se observa, la obligación constitucional agregada a nuestra plana fundamental, asienta en el proceso penal y así lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

132. Evolución de la jurisprudencia vinculada

El Alto Tribunal, desde sus orígenes, consideró en varias sentencias que la garantía de la doble instancia no era parte del debido proceso integrado como garantía procesal en el art. 18 de la Constitución Nacional.

La preocupación constante fue el derecho de defensa en juicio, por eso había dicho, por ejemplo, que la circunstancia de que el fallo de Cámara confirme el de primera instancia por sus fundamentos no da lugar por sí solo al recurso extraordinario por arbitrariedad derivada de violación del derecho de defensa, toda vez que la doble instancia no constituye requisito constitucional de la defensa en juicio y el punto, además, es de orden procesal.[670]

Solo se introdujeron algunas aclaraciones, como exigir una fundamentación adicional cuando la sentencia confirmada no era bastante para sustentarla, o en el momento que se permite introducir en el proceso elementos de juicio nuevos que requieren análisis. Pero la doctrina judicial insistió en que la doble instancia judicial no constituía requisito constitucional de la defensa en juicio.[671] Y se agregó que

> Si bien el derecho a la doble instancia no reviste jerarquía constitucional y el adecuado respeto a la garantía del debido proceso solo exige que el

670. CSJN, Fallos: 300:65, "Valestra, Humberto A. y otro c. Instituto Nac. de Vitivinicultura", del 14/02/1978. Este fallo se viene repitiendo, y recientemente se lo vincula con las sentencias de la Corte IDH sosteniendo que: […] Para la adecuada satisfacción de la garantía de la doble instancia (arts. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), corresponde al tribunal intermedio examinar los planteos respecto de la valoración de los testimonios incorporados por lectura ante la alegada ausencia de prueba de cargo, a fin de controlar si el razonamiento a través del cual se arribó a la sentencia de condena afectó o no los principios de defensa en juicio y debido proceso (Fallos: 329:5556).

671. CSJN, "Schillaci, Alfredo A. c/ Sruoga, Adolfo", 13/03/1980, *LL* 1980-C, 45.

> litigante sea oído con las formalidades legales y no depende del número de instancias establecidas por las leyes procesales, cabe hacer excepción a esa regla cuando la ley procesal aplicable confiere ese derecho, supuesto en el cual le ha reconocido aquella jerarquía, pues en tales casos no puede suprimirse arbitrariamente.[672]

Inclusive, al considerar aspectos procesales específicos que podían mostrarse como limitaciones al derecho de recurrir, se agregó que, no siendo la doble instancia requisito constitucional de la defensa en juicio, la exigencia del depósito previo de la suma condenada como recaudo para la concesión de recursos en el orden local no es violatoria de dicha garantía; y tampoco es contraria a la igualdad pues se trata de una exigencia que el legislador provincial puede imponer.[673]

Más adelante se avanzó en la idea, y hasta se excluyó el tránsito del recurso como una instancia obligatoria en el procedimiento constitucional. En este aspecto, se afirmó que el principio de la doble instancia carece de jerarquía constitucional.[674]

Los tribunales inferiores aceptaron el criterio, y acotaron aun más la garantía, al sostener que la exigencia se reducía al derecho de ser oído, de manera que la efectividad no dependía del número de instancias que las leyes establecieran.[675] También el fuero penal dijo que el sistema de la doble instancia es un instituto procesal que de ninguna manera constituye una garantía de jerarquía constitucional.[676]

Sin embargo, esta abrumadora tendencia va a cambiar en el caso "Giroldi" fallado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el 7 de abril de 1995.[677]

---

672. CSJN, Fallos: 327:608.

673. CSJN, Fallos: 304:1632.

674. CSJN, Fallos: 305:535.

675. CNCom., Sala C, "Rodríguez, Ricardo c. Tabares, Elisa", 05/07/1999 (LL 2000-A, 458); también, CNCom., Sala E, "Banco Bansud c/ Campión, Héctor y otro", 05/12/1997 (LL, 1998-D, 89).

676. CNCrim. y Correc., Sala III, "Odell, Alejandro", 17/11/1983 (LL 1984-D, 677 [36.701-S]).

677. El Tribunal Oral en lo Criminal Nº 6 de la Capital Federal condenó a Horacio Giroldi y a Raúl B. Hatchondo, a la pena de un de mes de prisión de cumplimiento en suspenso como coautores de tentativa del delito de robo simple (arts. 26, 29 inc. 3º, 42, 44, 45 y 164, Código Penal).
La Defensora Oficial interpuso recurso de casación, y fundó sus agravios en la violación a las garantías del debido proceso y la defensa en juicio (art. 18, Constitución Nacio-

Allí se dijo que, la reforma constitucional de 1994 confirió jerarquía constitucional a varios Acuerdos Internacionales (art. 75, inc. 22, párr. 2º), entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos que, en su ya recordado artículo 8º párrafo 2º, inciso h), dispone que toda persona inculpada de delito tiene derecho de *recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*.

En consecuencia, entró a considerar si dentro del ordenamiento procesal penal existen el órgano y los procedimientos para dar adecuada satisfacción a la garantía constitucional, y en ese sentido, remitió a la causa "Jáuregui", donde había sostenido que la inexistencia de recurso en la ley de rito ha conducido a evidenciar que la sentencia del tribunal oral era susceptible del recurso extraordinario.

Este precedente es importante, porque algunos pudieron concluir que la doble instancia estaba garantizada con la existencia del recurso

---

nal) en que había incurrido el Tribunal Oral en lo Criminal, al no observar las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa y sentencia, lesionando, además, las disposiciones concernientes a la insistencia y representación del imputado (art. 167 incs. 2º y 3º, Código Procesal Penal de la Nación). Defectos que, a su criterio, llevaban a la nulidad de la sentencia, que consideró enmarcados de las previsiones de los dos incisos del art. 456 de Código adjetivo para la habilitación de la vía casatoria.

En cuanto a la procedencia formal de aquel recurso, sostuvo que el límite establecido en el inc. 2º del art. 459 del Código Procesal Penal no resultaba aplicable en situaciones en las que, como en el caso, se encontraba gravemente afectada a la garantía de defensa en juicio y donde se habían conculcado principios básicos del debido proceso referidos a la necesaria intervención del acusador y la defensa.

Subsidiariamente, planteó la inconstitucionalidad de la referida norma procesal, ya que, a su criterio, el límite que establecía lesionaba el principio de igualdad ante la ley (art. 16, Constitución Nacional), argumentando a este respecto que un condenado a 7 meses de prisión por un delito correccional puede recurrir en casación, en tanto que a otro condenado a igual pena por un tribunal en lo criminal, le está vedado acceder a aquella vía recursiva.

Sostuvo, por último, que el límite del art. 459, inc. 2º del Código adjetivo restringe la plena vigencia de las normas constitucionales que hacen a la garantía del debido proceso y a la defensa en juicio (art. 18, Constitución Nacional), al impedir la Cámara Nacional de Casación Penal examinar cuestiones que afectan derechos de raigambre constitucional por razones de montos de penas, máxime cuando el art. 8, inc. 2º, apart. H) del Pacto de San José de Costa Rica garantiza a todo imputado el derecho de recurrir ampliamente el fallo ante un tribunal superior.

La Cámara Nacional de Casación Penal resolvió rechazar el planteo de inconstitucionalidad del art. 459, inc. 2º del Código Procesal Penal de la Nación y declaró inadmisible el recurso de casación, dando lugar al recurso extraordinario que, denegado, resolverá la Corte Nacional como queja o recurso directo.

extraordinario (Fallos: 311:274, consid. 6º del voto de la mayoría, 7º del voto del juez Caballero, y 6º del voto del juez Petracchi), pero el Alto Tribunal va a modificar el temperamento.[678]

En efecto, la variación se encuentra en la reforma introducida en el año 1990 por la Ley N° 23774, que otorgó a la Corte la facultad de rechazar, por la sola aplicación del art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, recursos extraordinarios por falta de agravio federal suficiente o cuando las cuestiones planteadas resultaren insustanciales o carentes de trascendencia (*certiorari*).

Por eso, dijo que en tales condiciones el recurso extraordinario no constituye un remedio eficaz para la salvaguarda de la garantía de la doble instancia que debe observarse dentro del marco del proceso penal como *garantía mínima* para *toda persona inculpada de delito* (art. 8º, párr. 2º, apart. h. Convención).

El considerando 9 afirmó que las reformas introducidas por las Leyes N° 23984 y 24050 respecto de los distintos órganos judiciales que conforman los "tribunales inferiores de la Justicia nacional (art. 75. inc. 20, Ley Fundamental), incluyeron la creación de la Cámara Nacional de Casación Penal. Esta circunstancia modificó la organización del Poder Judicial de la Nación existente para la época en que fue fallado el caso "Jauregui" –que no contemplaba un "tribunal intermedio" entre la Corte Suprema y las Cámaras Nacionales o Federales de Apelación–. La Cámara Nacional de Casación Penal ha sido creada, precisamente, para conocer, por vía de los recursos de casación e inconstitucionalidad –y aun de revisión– de las sentencias que dicten, sobre los puntos

678. La Corte Suprema, con el voto de los Dres. Fayt y Bacqué, argumentó en el considerando 6°) de Jáuregui, lo siguiente: "... Que respecto de la supuesta infracción al principio del debido proceso por parte de la norma impugnada en cuanto esta prevé la supresión de la instancia militar al permitir el avocamiento de la justicia civil, conviene señalar –con arreglo a reiterada jurisprudencia de esta Corte–, que la doble instancia no constituye, por sí misma, requisito de naturaleza constitucional (Fallos 246:363; 250:753; 289:95; 290:120, entre otros). Cabe agregar, en tal sentido, que el requisito previsto en el artículo 8, apartado 2° inc. h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (ratificada por ley 23.054) que establece el derecho de toda persona inculpada por delito de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior, solo debe ser considerado en los supuestos de la sentencia definitiva de la causa u otra resolución asimilable a ella, extremo que se da en el presente proceso; en casos como el *sub examine* aquella exigencia se halla por otra parte satisfecha por la existencia del recurso extraordinario ante esta Corte".

que hacen a su competencia, tanto los tribunales orales en lo criminal como los juzgados en lo correccional.

Que lo expuesto determinó la invalidez constitucional de la limitación establecida en el artículo 459, inciso 2º del Código Procesal Penal de la Nación, en cuanto veda la admisibilidad del recurso de casación contra las sentencias de los tribunales en lo criminal en razón del monto de la pena.[679]

Después de "Giroldi" queda afincado el principio constitucional de la doble instancia en materia penal, con dos proyecciones importantes. Por un lado, se reafirma la obligatoriedad de los pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; y por otro, se consideró que la Cámara Nacional de Casación Penal se constituye como un órgano judicial "intermedio" al cual no le está vedada por obstáculos formales, la posibilidad de conocer y resolver los recursos de casación, inconstitucionalidad y revisión.

Sobre esta base doctrinaria, se confirma que el derecho de impugnar el fallo ante el juez o tribunal superior no garantiza vías recursivas plenas o sin restricciones, sino revisiones suficientes que aseguran el control de la efectiva observancia de los preceptos constitucionales que informan el debido proceso, en particular, el vinculado a la defensa en juicio.

El problema siguiente fue considerar si cualquier recurso existente era bastante para configurar la garantía, o si el mismo debía ser cubierto por el Estado a través de la creación legal necesaria.

Algunos dijeron que toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente y dicho recurso no puede ser restringido, conforme disposiciones expresas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por lo que es procedente la

679. Síguese de lo expresado –concluye la Corte– que la solución que aquí se adopta permite, desde el punto de vista de las garantías del proceso penal, cumplir acabadamente los compromisos asumidos en materia de derechos humanos por el Estado nacional a la vez que salvaguarda la inserción institucional de la Cámara Nacional de Casación Penal en el ámbito de la Justicia Federal y respeta el sentido del establecimiento de órganos judiciales "intermedios" en esa esfera, creados para cimentar las condiciones necesarias para que el tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado sea porque ante ellos pueden encontrar las partes la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir ante la Corte Suprema, sea porque el sujeto a revisar por esta ya sería un producto seguramente más elaborado (Fallos: 308:490, consid. 5°, con cita del Diario de Sesiones de la Cámara de Senadores, período de 1901, Congreso Nacional, Buenos Aires, 1961).

apelación contra la resolución que denegó la detención domiciliaria del imputado mayor de setenta años;[680] de este modo, la sola articulación de una queja se pensó bastante para cumplir con el recaudo constitucional.

En la misma línea, se afirmó que toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido, o a cualquier recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución Nacional o por el Pacto de San José de Costa Rica, aun cuando la violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales.[681]

> La Corte, por su parte, procuraba orientar la jurisprudencia nacional, y sostenía, entre otros casos que, la decisión del superior tribunal provincial, que privó al imputado de la garantía a la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, configura un palmario desconocimiento de las pautas dadas por la Corte Suprema. Si no existen argumentos que permitan determinar el criterio seguido para prescindir de la doctrina jurisprudencial aplicable al caso, la sentencia debe ser descalificada como acto jurisdiccional válido.[682]

Inclusive, llegó a declarar la inconstitucionalidad de normas restrictivas. Al respecto indicó que la forma más adecuada para asegurar la garantía de la doble instancia en materia penal prevista en la Convención Americana sobre Derechos Humanos es declarar la invalidez constitucional de la limitación establecida en el art. 87 de la Ley N° 23077, en cuanto veda la admisibilidad de recurrir a la Cámara Nacional de Casación Penal de las sentencias condenatorias dictadas por los tribunales de acuerdo al procedimiento regulado por dicha normativa.[683]

El sentido dogmático del fallo llevó a enseñar que el recurso de casación satisface los requerimientos transnacionales relativos a la garantía de la doble instancia judicial, en tanto no se regule, interprete o aplique con rigor formalista sino que permita con relativa sencillez al tribunal de casación examinar la validez de la sentencia recurrida en general, así como el respeto debido a los derechos fundamentales del

680. C.Fed. San Martín, Sala I, "Videla, Jorge R.", 16/07/1998 (LL 1998-E, 673).

681. J.Instruc. Córdoba, 8ª Nom., "Carabajal, José M. y otros", 11/09/1997, *LL* 1997-C, 794.

682. CSJN, "García, Sixto F.", 30/06/1999, *LL* 1999-E, 352, con nota de Mariana P. Sica - DJ, 1999-3-455.

683. CS, "Gorriarán Merlo, Enrique H. y otra", 19/10/1999, *LL* 2000-B, 108; DJ 2000-1-1120; ED 187-1227.

imputado, en especial los de defensa y al debido proceso (voto en disidencia del doctor Petracchi). La mayoría desestimó la queja.[684]

Hasta llegar al caso "Felicetti", donde se modifica la lectura dada en la causa "Giroldi", para decir que la norma del artículo 8° inciso 2°, apartado h), de la Convención Americana sobre Derechos Humanos no importa necesariamente la doble instancia como renovación del debate realizado en el proceso. Lo que la Convención aseguró fue que la condena proviniese del tribunal mayor en grado y no de uno inferior.[685]

Esta sentencia insiste en la calidad definitiva del fallo dictado por una magistratura superior, aunque sea en única instancia, olvidando de alguna manera lo dicho en "Jáuregui" (el recurso extraordinario es el mecanismo que salvaguarda la doble instancia), y en "Giroldi" (no es el recurso extraordinario el sistema garantista que se debe afianzar sino la posibilidad de tener una vía útil para la revisión de la condena).

El origen del problema fue la decisión de la Cámara de Casación que había dicho que, el artículo 8º, apartado 2º, inciso h) de la Convención Americana de Derechos Humanos, en cuanto reconoce a todo condenado en una causa penal el derecho de apelar el fallo ante un tribunal superior, constituye una norma jurídica de derecho interno en virtud de su incorporación a la Constitución Nacional –art. 75, inc. 22– y como tal está sujeta a la interpretación final que realice la

684. CS, "Zambianchi, Jorge y otros", 15/02/2000, *LL* 2000-C, 36; DJ 2000-2-593. Sostiene la Corte que, lo que el art. 8º inc. 2º ap. h) establece, es el derecho del imputado de recurrir del fallo ante un Juez o tribunal superior, lo que no implica descalificar genéricamente la instancia única sino asegurar que la condena definitiva no provenga de un tribunal inferior en la escala jerárquica sino de la escala más alta, con lo que el juzgamiento directo por esta –que no se comprende en qué medida pudiera ser distinto por ser pronunciado directamente que si lo hubiera sido por vía de recurso contra una decisión anterior– en modo alguno afecta garantías de los derechos de los procesados. Una interpretación distinta pondría en pugna la cláusula del pacto con el art.117 de la Constitución, según el cual la Corte Suprema tiene competencia originaria y exclusiva en ciertas causas aun penales, pues ambas tienen sin lugar a dudas igual valor por imperio de lo establecido en el art. 75 inc. 22, ya que la segunda no pertenece a la primera parte de la Constitución. Semejante conflicto carecería de clara solución.

685. CS, "Felicetti, Roberto y otros", 21/12/2000, *LL* 2001-B, 64, con nota de Walter F. Carnota - *LL* 2001-B, 783, con nota de Germán J. Bidart Campos - DJ 2001-2-156; JA del 07/02/2001, p. 26.

Corte Suprema, debiendo tenerse en cuenta el temperamento de los tribunales internacionales en la esfera específica de su actuación.[686]

La Corte va a colegir que, en realidad, el mandato que implícitamente se deriva de los fallos y opiniones consultivas proveniente de los órganos del sistema interamericano de Derechos Humanos, no se contradice con la lectura actual, pues en la época en que la sentencia se había emitido, no estaba creada la Cámara Nacional de Casación, de modo tal que el último fallo lo pronunciaban las Cámaras Federales de Apelaciones, por lo que al provenir la sentencia de condena de una de ellas, la regla internacional no era violada.[687]

> Sin embargo, son valiosas y fundadas las disidencias del fallo, porque apuntan hacia el deber del Estado de adecuar su legislación interna frente a situaciones donde ya se había advertido el déficit procesal y su directa afectación a las reglas y principios del debido proceso. Nuevamente se recordó que el recurso extraordinario no es el remedio eficaz para salvaguardar el derecho al recurso que se conserva como garantía en el proceso penal, y que aún en el mismo ámbito de esta impugnación excepcional, en la causa "Abella y otros"[688] se había hecho lugar a la revisión de una condena alcanzada por la preclusión del sistema recursivo.

686. CNCasación Penal, Sala II, "Felicetti, Roberto y otros", 23/11/2000, La Ley, 2001-B, 145, con nota de Germán J. Bidart Campos.

687. En esas condiciones, concluye el Alto Tribunal de la Nación, que la solución de Fallos: 322:2488 en modo alguno importa una violación a la garantía de igualdad ante la ley respecto de los demás condenados, toda vez que se trata de estadios procesales diferentes. En el primero la sentencia aún no estaba firme y sí en el segundo, como dijo el juez Petracchi en Fallos: 321:3555. Sostuvo allí, en el considerando 8º, que "... A) Las recomendaciones a que se refiere el texto de la Convención son dirigidas a los estados miembros para que se adopten medidas progresivas en favor de los derechos humanos dentro del marco de sus leyes internas y de sus preceptos constitucionales... (art. 41, inc. B), con lo que el respeto al orden jurídico interno resulta ser aquí una exigencia de la propia norma interamericana. B) Otorgar la libertad, como una suerte de reparación que se originaría en violaciones a derechos y garantías ajenas a ella –tal lo pretendido por los recurrentes– no solo no se deriva del texto de la aludida recomendación, sino que obligaría a los jueces argentinos a violar el marco de sus leyes internas y sus preceptos constitucionales que les impone respetar los efectos de una sentencia condenatoria firme...".

688. Fallos: 315:325, voto del Juez Fayt que dice: [...] "Desde esta perspectiva, no se trata de estudiar la constitucionalidad de limitaciones recursivas puntuales, sino, antes bien, de compatibilizar la garantía en estudio con el sistema procesal vigente, al modo *mutatis mutandi* en que lo hizo esta Corte en Fallos 318:514. En este sentido, cabe afirmar que la única vía procesal adecuada resultaría el recurso de revisión, en la medida

> La disidencia del juez Boggiano concretó que, el art. 8º.2 del Pacto complementa el art. 18 de la Constitución Nacional, y por eso, la garantía de la doble instancia en materia penal, por su rango constitucional, debe juzgarse incursa en el ámbito del principio de la ley penal más benigna, pues sería una irrazonable contradicción que una norma material penal quede sujeta a tal principio y no a una garantía constitucional.

El 20 de septiembre de 2005 la Corte dicta el fallo "Casal", donde parece concretar una línea definitiva. El actor había sido condenado en un juicio oral por robo calificado. El recurso que interpuso luego, impugnando la prueba rendida, fue denegado por la Cámara Nacional de Casación Penal en base al criterio de que las cuestiones de hecho y valoración de la prueba resultan ajenas al control casatorio.

La Corte Suprema revoca la decisión y reafirma la garantía de la doble instancia sosteniendo que

> … el Tribunal de Casación debe agotar el esfuerzo por revisar todo lo que pueda revisar, o sea, por agotar la revisión de lo revisable", acogiendo así la teoría alemana de la *Leistungsfähigkeit*, o del "agotamiento de la capacidad de revisión". Y, en línea con la doctrina de la Corte Interamericana en el caso "Herrera Ulloa c. Costa Rica", indicó que la interpretación de la ley procesal debe permitir "una revisión amplia de la sentencia, todo lo extensa que sea posible al máximo esfuerzo de revisión de los jueces de casación, conforme a las posibilidades y constancias de cada caso particular y sin magnificar las cuestiones reservadas a la inmediación, solo inevitables por imperio de la oralidad conforme a la naturaleza de las cosas.[689]

---

en que solo este recurso es el potencialmente apto para cumplir acabadamente los compromisos asumidos en materia de derechos humanos (cfr. LL, 2001-B, 72).

689. En sus considerandos más explícitos la Corte dice : "… 24) Que formulada esta teoría, se impone preguntar qué es lo no revisable. Conforme a lo expuesto, lo único no revisable es lo que surja directa y únicamente de la inmediación. Esto es así porque se imponen limitaciones de conocimiento en el plano de las posibilidades reales y –en el nivel jurídico– porque la propia Constitución no puede interpretarse en forma contradictoria, o sea, que el principio republicano de gobierno impide entender un dispositivo constitucional como cancelatorio de otro. En este caso son los textos de la Convención Americana y del Pacto Internacional que no pueden ser interpretados en forma contradictoria: en efecto, los arts. 8.5 de la Convención Americana y 14.1 del Pacto exigen la publicidad del juicio, con lo cual están exigiendo la oralidad, que es inseparable condición de la anterior, y, por ende, no puede entenderse que los arts. 8.2.h. de la Convención Americana y 14.5 del Pacto impongan un requisito que la cancela. Por ende, debe interpretarse que los arts. 8.2.h de la Convención y 14.5 del Pacto exigen la revisión de todo aquello que no esté exclusivamente reservado a quienes hayan estado presentes como

jueces en el juicio oral. Esto es lo único que los jueces de casación no pueden valorar, no solo porque cancelaría el principio de publicidad, sino también porque directamente no lo conocen, o sea, que a su respecto rige un límite real de conocimiento. Se trata directamente de una limitación fáctica, impuesta por la naturaleza de las cosas, y que debe apreciarse en cada caso. De allí que se hable de la *Leistung*, del rendimiento del máximo de esfuerzo revisable que puedan llevar a cabo en cada caso.

25) Que se plantea como objeción, que esta revisión es incompatible con el juicio oral, por parte del sector doctrinario que magnifica lo que es puro producto de la inmediación. Si bien esto solo puede establecerse en cada caso, lo cierto es que, en general, no es mucho lo que presenta la característica de conocimiento exclusivamente proveniente de la inmediación. Por regla, buena parte de la prueba se halla en la propia causa registrada por escrito, sea documental o pericial. La principal cuestión, generalmente, queda limitada a los testigos. De cualquier manera es controlable por actas lo que éstos deponen. Lo no controlable es la impresión personal que los testigos pueden causar en el tribunal, pero de la cual el tribunal debe dar cuenta circunstanciada si pretende que se la tenga como elemento fundante válido, pues a este respecto también el tribunal de casación puede revisar criterios; no sería admisible, por ejemplo, que el tribunal se basase en una mejor o peor impresión que le cause un testigo por mero prejuicio discriminatorio respecto de su condición social, de su vestimenta, etc. En modo alguno existe una incompatibilidad entre el juicio oral y la revisión amplia en casación. Ambos son compatibles en la medida en que no se quiera magnificar el producto de la inmediación, es decir, en la medida en que se realiza el máximo de esfuerzo revisor, o sea, en que se agote la revisión de lo que de hecho sea posible revisar. Rige a su respecto un principio general del derecho: la exigibilidad tiene por límite la posibilidad o, dicho de manera más clásica, *impossibilium nulla obbligatio est*. No se les exige a los jueces de casación que revisen lo que no pueden conocer, sino que revisen todo lo que puedan conocer, o sea, que su esfuerzo de revisión agote su capacidad revisora en el caso concreto.

26) Que con el texto del artículo 456 entendido exegéticamente y en armonía con los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional, resulta aplicable en nuestro derecho la teoría que en la doctrina alemana se conoce como del agotamiento de la capacidad de revisión o de la capacidad de rendimiento (Leistungsfähigkeit), y con ello se abandona definitivamente la limitación del recurso de casación a las llamadas cuestiones de derecho. Al respecto cabe también acotar que la distinción entre cuestiones de hecho y de derecho siempre ha sido problemática y en definitiva, si bien parece clara en principio, enfrentada a los casos reales es poco menos que inoperante, como se ha demostrado largamente en la vieja clasificación del error en el campo del derecho sustantivo. Ello obedece, en el ámbito procesal, no solo a que una falsa valoración de los hechos lleva a una incorrecta aplicación del derecho, sino a que la misma valoración errónea de los hechos depende de que no se hayan aplicado o se hayan aplicado incorrectamente las reglas jurídicas que se imponen a los jueces para formular esa valoración. O sea, que en cualquier caso puede convertirse una cuestión de hecho en una de derecho y, viceversa, la inobservancia de una regla procesal –como puede ser el beneficio de la duda– puede considerarse como una cuestión de hecho. Por consiguiente, esta indefinición se traduce, en la práctica, en que el tribunal de casación, apelando a la vieja regla de que no conoce cuestiones de hecho, quedaría facultado para conocer lo que considere cuestión de derecho, o de no conocer lo que considere cuestión de hecho. Semejante arbitrariedad contraría abiertamente al blo-

La Corte reafirmó el principio repitiéndolo en otros fallos, pero también avanzó en el alcance de los procesos, permitiendo que el derecho al recurso fuera no solo para el proceso penal, sino además, para todas aquellas materias que conciernen a la determinación de los derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

En la causa "Marchal"[690] le dice a los superiores tribunales de provincias que no se deben apegar a las limitaciones que los códigos procesales locales establezcan para la concesión de los recursos, porque considera "cuestión constitucional" el análisis del art. 8.2.h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en la senda de interpretación que aporta la Corte Interamericana en el caso "Tribunal Constitucional del Perú" (31 de enero de 2001) donde sostuvo que

> Si bien el art. 8 de la Convención Americana se titula "Garantías Judiciales", su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier tipo de acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos.

133. Contenido esencial del derecho al recurso

La revisión de la sentencia condenatoria es la impronta que se postula en el derecho al recurso; examen que no se circunscribe al juicio de admisión porque la esencia de la garantía consiste en verificar

---

que constitucional, pues no responde al principio republicano de gobierno ni mucho menos satisface el requisito de la posibilidad de doble defensa o revisabilidad de la sentencia de los arts. 8.2.h de la Convención Americana y 14.5 del Pacto Internacional. En este orden de ideas, se ha sostenido que "la estricta exigencia de rigurosa distinción entre cuestiones de hecho y de derecho a los fines del recurso de casación ignora, por un lado, la extrema dificultad que, como regla, ofrece esa distinción, en particular cuando la objeción se centra en el juicio de subsunción, esto es, en la determinación de la relación específica trazada entre la norma y el caso particular". (Confr., en general, Piero Calamandrei, *La Casación Civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1945, t. II, págs. 294 y sgtes.). Por otra parte, también pasa por alto el hecho de que, en la mayor parte de los casos, la propia descripción de los presupuestos fácticos del fallo está condicionada ya por el juicio normativo que postula (conf. Luigi Ferrajoli, *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 1995, p. 54 y ss.) (Fallos: 321:494, voto de los jueces Petracchi y Fayt)".

690. CSJN, Fallos: 330:1427.

todos los extremos de hecho y de derecho que persuadieron al juez para resolver la condena.

> Para Albanese, citando la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, el control del fallo de primera instancia se refiere a las características mínimas de un recurso que controle la corrección del fallo desde un punto de vista material y desde otro, formal. Desde este último aspecto, el formal, el recurso debe proceder contra toda sentencia de primera instancia con la finalidad de examinar la aplicación indebida, la falta de aplicación o la errónea interpretación de normas de derecho que determine la parte resolutiva de la sentencia.[691]

Básicamente, la premisa que conduce al derecho previsto en el artículo 8º.2 h) asienta en la intervención posterior que se debe asegurar a un tribunal superior de igual jurisdicción al que dicta el fallo, para que a instancias del recurrente, pueda fiscalizar el cumplimiento de todas las exigencias que reposan en el debido proceso legal y constitucional.

Tal es la amplitud, que algunos postulan que el derecho al recurso se instale como un derecho fundamental propio, autónomo del debido proceso. Por eso, la Comisión Interamericana sostuvo en el Informe 55/97 (caso 11.137, "Abella") que el recurso extraordinario no tiene por objeto remediar decisiones supuestamente erróneas, sino solo omisiones o desaciertos de gravedad extrema; y como a través de su vía no se revisa el procedimiento, ni se advierte sobre incorrecciones de idoneidad o legalidad probatoria, y menos aun se posibilita con la medida del "recurso sencillo y breve", ese mecanismo extraordinario del sistema procesal no satisface la garantía del inculpado a impugnar la sentencia.[692]

De igual modo, si el ordenamiento adjetivo limita o restringe las posibilidades de recurrir, esas disposiciones son inconstitucionales por violar las reglas del debido proceso legal. En consecuencia, la ga-

691. Albanese, Susana, *Garantías Judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 156.

692. CIDH, Informe 06/98, "Rodríguez, Ernesto Máximo". En otras oportunidades, la Comisión Interamericana abordó el problema. Se puede señalar, entre ellas, una denuncia presentada por violación de los arts. 8º.1, 8º.2 h), 11 y 21 de la Convención. En cuanto a la aplicabilidad del art. 8º.2 h) la Comisión analizó si una sanción pecuniaria impuesta por un Juez de primera instancia por razones de conducta procesal en un trámite de subasta, era de naturaleza penal, habida cuenta que se trata de una garantía que tiene toda persona inculpada de un delito, como parte del derecho a la presunción de inocencia.

rantía que ofrece el derecho al recurso se expande a todo tipo de procesos cualquiera sea su naturaleza.

Para la vigencia de esta garantía, no basta con el reconocimiento formal del derecho a impugnar y promover la revisión, sino que además se deben eliminar todos aquellos obstáculos que impidan ejercerlo, tales como la exigencia de demasiados requisitos formales o plazos muy breves para su interposición, etcétera.

> El ejercicio del derecho *de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior*, como es lógico suponer, implica que toda persona tiene derecho a disponer, en un plazo razonable y por escrito, de los fallos dictados en la determinación de su responsabilidad, debidamente motivados, a efectos de su posible apelación. En caso contrario, no se estaría concediendo la debida revisión de la sentencia, ni acceso oportuno a las razones del fallo, impidiéndose ejercer eficazmente el derecho de defensa. Esto implica asimismo que las resoluciones que se emitan en distintas instancias deben contener, con exactitud y claridad, las razones por las cuales se llega a la conclusión que ellas contienen, la valoración de las pruebas y los fundamentos jurídicos y normativos en que se basan.[693]

693. CIDH, "Castillo Petruzzi", 30/05/ 1999. La Corte resolvió que el derecho de recurrir del fallo –se trata de un Tribunal militar que juzgó a civiles sin darles derecho a revisar la condena– no se satisface con la mera existencia de un órgano de grado superior al que juzgó y condenó al inculpado, ante el que este tenga o pueda tener acceso. Para que haya una verdadera revisión de la sentencia, en el sentido requerido por la Convención, es preciso que el Tribunal superior reúna las características jurisdiccionales que lo legitiman para conocer del caso concreto.
Conviene subrayar –dijo la CIDH– que el proceso penal es uno solo a través de sus diversas etapas, tanto la correspondiente a la primera instancia como la relativa a las instancias ulteriores. En consecuencia, el concepto del Juez natural y el principio del debido proceso legal rigen a lo largo de esas etapas y se proyectan sobre las diversas instancias procesales. Si el juzgador de segunda instancia no satisface los requerimientos del Juez natural, no podrá establecerse como legítima y válida la etapa procesal que se desarrolle ante él. En el caso que nos ocupa ("Castillo Petruzzi"), el tribunal de segunda instancia forma parte de la estructura militar. Por ello no tiene la independencia necesaria para actuar ni constituye un Juez natural para enjuiciamientos civiles. En tal virtud, pese a la existencia, bajo condiciones sumamente restrictivas, de recursos que pueden ser utilizados por los procesados, aquéllos no constituyen una verdadera garantía de reconsideración del caso por un órgano jurisdiccional superior que atienda las exigencias de su competencia, imparcialidad e independencia que la Convención establece (Consid. 161).
No es solamente la Convención Americana sobre Derechos Humanos la que se interpreta, pues el artículo14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos agrega contenidos esenciales. En efecto, dice el artículo14 indicado que toda persona declarada

134. Doble instancia y derecho al recurso

Muchas veces la doble instancia confunde al intérprete que reclama el derecho al recurso. Puede existir lo primero y estar ausente el segundo; así como es posible encontrar recursos de revisión en solo una instancia.

En materia penal, por ejemplo, la referencia al "doble conforme" se concreta con el recurso de casación, que opera en un campo diferente al que, por vía de principio, tiene el derecho a la revisión de la sentencia condenatoria, o derecho al recurso.

Por vía de principio –insistimos– la casación se ocupa de la función nomofiláctica de la jurisprudencia, del principio de legalidad y de aplicar la justicia de equidad cuando las circunstancias del caso lo permitan. Pero casación no significa revisión en términos estrictos.

Es cierto que en forma temprana esta modalidad de impugnación vino a resolver el problema de las sentencias dictadas por los Tribunales Orales, o en términos más amplios, aquellos pronunciamientos dictados en instancia única; pero también lo es que cuando comenzaron a advertirse los condicionamientos formales y las exigencias *de jure*, el temperamento cambió al ser evidente que las cuestiones de hecho –asiento principal de la revisión– quedaban fuera de los motivos de impugnación.

Este revés del recurso de casación opera desde el 2 de julio de 2004, fecha cuando la Corte Interamericana de Derechos Humanos falló la causa: "Herrera Ulloa vs. Costa Rica" y básicamente dijo que la demandada había violado en perjuicio del actor sus derechos a la libertad de pensamiento y expresión y las garantías judiciales, en especial respecto de los derechos a recurrir la sentencia condenatoria.[694]

---

culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito en la ley.

694. El voto razonado de Sergio García Ramírez dijo, en la parte pertinente, [...] (29). En el orden del enjuiciamiento es bien conocido el sistema de doble instancia, con mayor o menor amplitud de conocimiento en el caso de la segunda, enderezada a reexaminar la materia que nutrió la primera y a confirmar, modificar o revocar, con apoyo en ese reexamen, la sentencia en la que ésta culminó. También existe la posibilidad de someter a control la resolución definitiva, esto es, la dictada en la segunda instancia –exista o no plazo legal para intentar el control–, a través de un medio impugnativo que permite examinar la conformidad de ese pronunciamiento con la ley que debió aplicarse, en el doble

supuesto del *error in judicando* y el *error in procedendo*. Otra cosa es el proceso extraordinario en materia penal –o, si se prefiere, recurso extraordinario– que autoriza, en contadas hipótesis, la reconsideración y eventual anulación de la sentencia condenatoria que se ejecuta actualmente: comprobación de que vive el sujeto por cuyo supuesto homicidio se condenó al actor, declaratoria de falsedad del instrumento público que constituye la única prueba en la que se fundó la sentencia adversa, condena en contra de dos sujetos en procesos separados cuando resulta imposible que ambos hubiesen cometido el delito, etcétera. Evidentemente, este remedio excepcional no forma parte de los recursos ordinarios para combatir la sentencia penal definitiva. Tampoco forma parte de ellos la impugnación de la constitucionalidad de una ley.

(30). En este punto debemos preguntarnos qué es lo que pudiera exigirse del recurso mencionado en el artículo 8.2 h) de la Convención, dentro del criterio de máxima protección de los derechos del individuo y, por lo tanto, conforme al principio de inocencia que le sigue acompañando mientras no se dicta sentencia firme, y del derecho de acceder a la justicia formal y material, que reclama la emisión de una sentencia "justa" (inclusive condenatoria, aunque con un contenido punitivo diferente del que pareció adecuado en primer término). ¿Se trata de una revisión limitada, que pudiera dejar fuera aspectos verdaderamente relevantes para establecer la responsabilidad penal del sujeto? ¿Basta con una revisión limitada, que aborde algunos aspectos de la sentencia adversa, dejando otros, necesariamente, en una zona inabordable y por lo mismo oscura, no obstante la posibilidad de que en éstos se hallen los motivos y las razones para acreditar la inocencia del inculpado?

(31). La formulación de la pregunta en aquellos términos trae consigo, naturalmente, la respuesta. Se trata de proteger los derechos humanos del individuo, y entre ellos el derecho a no ser condenado si no se establece suficientemente la realización del hecho punible y la responsabilidad penal del sujeto, y no solo de cuidar, en determinados extremos, la pulcritud del proceso o de la sentencia. Por lo tanto, ese recurso ante juez o tribunal superior –que sería superior en grado, dentro del orden competencial de los tribunales– debe ser uno que efectivamente permita al superior entrar en el fondo de la controversia, examinar los hechos aducidos, las defensas propuestas, las pruebas recibidas, la valoración de éstas, las normas invocadas y la aplicación de ellas, inclusive en aspectos tales como la individualización de la pena o medida (que abarca la sustitución pertinente), como resulte justo en consideración de la gravedad del hecho, el bien jurídico afectado, la culpabilidad del agente y los otros datos que concurren al ejercicio de la individualización (atenuantes y agravantes o elementos de referencia que guían el razonado arbitrio judicial).

(32). Es evidente que esas necesidades no se satisfacen con un recurso de "espectro" reducido, y mucho menos –obviamente– cuando se prescinde totalmente de cualquier recurso, como algunas legislaciones prevén en el caso de delitos considerados de poca entidad, que dan lugar a procesos abreviados. Para la plena satisfacción de estos requerimientos, con inclusión de los beneficios de la defensa material del inculpado, que traiga consecuencias de mayor justicia por encima de restricciones técnicas que no son el mejor medio para alcanzarla, sería pertinente acoger y extender el sistema de suplencia de los agravios a cargo del tribunal de alzada. Los errores y las deficiencias de una defensa incompetente serían sorteados por el tribunal, en bien de la justicia.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina encausó el problema en el caso "Casal",[695] cuando desde el dictamen del Procurador General se dijo que:

> … lo dispuesto por el artículo 456 del Código Procesal Penal de la Nación, debe ser compatible con el derecho fundamental del condenado a una revisión realista y eficaz de su sentencia. Desaparecidos los fines políticos del recurso y debiendo asignársele ahora un espectro más amplio, no hay ninguna razón jurídica para no atribuir al recurso de casación la función de permitir al imputado que, a través de ese medio de impugnación, denuncie todos los errores que considere existentes en la sentencia condenatoria con independencia de su naturaleza.
>
> En otras palabras, que el agravio del condenado pueda ser considerado una cuestión de hecho y prueba no puede servir ya más de excusa para negar su derecho al examen de los posibles errores del fallo por él denunciados. Frente al derecho del condenado a serlo definitivamente solo si la sentencia ha superado los controles de calidad en cuestión, no es posible sostener el principio usual de los tribunales de casación según el cual los aspectos de la sentencia que se refieran a la determinación de los hechos y a las cuestiones probatorias son decisiones discrecionales reservadas al tribunal de mérito salvo el supuesto de arbitrariedad manifiesta.
>
> En cambio, según la visión actual del recurso contra la condena, las equivocaciones de la sentencia no pueden quedar sin fiscalización por su falta de gravedad como arbitrariedad o por la supuesta existencia de poderes exclusivos del juez del primer grado. Satisfecha la segunda instancia podrá el orden jurídico establecer límites a la revisión ulterior de las resoluciones judiciales, escogiendo, p. ej., conceder esa impugnación solo ante motivos especiales (cuestión federal, precedentes contradictorios, etc.), pero el primer recurso contra la sentencia de condena no puede contener tales limitaciones al objeto de lo impugnable.

Basados en la preferencia del recurso, en lugar del doble conforme estricto, se trazan diferencias que superan el simple dogmatismo. Una cosa es habilitar una vía de revisión de la sentencia de condena en cualquier tipo de procesos, y otra considerar que si existe doble instancia se resuelve el reclamo del derecho transnacional que opera como derecho interno a través del bloque de constitucionalidad (art. 75.22, CN).

695. "Casal, Matías Eugenio y otro s/ robo simple en grado de tentativa", 20/09/2005.

El resumen indicaría que la doble instancia no es suficiente si para abrir su actuación el recurso no cumple con la garantía de revisión que la condenada espera. No se trata de asignar un medio de impugnación, sino de habilitar el reexamen de hechos y la renovación del derecho cuando este sea menester actualizar. El Tribunal debe contar con una jerarquía orgánica superior y ha de tolerar con amplitud el análisis de los agravios que contra la sentencia se expongan.

En suma, el derecho al recurso no es otra cosa que dar vida al derecho de toda persona a tener un remedio eficaz contra los pronunciamientos judiciales que condenen las conductas juzgadas. Los mínimos que resguarden el derecho a la verificación de la sentencia condenatoria deben adecuarse al contenido esencial del debido proceso legal, con lo que se quiere decir que la revisión no significa abrir una instancia nueva de exploración y prueba, sino determinar un derecho que facilite a un tribunal superior el reexamen de la causa, es decir, el estudio de las circunstancias de hecho y de derecho que llevaron a la condena del inculpado.[696]

135. La interpretación en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos se aplica con igual extensión en los Estados europeos, pero incluye el Protocolo Nº 7, del 22/11/1984, del Convenio Europeo de Derechos Humanos que agrega el derecho a los recursos en el proceso penal en estos términos:

1. Toda persona declarada culpable de una infracción penal por un Tribunal tiene el derecho de hacer examinar por una jurisdicción superior la declaración de culpabilidad o de condena. El ejercicio de este derecho, comprendidos los motivos por los que puede ser ejercitado, son regidos por la ley.

696. Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel, *op. cit.*, p. 168 y ss. Sostiene que ello no equivale a dejar en libertad al legislador nacional para negar el reconocimiento de este derecho al recurso ante un tribunal superior en el ámbito penal, en su derecho interno, sino exclusivamente le concede discrecionalidad, como observa el informe del Comité de Derechos Humanos del 24/03/1982, para establecer las características de la modalidad de la revisión. Cuando un estado incluye la reserva "conforme a lo previsto por la ley", no mira a dejar a la discrecionalidad de los Estados la existencia misma del derecho de someter la condena a una instancia superior, la cual debe ser determinada de conformidad con la ley, en cuanto a la modalidad del examen de la sentencia por parte de la instancia superior.

2. Este derecho puede ser objeto de excepciones para las infracciones menores, tales como sean definidas por la ley, o cuando el interesado ha sido juzgado en primera instancia por la más alta jurisdicción o ha sido declarado culpable y condenado a consecuencia de un recurso contra su absolución.

Al sistema se agregan los principios del art. 6º.1 de la misma Convención Europea para la protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Individuales (04/11/1950) que ha llevado al Tribunal de Estrasburgo a sostener que, siendo la doble instancia un derecho del inculpado, le corresponde a este ser oído personalmente en audiencia pública cuando así lo solicita (caso "Ekbatani c. Suecia", del 26/05/1988).

La diferencia con el sistema interamericano se encuentra en la lectura completa que se realiza del procedimiento penal, al que se lo enmarca en el derecho a un proceso justo y equitativo, donde las instancias no determinan la preclusión de oportunidades, sino antes bien, se comprende en la idea fundamental del derecho a la tutela judicial efectiva, la participación necesaria del derecho a los recursos, como integrante del derecho a un proceso equitativo.[697]

Pero la impugnación no constituye una suerte de proceso nuevo, sino abrir la oportunidad para que un tribunal superior al que dictó la condena, revise los agravios que se presentan en la queja. De este modo, el ámbito de conocimiento no es amplio ni discrecional, porque se reduce y simplifica en los límites del recurso, en tanto y en cuanto ellos estén regulados por la ley.

> En la causa Ruiz Torija, el tribunal recuerda que el art. 6.1 obliga a los tribunales a motivar sus decisiones, pero no en el sentido de la exigen-

697. Gil Robles, Alvaro, *Los nuevos límites de la tutela judicial efectiva*, Madrid, Editorial Centro de Estudios Constitucionales, 1996, p. 45 y ss. Recuerda el autor que el propio tribunal ya ha advertido en el caso "Golder" que si bien el art. 6º, párr. 1, no proclama expresamente un derecho de acceso a los tribunales, no obstante enuncia distintos derechos que derivan de la misma idea fundamental y que en su conjunto constituyen un derecho único del que no da el Convenio una definición precisa en el sentido estricto de este término. Debe, por tanto, el Tribunal definir a través de la interpretación si el acceso a los tribunales constituye un elemento o aspecto de dicho derecho, y por ello, tal como lo prevé la regla general del artículo 31 del Convenio de Viena, el proceso de interpretación de un tratado debe entenderse como una sola operación compleja; dicha regla integrada estrictamente pone en pie de igualdad los distintos elementos que enumeran los cuatro párrafos del artículo. En consecuencia, los términos del art. 6.1 del Convenio Europeo, tomados en su contexto, hacen pensar que dicho derecho está incluido dentro de las garantías reconocidas.

> cia de una respuesta detallada a cada argumento. La extensión de este deber puede variar según la naturaleza de la decisión. Es necesario además, tener en cuenta especialmente la diversidad de las alegaciones que una parte pueda formular en justicia así como las diferencias entre los Estados contratantes en materia de disposiciones legales, costumbres, conceptos doctrinales, presentación y redacción de las sentencias y decisiones. En consecuencia, para saber si un tribunal no cumplió con su obligación de motivar sus decisiones, exigencia regulada por el art. 6 del Convenio, es preciso realizar el análisis caso por caso.[698]

Esta lectura restrictiva conduce a resultados no queridos, porque cuando se discurre sobre los alcances del concepto *tutela judicial efectiva*, se puede configurar como un derecho de contenido complejo que incluye, entre otros, el acceso a los jueces y tribunales, el derecho a obtener una sentencia de éstos, y el derecho a que ese pronunciamiento se cumpla sin dilaciones.

De tal modo, el derecho a recurrir quedaría fuera del emplazamiento mínimo, y con ese sentido el Tribunal Constitucional español ha dicho que, "si bien el art. 24.1 garantiza a cada uno el derecho a la tutela judicial, o derecho al proceso, tal tutela no significa que para todas las cuestiones esté abierto necesariamente un recurso".[699]

> Así entiende Solé Riera que, la falta de previsión legislativa del sistema de recursos no comporta inconstitucionalidad, ya que el derecho a impugnar no se deriva del contenido del citado art. 24.1 de la Constitución española, ni forma parte de la tutela judicial efectiva. De ahí que podamos afirmar –agrega– que no existe norma alguna en el texto constitucional de la que se desprenda la obligación de articular un sistema de recursos en el proceso civil.[700]

Asimismo, pareciera que no es un problema judicial o una cuestión constitucional la que se plantea cuando el recurso es insuficiente para cubrir el requerimiento de revisión plena, o directamente no existe en el ordenamiento legal, porque los tribunales se excusan argumentando que debe ser el legislador quien configure el sistema de recursos, con los requisitos y garantías que deban cumplirse para su

698. Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso, op. cit.*, p. 459 y ss.
699. TC español, 21/04/1982.
700. Solé Riera, Jaume, *El recurso de apelación civil*, Barcelona, Bosch, 1998 (2ª edición), p. 145.

ejercicio. Solo cuando el remedio existe, y el juez arbitrariamente lo anula o imposibilita, se daría el derecho constitucional al recurso.[701]

En suma, el derecho al recurso se considera en la dimensión de todos los procesos, como un juego de articulaciones hábiles y reglamentadas, que no se deben imposibilitar con exigencias formales exageradas, ni condicionar sin dar fundamentos para ello.

El principio general es la subsanación de los defectos formales que se pudieran producir al interponer un recurso, como mecanismo propio de las facultades jurisdiccionales implícitas en la dimensión del derecho de toda persona a tener un proceso justo y equitativo.

Por eso, la constitucionalización del derecho a la impugnación es posible únicamente cuando el ordenamiento interno de cada Estado haya previsto la vía; en caso contrario, existe un deber del Estado porque los jueces no pueden crear derecho positivo, ni alterar con sus sentencias, la voluntad del legislador.[702]

---

701. El Tribunal Constitucional en la sentencia 130/87, del 17 de julio, sostiene que "el derecho al recurso se integra en las garantías constitucionales de la tutela judicial efectiva y ésta se vulnera cuando se cierra al ciudadano la posibilidad de interponer aquél, con obstáculos indebidos o por denegación injustificada, no explicada o debida a error imputable al funcionamiento del órgano judicial".
Una vez más se afinca el temperamento, que se advierte con mayor nitidez en el voto del juez Díez Picazo (sentencia 81/86, del 20 de junio) cuando afirma que, "no existe un derecho al recurso que nazca autónomamente de la Constitución española, y solo existe el derecho a interponer los recursos que la ley reconozca, y en la medida, casos y alcance con que la Ley los configure".

702. Bandrés Sánchez-Cruzat, José Manuel, *op. cit.*, p. 176.
Sin embargo, dice, una concepción más comprometida y garantista, y ante la oportunidad que ofrecen las cláusulas abiertas que para definir el derecho al proceso debido establece el artículo24.2 de la Constitución –precepto especialmente destinado a soportar los derechos del acusado en el proceso penal– conduciría a integrar sin dificultades el derecho a los recursos en el ámbito penal con el mismo alcance con que se reconoce en el Pacto Internacional de 1966. También se agrega, sin mayores aditamentos, en la noción del derecho matriz a la tutela jurisdiccional, o en el derecho a un proceso "con todas las garantías", y se lo puede calificar sin rubor, como derecho fundamental, participando de la naturaleza de éstos, atendiendo a la proyección universal y al significado uniformador que subyacen en los textos internacionales de protección de los derechos humanos, configurando el estatuto básico de civilidad de la libertad de los ciudadanos. Es además un derecho público subjetivo de prestación, en cuanto concede a su titular capacidad de reacción contra la Ley procesal penal en cuanto que no lo establezca y en cuanto que su establecimiento requiere una determinada actividad de organización de los poderes del Estado, aunque puede debilitarse esa caracterización como derecho fundamental, por

136. Derecho al recurso y plazo razonable

Una de las cuestiones conflictivas del derecho al recurso, o a la doble instancia, se presenta cuando se trata de conciliar la garantía con otra de similar cobertura: *el derecho a que la causa sea resuelta en un plazo razonable, y sin dilaciones indebidas*.

> … en la necesidad de cohonestar el derecho fundamental a un *proceso con todas las garantías* (y dentro de él, a un eficaz sistema de recursos), con el no menor derecho constitucional a un proceso *sin dilaciones indebidas*, ha de basarse la principal preocupación del legislador a la hora de abordar la reforma del sistema penal de recursos.[703]

El camino de las impugnaciones no tiene plena aceptación en la dogmática procesal, toda vez que reproduce en múltiples ocasiones la actitud maliciosa de quien, amparado en el derecho de defensa en juicio, persigue dilatar la llegada a una sentencia definitiva. Pero también es cierto que el ejercicio responsable de los recursos contrae la obligación de agotar todos los esfuerzos posibles en procura de una sentencia favorable.

Cuando la conducta se muestra abusiva, el código procesal deduce del comportamiento una conducta calificada como *malicia*, que debe entenderse como utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente cuando el cuerpo legal los conmina con una sanción específica (inconducta procesal específica) y se evidencia el empleo de las facultades que la ley otorga a las partes, en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe.

Hay que encontrar, entonces, un justo límite entre quien defiende sus derechos usando todas las herramientas disponibles, y aquel que se abusa de ellas a sabiendas de su propia sinrazón. De algún modo es la tradición jurisprudencial que inveteradamente sostuvo que la doble instancia no es una garantía del debido proceso, pero que en materia penal se debe resguardar el derecho a la revisión de la condena por un tribunal superior.

---

la aparente necesidad de una ley de desarrollo para su efectiva concreción en el sistema procesal, revelando las dificultades de aplicación inmediata.

703. Gimeno Sendra, Vicente, *Constitución y proceso*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 56 y ss.

Ahora bien, si la apertura de impugnaciones difiere en el tiempo la realización del derecho, es un problema de la estructura y del sistema donde se implementa, pero no se puede asentar en la rapidez compulsiva la privación de un derecho esencial para las partes que controvierten en un proceso.

> En España, por ejemplo, se ha dicho que "el derecho a la tutela judicial no comprende el de obtener dos resoluciones judiciales a través del sistema de la doble instancia, de forma que obligue a crear un sistema de recursos al legislador. Todo ello dejando aparte las peculiaridades que representa el artículo 24.1 de la Constitución en el orden penal [...]. De acuerdo con esta doctrina, la existencia o inexistencia de doble instancia queda, con carácter general, confiada al legislador, sin que afecte al derecho fundamental del art. 24 de la Ley Suprema del Estado".[704]

Explica Bandrés Sánchez-Cruzat que el artículo 24 de la Constitución no reconoce un derecho fundamental a la segunda instancia que permita al justiciable impugnar la resolución fundada en derecho obtenida en primera instancia. El derecho a la tutela judicial o el derecho al proceso no integran el derecho a recurrir las decisiones judiciales, de modo que la imposición de los recursos no se encuentra afectada en su establecimiento por el artículo 24. Es la Ley, el instrumento normativo capacitado para disciplinar el sistema de recursos, de modo que cualquier restricción de este sistema no implica al derecho al proceso. Es necesaria la ley para establecer y delimitar el ámbito del sistema de recursos. La garantía de los recursos que establezca el legislador procesal es instrumental respecto del derecho a la tutela, en cuanto considera los medios procesales adecuados para que el ciudadano pueda defender suficientemente sus derechos e intereses legítimos a través del establecimiento de la pluralidad de instancias que estime conveniente a los intereses de la adecuada administración de justicia.[705]

Entre nosotros, el derecho a la doble instancia en el proceso civil se ha mitigado con varias disposiciones que incluyeron presupuestos y condiciones para el acceso a los recursos, y aun los impidió directamente mediante el artilugio del gravamen económico (*v. gr.* art. 242 párrafo final, CPC); mientras que en materia penal ya hemos señalado lo sucedido con la restricción revertida en el caso "Giroldi".

704. TC español, pleno del 14/12/1982, con voto de Truyol y Serra.

705. Bandrés Sánchez-Cruzat, *op. cit.*, p. 176.

En los hechos, la solución a esta dualidad debe partir de interpretar en sus justos términos el principio de igualdad constitucional.[706]

Con la actual situación, y a pesar de la orientación que ofrece la jurisprudencia transnacional, hay dos lecturas para el derecho al recurso: la que proviene cuando se trata de revisar la sentencia de condena, en cuyo caso no hay dobleces y se admite sin resistencia; y cuando se ocupa de procesos no penales, donde aun se advierten limitaciones y condiciones que, de alguna manera, quiebran la noción del debido proceso, porque serían diferentes las exigencias para el proceso civil respecto del proceso penal. Y si tenemos en cuenta que, en definitiva, es el proceso la única garantía que tienen las personas, las limitaciones que se establezcan deberán asegurar una secuencia lógica y repetida a todo tipo de procesos, para no caer en desigualdades absurdas.

En suma, si la pretensión en el proceso civil es la rapidez, habrá que resolver adecuadamente el funcionamiento de la segunda instancia y encontrar ante el juez *a quo* la posibilidad de reconsiderar situaciones

706. Pellegrini Grinover, Ada, "As garantías costitucionais do direito de açao", Sào Paulo, en *Revista Dos Tribunais*, 1973, p. 31 y ss. En Brasil, por el caso, se ha colocado el doble grado de jurisdicción como principio constitucional. La doctrina interpreta este principio como parte integrante del debido proceso legal, otros creen que es una derivación del principio de igualdad, y hasta se encuentran los que afirman que es un principio autónomo.
Calmon de Passos, J., "O devido processo legal e o duplo grau de jurisdiçào", en *Revista da Procuraduria Geral do Estado*, Nº 17, Sao Paulo, 1981, lo considera un aspecto del principio constitucional del debido proceso, señalando que es de esencia del Estado de Derecho su existencia dentro de la necesidad general de que existan controles para los actos de los órganos detentadores del Poder. Ada Pellegrini Grinover, por su parte, estima la existencia de un principio constitucional, que puede ser autónomo o derivado del principio de igualdad. Desde este punto de vista violaría la regla constitucional, no solo una ley que negara el doble grado de jurisdicción en general, sino también aquella que lo reservara especialmente para algunos procesos.
Véscovi, Enrique, *Los recursos judiciales y demás medios impugnativos en Iberoamérica*, Buenos Aires, Depalma, 1988, p. 26. En cambio, el maestro uruguayo ha enseñado que el verdadero sentido de la impugnación y en especial del recurso de apelación, o sea, de la segunda instancia; no se trata, normalmente de una revisión total del proceso, sino de la instancia, conforme los sistemas que nos rigen. En virtud del proceso de primera instancia y de la sentencia que lo culmina, se produce una verdadera depuración, especialmente del material de hecho, un trabajo de clasificación y de selección, que permite, en el segundo grado, una decisión más ajustada y meditada. Inclusive los argumentos de las partes quedan generalmente reducidos, como los puntos en discusión (objeto del proceso). Se trata, en síntesis, no de atribuir una superioridad personal a los jueces de la segunda instancia, sino de resguardar al Poder Judicial en su unidad, mirándolo con mayor respeto y confianza.

firmes (una suerte de reposición *in extremis*); mientras que el proceso penal debe resguardar la revisión de las sentencias condenatorias como una obligación emergente de los deberes internacionales comprometidos al ratificar Tratados y Convenciones que establecen el derecho al recurso.[707]

137. Limitaciones posibles en el derecho al recurso

Cualquiera sea la conclusión que se alcance respecto de la exigencia constitucional de la doble instancia, o las modalidades que se encuentren para su definición, ya sea como derecho a la revisión de la sentencia penal condenatoria, o el derecho al recurso en todo tipo de procesos, lo cierto es que en todos la impugnación no varía su naturaleza como derecho disponible.

Con ello se quiere manifestar que sigue vigente el principio dispositivo, que pone en claro el carácter facultativo de los medios de gravamen y las vías de impugnación. Basados en esta característica, se podría afirmar que el derecho a recurrir es renunciable.

Es cierto que las normas procesales no admiten claudicación anticipada, por lo que debe resolverse el problema que generan los convenios por los cuales se renuncia el derecho de impugnación. Mientras la doctrina tiene posiciones ambivalentes, nosotros creemos que existe una postura intermedia que se emplaza en la transigibilidad de los derechos en juego. Por el caso, la libertad de las personas no es un derecho negociable, por eso la doble instancia en el proceso penal es un derecho indisponible; mientras que los derechos patrimoniales lo son.

707. Gimeno Sendra, José, *Constitución y proceso*, Madrid, Editorial Tecnos, 1988, p. 62. En su opinión, se debe derrumbar el mito de la rapidez de la instancia única, porque la única objeción que puede permanecer válida en el momento presente es la de que la importación de la segunda instancia constituiría un factor de dilación, habida cuenta de que en nuestro país (España) es manifiestamente deficitario el número de Jueces y Magistrados. Al Estado incumbe, pues, la obligación de dotar a los distintos Tribunales Superiores de Justicia del número de Salas necesario para permitir que la segunda instancia penal no corriera, en cuanto al tiempo, la misma suerte que las apelaciones civiles. En cualquier caso, cabe recordar que nuestro sistema de apelación restringida impide procesalmente tales dilaciones, que podría acelerarse la tramitación de la apelación obligando al recurrente a concentrar sus motivos de impugnación en el mismo escrito de interposición y que podría instaurarse también una casación per saltum, que permitiera trasladar directamente el asunto al Tribunal Supremo, cuando el recurso hubiera de fundamentarse exclusivamente en la infracción de la ley Material o Procesal.

Por su parte, los derechos personales pueden transigirse en la medida que no se afecte el orden o la moral pública.

Sin embargo, lo que no puede faltar es el medio o la herramienta para formalizar el manifiesto de disconformidad. Que se concrete o no es un derecho del interesado, y este derecho no se podría afectar por cuestiones tangenciales como la inexistencia de recursos, porque de surgir este inconveniente, el juez deberá cubrir el déficit procurando resguardar el control de eficacia (y también de constitucionalidad) de las sentencias.

Obsérvese el caso del artículo 78 de la Ley N° 11683 que establece la imposibilidad de apelar decisiones administrativas (clausura de un comercio por violación a las nuevas reglas sobre facturación), a cuyo fin –pensamos– el fundamento reposa en la cuestión de bagatela y en la posibilidad de saneamiento inmediato que tienen estas sanciones administrativas. Sin embargo, está quebrada en la especie una regla de oro del sistema republicano de gobierno. En efecto, la autoridad ejecutiva obra sin más control que el impartido por la estructura piramidal de la administración, soslayando por decisión propia el control judicial. Evidentemente, la crisis se multiplica cuando las actitudes son abusivas, absurdas o intimidatorias, por cuanto al particular se le priva del derecho de acción, y al proceso, entendiendo como reclamo de justicia y protección de las autoridades pertinentes (art. 14 CN).

Asimismo, no tiene causa legítima la supresión de vías procesales idóneas para remediar la arbitrariedad, porque cercenamientos de este contenido sustraen a los jueces la posibilidad de concretar el control de constitucionalidad de las leyes y la fiscalización oportuna sobre los actos de gobierno.

Distinta es la cuestión cuando el derecho de recurrir se renuncia anticipadamente, porque la vigencia del principio dispositivo pone en claro el carácter facultativo de los medios de gravamen y las vías de impugnación.[708]

708. CNCiv., Sala G, "Andrei, Ana M. c. De Bartolo, Rolando", 03/04/1997, LL 1998-A, 495, J. Agrup., caso N° 12392. En la jurisprudencia se sostiene que la renuncia anticipada a la facultad de utilizar las vías recursivas encuentra sustento en las prescripciones contenidas en los arts. 872 y 1881, inc. 3° del Código Civil, pudiendo ser pactada entre las partes, tanto por ser un derecho de individuo que no afecta al orden público, como en la consideración de que la doble instancia no configura requisito de la garantía constitucional de la defensa en juicio, siempre que ambas partes igualitariamente abdiquen de tal derecho.

Si bien es cierto que el derecho al recurso obedece a una razón de política procesal, su vía puede ser renunciada en tanto la declinación no afecte la voluntad de manifestarse en forma espontánea y libre.

Es decir, la estipulación concertada para prestar conformidad con el fallo futuro puede aceptarse como derecho disponible, pero si está perjudicada la libre concertación negocial o existe adhesión a cláusulas predispuestas, o bien en líneas generales se vulnera el orden y moral públicos, el acto presuntamente voluntario de sometimiento podría caer por inoperancia de su básico compromiso con la buena fe contractual.

Además, no todos los actos del proceso pueden renunciarse, pues existe un esquema natural que hace a la garantía del debido proceso o del litigio justo, razón por la cual, el verdadero problema radicaría en establecer qué actos constituyen manifestaciones incompatibles con la voluntad previamente declarada.

Otra situación, diversa, se da cuando la renuncia es posterior a la sentencia, pues aquí sí se manifiestan dos claras posibilidades; o la actitud voluntaria de abstenerse y operar la caducidad del recurso por preclusión de los actos pertinentes; o la decisión negociada entre las partes sobre un referente concreto como es el derecho consagrado en el fallo.

Si bien el ordenamiento procesal está estructurado de acuerdo con el sistema de doble instancia, en virtud del cual el conocimiento del proceso corresponde a órganos unipersonales cuyas decisiones son susceptibles de recursos ante órganos colegiados, la limitación a la intervención de estos puede ser legal –*v. gr.* arts. 242 incs. 3º y 74 inc. 5º, Código Procesal– o convencional, cuando las partes pactan expresamente la renuncia a tal derecho.

Cabe hacer lugar a la renuncia anticipada al derecho de interponer recurso de apelación, procedencia fundada en los arts. 872 y 1881 inc. 3º del Código Civil, pues la renuncia constituye un derecho del individuo que no afecta al orden jurídico y, asimismo, la doble instancia no configura un requisito de la garantía constitucional de defensa en juicio (CNCiv., Sala G, 18/09/1997, "The First National Bank of Boston c. Lamanna, Juan C.", L L, 1998-B, 242).

Finalmente, se argumenta que, ante el principio general que otorga facultad a los litigantes de apelar la sentencia recaída en los juicios de mayor cuantía, el ordenamiento de forma ha dispuesto restricciones respecto de algunas resoluciones, interlocutorias y providencias simples, así como también de sentencias definitivas relacionando dicha posibilidad con el monto del pleito. Esta política legislativa reconoce un doble fundamento: por un lado lograr mayor economía procesal y evitar el dispendio jurisdiccional consiguiente en los procesos de menor monto económico, y por otro otorgar en esos casos una mayor autonomía de decisión a los jueces de primera instancia. Por otro lado, al establecer la única instancia en estos procesos se abarata sustancialmente su costo, adecuando el procedimiento al valor de la controversia (CNCiv., Sala K, 08/03/1993, "Malaiu, Gabriel E. c. Kazka, Ludmila", LL, 1993-E, 641, J. Agrup., caso 9409).

Capítulo XIX
El cumplimiento de la sentencia

138. Alcance y contenido

En otra obra[709] hemos sostenido que el derecho a que la sentencia sea ejecutada de inmediato se encuentra idealmente contenida en la noción actual de debido proceso. En este espacio corresponde analizar si este derecho puede ser exigido como una garantía concreta, a cuyo fin tendremos que partir de la base que la jurisdicción supone y se integra con dos elementos que hacen a su propia esencia: conocimiento y ejecución.

Vale decir que quien se ha beneficiado con una sentencia debe contar con la garantía para que el derecho que ha obtenido pueda ser cumplido en la condición más rápida y efectiva que el sistema le pueda ofrecer.[710]

Es una garantía jurisdiccional que forma parte del debido proceso, precisamente, porque la función judicial es declarar el derecho y ejecutar lo juzgado cuando la sentencia no se acata rápidamente. Y también cobra autonomía como derecho exigible sin necesidad de

709. Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*, Buenos Aires/ Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2004, *op. cit.*, p. 599 y ss. También renovados los conceptos con la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Gozaíni, Osvaldo A., *Debido Proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Dos volúmenes, Buenos Aires - Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2017.

710. Chamorro Bernal, Francisco, *op. cit.* Afirma Chamorro Bernal que la ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los Jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (STC, 167/1987 del 28 de octubre). Es que la ejecución de las sentencias es parte esencial del derecho a la tutela judicial efectiva y es, además, cuestión de esencial importancia para dar efectividad a las cláusulas del Estado social y democrático que implica, entre otras manifestaciones, la sujeción de los ciudadanos y de la Administración Pública, al ordenamiento jurídico y a las decisiones que adopta la jurisdicción, no solo juzgando, sino también ejecutando lo juzgado, según se desprende del artículo 117.3 de la Constitución española (STC 67/1984 del 7 de junio, entre muchos más).

promover un nuevo proceso, en la medida que forma parte de aquel donde el derecho se declara o concreta.

Estadísticamente se comprueba que dura más tiempo la ejecución que la etapa previa hasta llegar a la sentencia definitiva, inclusive, cuando se trata de pronunciamientos condenatorios al Estado, la faz ejecutiva asume modalidades y dilaciones de cumplimiento, que pone condiciones, o la sujeta a variables que no fueron previstas (*v. gr.* el pago de sumas de dinero se sustituye con la entrega de títulos de la deuda pública).

Ello, además de conspirar contra la garantía del plazo razonable, produce una clara afectación al proceso en sí, al dejarlo sin herramientas para que la sentencia se cumpla como es debido. Por eso, el tiempo (plazo razonable) para hacer efectivo el beneficio logrado (reconocimiento o reparación) no debiera ser superior al que se invirtió con el trámite ordinario. Es más, tendría que ser breve, urgente y simplificado.

De ahí que a este derecho le sea aplicable el principio *pro actione*, según el cual la ejecución de la sentencia debe marchar sin más condiciones que la comprobación efectiva y rápida del crédito que se reclama, evitando interpretaciones restrictivas tales como los decretos de inembargabilidad de sueldos, o las disposiciones administrativas que hacen depender los pagos de la previsión presupuestaria.[711]

La pretensión no deja de ser una cuestión de legalidad constitucional, porque el valor de las sentencias se refleja en el derecho de propiedad (art. 17, CN) y si el mismo queda vulnerado, restringido o cercenado, es evidente que el mecanismo procesal debe resolver esa crisis de inmediato.

Ocupa entonces buena parte del cuadro diseñado para el debido proceso actual este derecho al cumplimiento que se completa en dos tramos: el *constitucional* que se antepone como garantía para lograr la rápida y efectiva percepción de los créditos adquiridos por decisiones jurisdiccionales; y el *procesal* que obliga a disponer un procedimiento breve y sencillo para no entorpecer ni dilatar por más tiempo el derecho antes indicado.

711. Chamorro Bernal, *La tutela judicial efectiva*, p. 134.

139. La garantía de cumplimiento inmediato

Este derecho consagra como garantía de los justiciables que las sentencias judiciales se hagan efectivas en sus propios términos, sea como respeto a la cosa juzgada (que incorpora el derecho judicial al patrimonio de las personas) como para aceptar que las decisiones del Poder Judicial no queden insolutas por el capricho legislativo o el retardo administrativo.

Es un derecho abstracto que tiene toda persona, y que nace en el mismo momento en que la sentencia deviene firme y ejecutoriada (es decir, agotados los recursos que puedan revocarla, o vencidos los plazos para plantearlos).

> La Corte Interamericana, preocupada por el respeto a sus decisiones, reclama la obligación de cumplir lo dispuesto conforme los principios básicos sobre la responsabilidad internacional del Estado, que respalda también la jurisprudencia internacional, según el cual los Estados deben acatar sus obligaciones convencionales internacionales de buena fe (*pacta sunt servanda*).
>
> En este sentido ha señalado que el derecho al cumplimiento incondicional se sostiene en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, conforme al cual los Estados no pueden, por razones de orden interno, dejar de asumir la responsabilidad internacional ya establecida. Las obligaciones convencionales de los Estados Partes vinculan a todos los poderes y órganos del Estado.[712]

Esta orientación que se aplica en el derecho internacional y transnacional puede llevarse al derecho local y resultar exigible en la misma dimensión que tienen las demás garantías.

Es decir, que el derecho a reclamar que la condena se cumpla se aplica no solo en relación con las normas sustantivas de los tratados de derechos humanos (las que contienen disposiciones sobre los derechos protegidos) sino también respecto de las normas procesales.

712. Cfr. Corte IDH Responsabilidad internacional por expedición y aplicación de leyes violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana de Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994, párr. 35; Corte IDH Caso "Cantoral Benavides vs. Perú". Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos del 7 de febrero de 2008, Considerando quinto; y Corte IDH Caso "Caballero Delgado y Santana vs. Colombia". Supervisión de Cumplimiento de Sentencia, supra nota 1, Considerando quinto.

Estas obligaciones deben ser interpretadas y aplicadas de manera que la garantía protegida sea verdaderamente práctica y eficaz.

La orientación constitucional, entonces, no se abastece actualmente estableciendo reglas para la ejecución procesal de la sentencia, sino procurando vigilar o fiscalizar que se realice el cometido jurisdiccional a través del control sobre el cumplimiento.

Por ejemplo, en la conocida intervención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa sobre el saneamiento de la cuenca del Riachuelo, impuso el seguimiento y generó un sistema de control externo del plan dispuesto.[713]

No fomentamos con ello un paralelismo para todo litigio, sino tan solo advertir la dimensión que tiene la formalización del control de cumplimiento como una garantía específica.

140. El régimen procesal y la ejecución inmediata

Actualmente, la tendencia es permitir que la decisión judicial se cumpla de inmediato, pese a la existencia de recursos que contra ella se puedan articular, con la única condición que de llevarse a cabo la ejecución, esta pueda ser reversible si la condena se revoca.

> En España, la Ley de Enjuiciamiento Civil, establece en los arts. 524 a 537 que todas las sentencias de condena son ejecutables, sin caución, salvo que se trate de pronunciamientos en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil y derechos honoríficos, o que sean pronunciamientos que regulen obligaciones y relaciones patrimoniales; o que versen sobre con-

713. El control del Plan de Saneamiento se conformó con una comisión integrada de la siguiente forma: a) La Auditoría General de la Nación (AGN), hoy a cargo de Leandro Despouy, tendría a su cargo el control financiero y presupuestario del Plan de Saneamiento; b) El juez estaba facultado a pedir explicaciones y respuestas inmediatas a la Autoridad de Cuenca; c) Se estableció la conformación de un Cuerpo Colegiado de Control de la Gestión del Plan de Saneamiento y el funcionamiento de una Autoridad de Cuenca Matanza - Riachuelo (ACUMAR), a cargo de la Defensoría del Pueblo de la Nación y las ONG que participaron en la causa (Asoc. Vecinos de La Boca, CELS, FARN y Greenpeace); d) Atribuye al Juzgado Federal de Primera Instancia con asiento en Quilmes, a cargo del Dr. Luis Armella, el control de todas las tareas de ejecución de la sentencia. Sus decisiones se recurren por vía de recurso extraordinario, ante la Corte Suprema. Asimismo, las resoluciones administrativas que dicta la ACUMAR se impugnan ante dicho Juzgado Federal.

> denas a emitir una declaración de voluntad; o se trate de sentencias que declaren la nulidad o caducidad de títulos de propiedad industrial; o bien, sean sentencias extranjeras no firmes, salvo que expresamente se disponga lo contrario en los Tratados internacionales vigentes en España.

La ejecución provisional de sentencias de condena que no sean firmes se despacha y lleva a cabo del mismo modo que la ejecución ordinaria, es decir, con la dirección del juez *a quo*. En esta etapa las partes disponen de los mismos derechos y facultades procesales que en la ordinaria respecto del derecho de bilateralidad y contradicción.

> … el contenido principal del derecho a la ejecución consiste en que la prestación jurisdiccional sea respetuosa con lo fallado y enérgica, si fuera preciso, frente a su eventual contradicción por terceros. Cuestión distinta plantea la ejecución provisional de las sentencias, no encuadrable en el derecho fundamental del art. 24.1 de la Constitución española. Esta ejecución viene establecida, en su caso, por el legislador y se encuentra sometida a ciertos requisitos sobre su procedencia o improcedencia que deben ser valorados por los órganos judiciales.[714]

Para volverse operativo, el derecho a la ejecución necesita de petición expresa, porque bien puede el beneficiario renunciar a la compulsión forzada y mantenerse con la simple declaración. La diferencia está en que, puesto en marcha el sistema de forzamiento, el juez debe procurar eliminar los obstáculos que enerven, sin razones aparentes, la postergación del cumplimiento que se reclama.

En nuestro país el sistema es diferente. No vamos a explicar aquí el diseño procesal previsto para la ejecución de sentencias y laudos arbitrales, ni recrear las normas que se ocupan del cumplimiento de las sentencias dictadas en el extranjero. Para ello hacemos remisión al Libro III - Procesos de ejecución, y en particular, a los arts. 499 a 519 *bis* del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Lo que se quiere destacar es que la sentencia que no consigue rápida obediencia desacredita al órgano que la expide, mortifica al justiciable, y deja la peor imagen social que pueda tener el Poder Judicial como institución.

Hay varias formas de superar el escollo, una de ellas es, precisamente, la ejecución provisoria, que atendiendo a la forma como se

714. Picó i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso, op. cit.*, p. 165.

concede eficacia a las resoluciones judiciales muestra que la ejecutabilidad puede depender de las facultades del juez (rol discrecional en la admisión) o del impulso previsto en una norma expresa (que, a su vez, puede obrarse a pedido de parte, o de oficio).

a. La ejecución provisional *ope legis* se caracteriza porque está generalizada en una disposición legal y el órgano jurisdiccional no tiene manera de limitar su procedencia.
   Habitualmente, no requiere la constitución de fianzas ni garantías. También es típica en cuestiones donde la modalidad del conflicto impone decisiones urgentes (*v. gr.* juicio de alimentos, desalojos, interdictos, amparo, etc.).
b. La ejecución provisional *ope iudicis* se explica cuando el cumplimiento forzado e inmediato lo resuelve el mismo magistrado interviniente, sea de manera discrecional o ajustada a ciertas reglas técnicas que aseguren la prudencia y el equilibrio de la decisión.
c. Entre ambos extremos aparece una modalidad mixta que atenúa las distancias entre la norma y los poderes del juez, pero es menester advertir sobre ciertas inconsistencias del modelo (por el caso, de la Ley de Enjuiciamiento Civil española) y algunas dudas sobre cuándo procesar y aplicar uno u otro criterio.
d. La ejecución provisional resuelta de oficio por el juez es excepcional y admite lectura expresa solo en el sistema francés. En todos los demás modelos, actúa a pedido de parte legitimada.
e. De manera similar a lo dicho en el punto precedente, la ejecución provisoria resuelta en cualquier tiempo es solo aplicable en el código procesal de Francia, en los restantes existen plazos, términos y condiciones para su admisión y procedencia.
f. Finalmente, la ejecución provisoria puede ser total o parcial, conforme se dirija al cumplimiento absoluto de la parte principal de una sentencia (es decir, a los aspectos materiales, no así los procesales, como costas y honorarios), o a parte de ella.

Nuestro sistema procesal admite esta forma de actuación a través del artículo 34, inciso 5, apartado b), en cuanto refiere al deber judicial de evitar o sanear nulidades, y *prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe*. El mismo alcance tiene

el artículo 36 inciso 1º que admite, *aun sin requerimiento de parte*, que los jueces y tribunales tomen medidas tendientes a evitar la paralización del proceso.

141. El cumplimiento por otro

El derecho comparado muestra algunas sutilezas. Los artículos 107 fracción XVI de la Carta Magna y 105 párrafos 4º y 5º de la Ley de amparo, establecen respectivamente que

> Cuando la naturaleza del acto lo permita, la Suprema Corte de Justicia, una vez que hubiera determinado el incumplimiento o repetición del acto reclamado, *podrá disponer de oficio el cumplimiento substituto de las sentencias de amparo*, cuando su ejecución afecte gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener el quejoso.
> Cuando la naturaleza del acto lo permita, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia, una vez que hubiera determinado el incumplimiento o la repetición del acto reclamado, *podrá disponer de oficio el cumplimiento substituto de la sentencia de amparo*, cuando su ejecución afecte gravemente a la sociedad o a terceros en mayor proporción que los beneficios económicos que pudiera obtener el quejoso. Una vez que el Pleno determine el cumplimiento substituto remitirá los autos al juez de distrito o al tribunal de circuito que haya conocido del amparo, para que incidentalmente resuelvan el modo o cuantía de la restitución.

Esta regulación da testimonio de un problema antes comentado, que es la dilación o directo incumplimiento de las decisiones judiciales y en particular de las sentencias constitucionales.

En efecto, si el tribunal que juzga no puede respaldar con la ejecución forzada el cumplimiento de sus mandatos, deja evidente su falta de autoridad y el poco respeto del Estado por las instituciones judiciales. El hecho de que sea la Suprema Corte quien resuelva sustituir la actividad que el *a quo* no puede llevar a cabo, de alguna manera violenta el principio de conformación del poder jurisdiccional (*notio + executio*) y politiza la intervención discrecional que el Alto Tribunal asume.

La disposición ha sido objeto de fuertes críticas locales. Espinoza Tirado afirma que

> … en la forma como se regula el modo o cuantía de la restitución, el quejoso protegido por una sentencia de amparo que va a ser cumplida en forma substituta, no tiene derecho para poder exigir el importe real de los daños y perjuicios causados por la responsable incumplida, ya que […] el incidente de daños y perjuicios previsto en el último párrafo del artículo 105 de la Ley de Amparo, en cuanto constituye un procedimiento a través del cual se logra el cumplimiento sustituto de la sentencia, no concede al quejoso más que el derecho a obtener una suma de dinero que corresponda al valor económico de las prestaciones de dar, hacer o no hacer que la sentencia imponga a la responsable o a la autoridad encargada de la ejecución, como si ésta se hubiera realizado puntualmente, sin que incluya conceptos o prestaciones distintas de las comprendidas en la sentencia, como sería el pago de las ganancias lícitas que el quejoso dejó de percibir con motivo del acto reclamado (perjuicios), pues la creación de esta vía incidental no obedeció a la intención legislativa de conferir al quejoso una acción de responsabilidad civil por naturaleza distinta de la acción de amparo, sino la de permitir a quienes no han podido lograr la ejecución de la sentencia de amparo, acceder a una situación de reparación equiparable a la de quienes han logrado el acatamiento ordinario del fallo, razón por la cual la cuantificación del pago en esta vía debe efectuarse analizando cuidadosamente la naturaleza del acto reclamado y de la prestación debida por la autoridad, ya que en ocasiones no es fácil distinguir entre el valor económico de esta última y el de otras prestaciones, como sería el lucro dejado de obtener, considerando, por ejemplo, que no es lo mismo acatar una sentencia de amparo concedida en contra de un acto de apoderamiento o destrucción de una cosa, en que la prestación debida es la devolución de la cosa o, en vía sustituta, el pago de su valor al momento de ejecutarse el fallo, que cumplir una sentencia que otorga el amparo en contra del cese de un servidor público, en el que la prestación debida es su restitución en el cargo con el pago de los haberes que debió devengar o, en vía sustituta, el pago de tales haberes y de una cantidad adicional que represente el valor económico que para el quejoso ocasione ser separado del cargo.

Es decir, no obstante de que se trata de una verdadera responsabilidad civil del Estado, el anterior criterio limita la cuantía a pagar al quejoso protegido, argumentando que no tiene la naturaleza de res-

ponsabilidad civil. La carga procesal que impone al quejoso el último párrafo del inciso XVI del artículo 107 constitucional, que ordena: "... La inactividad procesal o la falta de promoción de parte interesada, en los procedimientos tendientes al cumplimiento de las sentencias de amparo, producirá su caducidad en los términos de la ley reglamentaria", es una lápida que hace más penoso su andar por los cauces judiciales y aun con poca esperanza, ya que ¿cómo se podría excitar al tribunal a que haga cumplir una sentencia que posiblemente sea de aquellas que no pueden ejecutarse?[715]

715. Espinoza Tirado, Carlos Gerardo, "Cumplimiento sustituto de la sentencia de amparo ¿otra conjuración?". Disponible en: http://www.debate.iteso.mx/numero04/articulos/cumplimiento.htm#_ftn1

Capítulo XX
El plazo razonable

142. Introducción

Establecer en el territorio de las garantías al plazo razonable, supone consagrar una exigencia destinada a trascender el simple espacio del cómputo del tiempo que insume un litigio judicial. El Estado tiene la obligación de suministrar recursos humanos y económicos para que pueda cumplir adecuadamente esta garantía; los jueces velarán por el avance de los procedimientos, y las partes estarán obligadas a debatir con lealtad y buena fe.

El potencial en el verbo se aplica porque aún no está consolidado el plazo razonable como una parte vital y necesaria del debido proceso; quizás porque se mantiene alguna incertidumbre para el concepto que, como tal, encuentra lecturas contradictorias.

En verdad esto es propio cada vez que se realizan tareas de interpretación. Las opiniones tienen sentidos y objetivos, como sensaciones e influencias que afectan los criterios a seguir. Por ejemplo, para un sector de la ciencia procesal el proceso no tiene necesidad de tiempos porque la satisfacción de los litigantes no proviene de la rapidez que tenga el sistema donde ventilar las controversias. En consecuencia, son las partes quienes disponen de los tiempos del proceso, porque solo a ellas les interesa la oportunidad para que el juez resuelva con carácter definitivo.

Cipriani, analizando el principio de impulso procesal desde la visión de Franz Klein, sitúa la cuestión entre dos ideologías.

> Los garantistas encuentran lógico que las partes, siendo libres de disponer de la relación sustancial, gocen de una cierta libertad en el proceso, y agregan que, desde el momento en que los recursos disponibles son limitados, debemos agradecerle al cielo que, sobre cien causas, sesenta no lleguen a sentencia. Los publicistas, por el contrario, sostienen que, durante el proceso, la libertad de disponer de la relación sustancial es en

> realidad solo una concesión y, por lo tanto, aquella no implica disponer de los tiempos del proceso.
> Podemos deducir que Klein, dando poderes a los jueces para hacer avanzar imperativamente los procedimientos civiles, fuerza una puerta que se abre para aquellas causas que, de otro modo, dormirían y, tal vez, no llegarían jamás a sentencia. Lo que significa, si no me equivoco, que el discurso de Klein no lleva tanto a acelerar el proceso civil sino más bien a imponer el tratamiento forzado de las causas que las partes querrían, al menos por el momento, mantener en *surplace*. De esto surgen algunas consecuencias. La primera es que el discurso de Klein presupone que el juez tenga poco que hacer; más precisamente, que las causas que las partes quieren ver decididas le dejen tiempo libre [...]. La segunda consecuencia es que obliga al juez a ocuparse también de las causas que las partes no quieren tratar, se resuelve no solo en menoscabo de la libertad de las partes, sino también en daño del juez, que se ve constreñido a trabajar de más (a cambio de la misma retribución). El juez, en efecto, para conducir el proceso desde el inicio, lo debe conocer y, para conocerlo, debe estudiarlo. Con el riesgo que supone, al inicio, de estudiarlo inútilmente. Así se explica por qué Klein, como Guardasellos, estuviera constreñido a controlar "con mano dura" a los jueces. La tercera consecuencia nos atañe de cerca: el discurso de Klein, si tiene sentido cuando el juez tiene poco que hacer, se torna peligroso cuando las causas a decidir por voluntad de las partes toman ya todo el tiempo del juez y pierde toda razonabilidad cuando sobre el escritorio del juez se forma, como en la Italia de hoy, que tiene 2200 jueces para más de dos millones de causas pendientes, una montaña de trabajo atrasado.[716]

En cambio, otros han instalado el derecho a la celeridad del proceso jurisdiccional entre los terrenos abonados por la evolución de los derechos humanos, y en esa categoría, se convierte en un derecho fundamental que supone dos obligaciones inmediatas: a) reconocer el carácter de garantía procesal interna para asegurar un proceso rápido, eficaz y expedito, y b) admitir que se tiene un compromiso internacional al haber incorporado (art. 75 inciso 22, Constitución Nacional) los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos que, expresamente, contienen este derecho fundamental.

En esta línea, el voto razonado de Sergio García Ramírez en el caso de las "Masacres de Ituango" (29 de junio de 2006), es claro al ad-

716. Cipriani, Franco, *Batallas por la justicia civil, op. cit.*, p. 62.

mitir que el plazo razonable es un concepto indispensable y arraigado en las condiciones del debido proceso. Es cierto que no es una fórmula matemática universal y constante que se confronta con las condiciones de tiempo en las que se encuentra el inculpado sujeto a proceso.

En estos casos, dice el expresidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos:

> … valoramos la racionalidad del tiempo transcurrido entre el principio y el final del procedimiento del que derivan restricciones a derechos o que desembocará, en el otro extremo, en goce y ejercicio efectivos de estos. En esta circunstancia adoptamos, para guiar nuestra apreciación –puesto que no existen, ni podrían existir, ya lo dije, reglas cuantitativas únicas, aplicables a todos los supuestos–, determinados elementos tomados de la experiencia judicial, a los que se ha referido la jurisprudencia europea: complejidad del caso, conducta de las partes, comportamiento de las autoridades, puntos, todos ellos, sujetos a consideración casuística en función de su razonabilidad y pertinencia. Estos criterios se ven naturalmente influidos por las circunstancias en las que cada caso se desenvuelve. He sugerido agregar un dato a la estimación acerca del plazo razonable: la mayor o menor (afectación actual que el procedimiento implica para los derechos y deberes –es decir, la situación jurídica– del individuo), como manifesté en mi *Voto razonado* sobre el *Caso López Alvarez vs. Honduras*, con sentencia del 1 de febrero del 2006. Estimo procedente asociar este elemento a los otros que generalmente consideramos. En la materia que ahora interesa, es preciso estimar la razonabilidad de un plazo también –pero no exclusivamente– desde la perspectiva del gravamen –desde leve hasta insoportable– que el paso del tiempo impone al sujeto que aguarda la solución al conflicto que le atañe.
>
> En fin de cuentas, la razonabilidad del plazo para proveer justicia debe analizarse con referencia al fin que se procura alcanzar y a la mejor manera de obtenerlo, considerando los diversos extremos que implica la administración de justicia en todos los aspectos que debe abarcar a fin de alcanzar la plenitud posible y deseable: declaración, previo esclarecimiento de los hechos; disposición de reparaciones adecuadas en función de las violaciones cometidas y cumplimiento de las decisiones adoptadas, a este fin, por los órganos competentes.

Obviamente, este emplazamiento conduce a evidenciar responsabilidades por la demora inusual, de manera tal que el derecho a evitar

un proceso con dilaciones indebidas supone también encontrar responsables que indemnicen al perjudicado por la rémora judicial.[717]

Ahora bien, si el plazo razonable se instala como auténtica garantía, y proyecta desde allí deberes y obligaciones con derechos de reparación cuando la demora sucede, será necesario confrontar de qué manera se ocupan las instituciones del proceso en la reglamentación del tiempo en el proceso.

En este aspecto rige el *principio de economía*, pensando deberes, cargas y obligaciones de las partes a cumplir bajo ciertas formalidades (principio de legalidad instrumental), y en plazos y términos poco flexibles (generalmente, perentorios y fatales) que urgen las actuaciones procesales en períodos que raras veces se consiguen.

Vale decir, que el desatino entre la norma y la realidad es evidente, al punto de convertir en letra muerta buena parte de las disposicio-

717. Sostiene Cançado Trindade que toda la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos ha desarrollado, de forma convergente, a lo largo de las últimas décadas, una interpretación dinámica o evolutiva de los tratados de protección de los derechos del ser humano. Esto no hubiera sido posible si la ciencia jurídica contemporánea no se hubiera liberado de las amarras del positivismo jurídico. Este último, en su hermetismo, se mostraba indiferente a otras áreas del conocimiento humano, y, de cierto modo, también al tiempo existencial, de los seres humanos: para el positivismo jurídico, aprisionado en sus propios formalismos e indiferente a la búsqueda de la realización del Derecho, el tiempo se reducía a un factor externo (los plazos, con sus consecuencias jurídicas) en el marco del cual había que aplicarse la ley, el derecho positivo (Voto concurrente en la Opinión Consultiva 16/99 del 01/10/1999 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).
La corriente positivista-voluntarista, con su obsesión con la autonomía de la voluntad de los Estados, al buscar cristalizar las normas de esta emanadas en un determinado momento histórico, llegó al extremo de concebir el derecho (Positivo) independientemente del tiempo: de ahí su manifiesta incapacidad de acompañar los constantes cambios de las estructuras sociales (en los planos tanto interno como internacional), por no haber previsto los nuevos supuestos de hecho, no pudiendo, por lo tanto, dar respuesta a ellos; de ahí su incapacidad de explicar la formación histórica de las reglas consuetudinarias del derecho internacional. La propia emergencia y consolidación del *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos se debe a la reacción de la conciencia jurídica universal ante los recurrentes abusos cometidos contra los seres humanos, frecuentemente convalidados por la ley positiva: con esto, el Derecho vino al encuentro del ser humano, destinatario último de sus normas de protección.
En el plano del Derecho Procesal el mismo fenómeno ocurre con la evolución en el tiempo del propio concepto de debido proceso legal. El aporte del Derecho Internacional de los Derechos Humanos es aquí innegable, como lo revela la rica jurisprudencia de la Corte y Comisión Europea de Derechos Humanos bajo el artículo 6.(1) de la Convención Europea de Derechos Humanos.

nes adjetivas vinculadas. Por eso, la moderna orientación doctrinaria apunta que un plazo procesal, independientemente del número de unidades temporales que reúna, debe ser flexible, objetivo y razonable, y, además, responder a un criterio uniforme de asignación; de tal manera que cuando se susciten controversias respecto de la duración adecuada de una concreta actuación procesal, el juez pueda recurrir a una regla general que permita superar formalismos innecesarios.

> Por ello si decimos que un proceso constituye una sucesión de actos a través de los que se verifica la interacción entre la acción y la jurisdicción; la duración de un juicio no es otra cosa que la duración del conjunto de sus actuaciones, y, en consecuencia, la razonabilidad temporal del proceso se construye también mediante el establecimiento de plazos razonables.[718]

Con afán de síntesis y descartando la primera doctrina que se desentiende del tiempo en el proceso, las corrientes que advierten la condición de resolver con certeza y rapidez no compatibilizan las formas y procedimientos para lograrlo, quizás porque, en definitiva, el tiempo necesario no coincide con el tiempo justo, y aun logrando celeridad y hasta urgencia, la justicia del caso puede quedar postergada.

En suma, un proceso desenvuelto en los límites de un período razonable depende de numerosas contingencias, donde anidan múltiples proyecciones que impiden definir un tiempo para todos como si esta fuera la mejor solución. Por eso, es preferible aplicar en la idea una variable íntimamente relacionada, como son las *dilaciones indebidas*, de modo tal que el proceso pueda evitarlas para llegar con cierto éxito a dicha necesidad de eficacia temporal.

143. El principio de economía procesal

El tiempo y el proceso pueden abordarse desde dos vertientes. La primera parte desde los principios procesales que organizan el desarrollo del procedimiento. El siguiente enmarca la cuestión en la perspectiva de la realidad, es decir, midiendo en términos de lentitud o celeridad la eficacia que del servicio judicial se transmite.

718. Riba Trepat, Cristina, *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 256 y ss.

La unión de ambos frentes se da con los sujetos del proceso, que en materia penal asume una connotación diferente por el derecho a la libertad y el derecho a la verdad y justicia que la víctima reclama. Las reglas del procedimiento le imponen a todos los sujetos un mecanismo de actuación que, comparadas con el tiempo aplicado para alcanzar conclusiones necesarias para dictar la sentencia, pueden ser auténticas frustraciones de la garantía que se quiere implementar.

Si, por ejemplo, una variable para reconocer cuando hay violación del plazo razonable se mide con la satisfacción oportuna de los legítimos intereses, será evidente la confrontación entre uno y otro sujeto. La tensión entre libertad y seguridad aparece de inmediato, y en este orden el diseño de los procedimientos tiene mucho que ver.

En el recordado caso de las "Masacres de Ituango" el maestro García Ramírez advirtió este problema y sostuvo que

> … es preciso acotar los extremos dentro de los que corre un plazo, es decir, el tiempo para la solución de asunto sometido a determinadas autoridades: el momento en que comienza y el instante en que concluye, aunque estas definiciones se hagan en términos aproximados y sin perder jamás de vista las circunstancias de cada caso, que dominan las soluciones correspondientes. En este orden reviste gran importancia el régimen procesal prevaleciente, que no es un dato neutro, sino un fenómeno presionante o condicionante.
>
> Bajo algunos regímenes de enjuiciamiento, las investigaciones se sustraen a la autoridad judicial y pueden prolongarse apreciablemente mientras el indagador satisface los requerimientos legales para someter el punto al órgano jurisdiccional. En otros, la investigación y el enjuiciamiento corren por diversas etapas, cada una de las cuales posee rasgos e implicaciones característicos, y quedan en manos de distintas autoridades. También puede ocurrir que sea el propio juzgador quien lleve adelante la investigación, a reserva de remitir sus resultados al Ministerio Público o a un juez de diversa competencia para la prosecución, en su caso, del juzgamiento. Todo esto incide en los tiempos de sujeción del individuo a la autoridad que conoce –*lato sensu*– su caso, y por lo tanto en los tiempos de definición de derechos y deberes, que es lo que en definitiva interesa y afecta al individuo, más allá de los tecnicismos procesales.

Veamos entonces esta primera etapa del estudio, para observar de qué manera propicia el Derecho Procesal resolver la continuidad del trámite y la rapidez dispuesta, sin que el principio lleve a creer que la

sentencia supone la línea de llegada para un conflicto donde lo importante es llegar antes que otro. En realidad, la pretensión es que la última decisión se obtenga en un tiempo acorde con la mutua satisfacción de los intereses contrapuestos.

La rapidez del proceso se fundamenta en el principio de *economía procesal*. Este postulado fue definido por Chiovenda como un criterio utilitario, porque se refiere a dos aspectos que, aunque se encuentran vinculados, no son propiamente principios sino aspectos que inciden en los gastos de tiempo y esfuerzos. En este sentido, de economía procesal se habla tanto para explicar la duración del proceso, como para resolver la onerosidad que significa transitar por él.[719]

El primer aspecto es consecuencia de la llamada *publicización del proceso civil*, que significa poner entre los postulados del proceso la necesidad de conseguir eficacia en el término más breve posible e invirtiendo para ello la menor cantidad de actos procesales.

719. Suele decirse –dice Cipriani– que el gran mérito de Klein fue aquel de individualizar el aspecto sociológico-económico del instituto del proceso [...] La disciplina del proceso austríaco fue la primera entre aquellas relativas a los ordenamientos procesales modernos en basarse efectivamente en el hecho de que el proceso es un fenómeno social de masas y que debe ser reglamentado como un instituto de bienestar. Queriendo examinar de cerca el pensamiento y el proceso de Klein debe decirse que éstos están basados en dos grandes postulados que refleja el pensamiento de Sprung: a) las controversias entre los particulares son "males sociales" (*soziale Übel*) relacionados con pérdida de tiempo, dispendio de dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio y de ira entre las partes litigantes y de otras pasiones fatales para la convivencia de la sociedad; b) el proceso, en la medida en que bloquea los bienes en espera de la decisión, incide en la economía nacional, en cuanto que toda causa altera la pacífica colaboración, rompe ordenados nexos económicos, bloquea valores y los distrae de la ordinaria circulación. La sociedad tiene, de todos modos, un gran interés en sanar lo más rápidamente posible tales heridas sobre su propio cuerpo. De estos postulados el gran procesalista y guardasellos austríaco extraía con toda coherencia algunos corolarios: el interés del legislador a que aquellos "males sociales" que son los procesos tengan una definición rápida, poco costosa y simple, posiblemente en una única audiencia; la necesidad de que el legislador no admita que el poder de conducir el proceso sea dejado en las manos de las partes privadas; y la exigencia, en fin, de que el proceso sea oral y que el Estado, a través del juez, asuma desde el principio la responsabilidad del funcionamiento del proceso y que vele por una individualización rápida de la verdad, exenta de complicaciones. Compendiando el pensamiento de Klein, dice Baur ("Potere giudiziale e formalismo del diritto processuale", en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965, p. 1689): "... el proceso será racional y conforme al concepto moderno de Estado solo si la defensa del derecho consistirá efectivamente en la concesión de la asistencia del Estado, no solo con la sentencia, sino desde la primera fase del proceso" (Cipriani, Franco, *Batallas por la justicia civil, op. cit.*, p. 66 y ss.).

Celeridad y concentración se integran para dar unidad e inteligencia al principio; pero también ambos reciben la influencia de otros presupuestos o reglas notables que inciden para la buena marcha del litigio, relacionándose entonces el principio de eventualidad, de saneamiento y otros que se anexan en etapas específicas del trámite (*v. gr.* Adquisición y preclusión, entre otros).

Algunos autores consideran que no es correcto tomar del principio de economía procesal el objetivo de la rapidez, porque ello depende de otro principio que es el de celeridad; de todos modos, si el fin es lograr un proceso ágil, rápido y efectivo en el menor tiempo, habrá que poner el acento en las características que se persiguen conseguir, sean estas acentuadas en la conducta que de las partes se espera, o en la simplificación de la estructura del procedimiento.

Por tanto, la economía de esfuerzos (primer aspecto del principio) acierta para definir algunas condiciones, mientras que la celeridad será una consecuencia del empeño propuesto para dar eficacia al proceso. A su vez, esa celeridad se apoya en otras pautas previstas para diseñar un trámite determinado, sin perjuicio de las que se dirigen a quienes litigan ante la jurisdicción.

En base a ello, el principio de economía procesal orienta al justiciable para obrar con interés y celeridad, poniéndole condiciones técnicas a sus actos.

143.1 El principio de eventualidad

Uno de los requerimientos metodológicos referidos es el principio de *eventualidad*. Consiste en pedir de las partes que todos los actos de postulación, ataque y defensa, se articulen oportunamente, de acuerdo con las etapas preclusivas del proceso; de modo tal que cada uno de los planteos deducidos en el curso de un litigio deban presentarse en forma simultánea y no sucesiva, esto es, prohibiendo el ejercicio *ad eventum* que supone dejar abierta una posibilidad o alternativa si la petición principal fracasa.

Son ejemplos de la regla, el oponer a un solo tiempo todas las defensas y excepciones que se tengan contra el progreso de la pretensión; el ofrecimiento de la prueba, etcétera. Excepción al principio sería el recurso

de reposición con apelación en subsidio; y en situaciones excepcionales, la doble interposición de los recursos extraordinarios (locales y federal).

El postulado se encuentra estrechamente unido al principio de concentración y al de preclusión de los actos procesales que es una consecuencia del primero. Anida en el espíritu del precepto lograr que las partes utilicen el proceso como un medio legítimo para resolver sus problemas, siendo clara entonces su relación con la moralidad intrínseca que procura.

Ahora bien, así como las partes tienen un deber de conducta y una obligación técnica que observar, también el juzgado interviniente tiene ambos requerimientos.

143.2 El principio de concentración procesal

De *concentración* se puede hablar con variables. El meollo de la cuestión radica en cumplir todas las secuencias del procedimiento en la menor cantidad posible de actos.

Claro está que la adscripción a la oralidad o a la escritura subordinan las modalidades del tipo; pero la interpretación cabal de la idea está en resumir la actividad a las etapas necesarias, útiles y conducentes, eliminando las que fuesen superfluas o inoficiosas.

Su inclusión en la celeridad obedece al complemento que requiere para dar plenitud al principio; es decir, la concentración por sí sola tendría poca utilidad si el acto secuencial que corresponde no se cumple en el tiempo más próximo posible respecto al que le precede.

143.3 El principio de preclusión

La preclusión se articula con el orden progresivo de los actos procesales. Si estos tienen una escala que significa cumplir los actos en los períodos asignados; ello significa que el transcurso de una fase para seguir a otra consume la oportunidad y extingue el tiempo ofrecido para hacerlo.

Esa preclusión origina tres posibilidades diferentes: en la primera, puede suceder que se pierda la alternativa o facultad de alegar por haber transcurrido la oportunidad otorgada en los plazos del procedimiento.

Aquí la preclusión castiga la inercia del interesado, dando por perdida la ocasión. En segundo término, si un acto procesal se cumple en una etapa equivocada queda privado con ello de obrar adecuadamente en la instancia en curso; se habla entonces de *preclusión por extinción*. Con ella, el error impide regresar reparando el equívoco. También aquí la preclusión opera como sanción al descuido.

Finalmente, la preclusión actúa por *consumación* cuando ya se hubiera ejercido válidamente la facultad de que se trata y se persigue reiterar el mismo acto. Cumplido, no es posible repetirlo aun bajo el pretexto de mejorar o integrarlo con elementos involuntariamente omitidos en la primera ocasión.

Tal como se presenta, el principio de preclusión se vincula con el de impulso procesal. Como una derivación de ambos llegan la *caducidad* y la *negligencia* como presupuestos de control a la celeridad del proceso.

La *caducidad* se ocupa de sancionar el abandono total o parcial del proceso, tarifando el tiempo de acuerdo a la naturaleza del trámite; o bien, teniendo por decaída, de oficio o a petición de partes, la producción de ciertas pruebas ofrecidas.

La *negligencia*, en cambio, refiere a la morosidad de la parte para cumplir con la prueba, generando con su actitud un retardo en el desarrollo de la causa.

En rigor de verdad, el impulso procesal fundamenta la rigidez de los plazos y las modalidades con que se sanciona la inactividad procesal.

143.4 El principio de saneamiento

Este no es un principio destinado a las partes, sino al juez y, en particular, se instala entre sus facultades o poderes de dirección. Se procura expurgar aquellos vicios que inducen al entorpecimiento de la causa, o que provocan dificultades para reconocer el objeto en discusión, generalmente destinados a prolongar el proceso o impedir su rápida finalización.

Concilian con este principio, otros tales como el de autoridad, moralidad y celeridad procesal.

El artículo 34 inciso 5º ap. b) del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina impone a los jueces el deber de "señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolez-

ca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar nulidades".

En el campo de la celeridad procesal, el principio pretende dos objetivos: a) depurar al proceso de vicios que inciden en la utilidad del litigio, y b) asegurar que el objeto del proceso se encuentre precisamente determinado, liberándolo de manifestaciones dispendiosas o de pruebas inconducentes que sean, en definitiva, un estorbo insalvable para resolver.

Varios principios confluyen en la estructura del instituto; en efecto, la economía procesal, definida como la aplicación de un criterio utilitario en la realización empírica del proceso con el menor desgaste posible de la actividad jurisdiccional, consagra la finalidad esencial del instituto. De su interpretación llegamos al principio de concentración de los actos procesales que con fórmulas simplistas y seguras persigue la eficacia de la tarea jurisdiccional.

En este tramo se ubica el principio de saneamiento o de expurgación, en cuya virtud, todas aquellas cuestiones susceptibles de impedir o entorpecer la marcha regular del proceso pueden ser evaluadas por el tribunal.

143.5 El principio de adquisición

Este es un concepto técnico que armoniza con la celeridad procesal en cuanto a reunir en beneficio del litigio toda alegación, prueba y postulación que efectúen las partes.

Significa que la actividad de los contradictores beneficia o perjudica a cualquiera de ellos, inclusive puede regresar contra la voluntad de aquel que solicitó determinado cumplimiento (*v. gr.* en la prueba de absolución de posiciones, cada posición importará para el ponente, el reconocimiento del hecho a que se refiere).

Cuando hablamos de adquirir, pensamos en todo lo que se incorpora al proceso, y siendo este el producto de una actividad generada a partir de una relación tripartita, va de suyo que la utilidad de los actos que reporte cada uno serán en beneficio de aquella unidad que, justamente, tiene el proceso.

Llegado al litigio un hecho, una afirmación, una prueba, no importa quién la dice ni quién la aporta, ella se adquiere para la comunidad de intereses en juicio.

144. La celeridad procesal como problema económico

Con otra visión, se señala que la función social del proceso consiste en la satisfacción de pretensiones, desplazando el *prius* de la resolución justa de los conflictos intersubjetivos.

De este modo, la actividad jurisdiccional se establece como una obligación de hacer constante, que evite los tiempos muertos del proceso, y con el fin de lograr la máxima cobertura asistencial en el menor tiempo posible. Esta imagen acotada se instala en los intereses a tutelar y en la persona que reclama la intervención del Estado a través del proceso jurisdiccional.

No obstante, el proceso como garantía constituida en las normas fundacionales de la organización jurídica no puede transportar al justiciable las penurias del sistema político económico ante una situación financiera angustiosa; porque al Estado le corresponde ofrecer una vía rápida y expedita para concretar la tutela judicial sin que la misma se coarte o convierta en una utopía por cuestiones de diversa restricción.

Es decir, ni el acceso a la justicia ni el desarrollo de los procedimientos puede tener vinculación con la economía, porque el proceso es una garantía para el hombre; a él se debe la formación lógica de esta vía de pacificación que reconoce en los jueces una especie de representantes sociales que tienen el poder-deber de resolver los conflictos por la delegación obtenida a través de la confianza en ellos depositada cuando la sociedad se organizó para vivir en comunión.

En nuestro concepto, desligados de afanes economicistas que ven al proceso como un medio de inversión a riesgo donde las ventajas que otorga la presunción de obrar a derecho puede generar un cierto índice de seguridad que se desvirtúa por el costo adicional no previsto (honorarios regulados, honorarios de peritos, tasas posteriores del trámite, etc.), creemos que el tema merece abordarse desde otra perspectiva.

La situación se puede observar como un problema de pérdida constante de interés (espiritual y económico) para solucionar la controversia, cuanto mayor sea el tiempo que insuma el trámite para llegar a la sentencia. Es evidente que el costo que tiene el actor difiere

del que asume el demandado, como también lo es que ambos pierden cuanto más distante se vea el horizonte de la solución definitiva.

> Por ello, ninguna regla puede resolver el problema de la celeridad sino se adecua a la realidad que lo trasciende, para comprender que cuanto más presupuestos se pongan para la rapidez procesal más lentas serán las respuestas del sistema, porque como ha dicho el Comité de Ministros del Consejo de Europa: para preservar las garantías de todos los justiciables, contenidas en las reglas tradicionales del procedimiento, y la cualidad de la justicia exigida en una sociedad democrática, convendría que el procedimiento civil fuera más simple, más flexible y más breve.[720]

Este es un mensaje implícito para medir la garantía del plazo razonable. La defensa en juicio, así como incluye el derecho a obtener un pronunciamiento rápido dentro de un plazo razonable, pues la dilación injustificada de la solución de los litigios implica que los derechos puedan quedar indefinidamente sin su debida aplicación con grave e irreparable perjuicio de quienes lo invocan, exige que frente a medida de lo posible, las consecuencias que puede generar la razonable espera de una decisión definitiva, una intensa verosimilitud en el derecho y un claro peligro en la demora, se consagre dicha garantía constitucional adoptándose las decisiones jurisdiccionales previas y provisionales que atemperen o impidan, en la medida de lo posible, las consecuencias que puede generar la razonable espera de una decisión definitiva.

720. En el plano del derecho internacional –donde se pasó a estudiar los distintos aspectos del derecho intertemporal– del mismo modo se tornó evidente la relación entre el contenido y la eficacia de sus normas y las transformaciones sociales ocasionadas en los nuevos tiempos. Un *locus classicus* al respecto reside en un célebre *obiter dictum* de la Corte Internacional de Justicia, en su Opinión Consultiva sobre Namibia de 1971, en que afirmó que el sistema de los mandatos (territorios bajo mandato), y en particular los conceptos incorporados en el artículo 22 del Pacto de la Sociedad de Naciones, "no eran estáticos sino por definición evolutivos". Y acrecentó que su interpretación de la materia no podría dejar de tomar en cuenta las transformaciones ocurridas a lo largo de los cincuenta años siguientes, y la considerable evolución del *corpus juris gentium* en el tiempo: "un instrumento internacional debe ser interpretado y aplicado en el marco del sistema jurídico vigente en el momento de la interpretación" (Voto concurrente del Dr. Cançado Trindade, en Opinión Consultiva 16/99 del 01/10/1999).

144.1 Los días y horas hábiles

Uno de los requisitos que vinculan el tiempo con la eficacia de los actos es que estos se realicen en días y horas *hábiles* o *habilitados*. De este modo, establece el artículo 152 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina como regla general y absoluta que

> … las actuaciones y diligencias judiciales se practicarán en días y horas hábiles, bajo pena de nulidad.
> Son horas hábiles las comprendidas dentro del horario establecido por la Corte Suprema para el funcionamiento de los tribunales; pero respecto de las diligencias que los jueces, funcionarios o empleados deben practicar fuera de la oficina, son horas hábiles las que median entre las SIETE (7) y las VEINTE (20).
> Para la celebración de audiencias de prueba, las cámaras de apelaciones podrán declarar horas hábiles, con respecto a juzgados bajo su dependencia y cuando las circunstancias lo exigieren, las que median entre las SIETE (7) y las DIECISIETE (17) o entre las NUEVE (9) y las DIECINUEVE (19), según rija el horario matutino o vespertino.

Finalmente, el criterio de actuar únicamente en las horas establecidas se elastiza cuando "a pedido de parte o de oficio", se habiliten días y horas para realizar actuaciones fuera de los tiempos dispuestos, que de otro modo pudieran tornarse ineficaces u originar perjuicios evidentes a las partes.

En definitiva, mientras el requisito de tiempo referente a días y horas hábiles (o habilitados) es de carácter absoluto, el artículo 152 citado, como norma general para los actos del órgano jurisdiccional y otros muchos preceptos como disposiciones especiales, establecen un requisito temporal *relativo* de los actos procesales: que cada uno de ellos se realice en el momento oportuno concreto (*término*) o en el período de tiempo (*plazo*) establecidos específicamente.[721]

721. Schönke, Adolfo, *Derecho Procesal Civil*, Barcelona, Bosch, 1950, p. 125. En general, dice el autor, la materia sobre el tiempo de los actos procesales comprende ante todo dos cuestiones: primero, la de cuales sean los días y horas en que los tribunales están a disposición de las partes, y luego, el referente al lapso de tiempo que dentro de un proceso tienen las partes a su disposición para cada uno de los actos procesales. […]. Los términos y plazos están sustraídos al acuerdo de las partes, en interés de la concentración del procedimiento; de manera que por convenio entre ellas nunca pueden los plazos ser prorrogados, sino solo abreviados. La supresión del poder dispositivo de las partes sobre plazos

La premisa que conduce la instalación de tiempos hábiles en el proceso significa establecer un criterio de rigidez que empalma con el principio de legalidad instrumental propio de los actos procesales.

Si bien es cierto que con ello se persigue imponer la celebración oportuna de las actuaciones y diligencias, también lo es que la brevedad del período (pese a las aperturas que se indican en el texto legal) limita manifiestamente la posibilidad de concentrar las actividades.

De este modo, los términos conspiran con su posibilidad real de cumplimiento, obligando a anulaciones, aplazos o suspensiones que postergan hasta el cansancio la efectividad cierta de la utilidad que se espera.

Lo mismo sucede con los plazos, pues ellos se imponen como exigencias de obrar oportunamente, sujetos a que la comunicación sea personal o presunta, condiciones que por su exigencia ritual y solemne, provocan causas permanentes de anulación, o incidencias.[722]

En consecuencia, la estructura diseñada para la actividad procesal rápida y concentrada se convierte en pura ilusión, porque la gran

y términos está asegurada por la prohibición de que las mismas convengan la paralización del procedimiento, ya que esta solo puede producirse mediante acuerdo judicial.

722. Guasp, Jaime, "La paralización del proceso civil y sus diversas formas", en *Estudios Jurídicos*, Madrid, Cívitas, p. 545. Aparece así la "paralización del proceso civil" que fuera advertida por Guasp hace muchos años, sin perder vigencia esta observación. Decía el maestro español que cuando se manejan criterios sistemáticos diferentes a los clásicos para estudiar las causas de la suspensión de los tiempos del proceso, se incurre en un error palmario porque no se atienden los requisitos que deben cumplir los sujetos, el objeto procesal y la misma actividad. En efecto, si se atiende a las partes, una de las causas de la paralización (mejor llamada de *interrupción*) proviene de las circunstancias que a ellos les ocurre (*v. gr.* muerte, pérdida de capacidad), o que otros les provoca (*v. gr.* renuncia del procurador, fallecimiento o promoción del Juez de la causa), de modo tal que el proceso se interrumpe hasta que se valida nuevamente la relación jurídica procesal. Cuando la paralización procesal reconoce como causa directa o razón fundamental de ser la producción de una circunstancia que no afecta a los sujetos, sino al objeto, entonces nos hallamos ante una de las manifestaciones de la figura menos reconocida por la teoría y por la práctica, pese a su indiscutible significación dogmática y real. Por ejemplo, las cuestiones prejudiciales que significan un motivo de *detención* procesal. El problema está en paralizar el proceso en toda su práctica, por esperar una resolución que podría no afectar todo el continente litigioso. Finalmente existe una tercera manifestación de la paralización procesal que se da independientemente de los sujetos y del objeto procesal: son los actos procesales mismos; aquellos que engendran la quietud normal del procedimiento por cuestiones vinculadas con la actividad estricta que deben desarrollar. Surge aquí la idea de *suspensión*, concepto empleado por el derecho positivo en general, pero que en realidad debiera recibir un acotamiento técnico que lo limite a supuestos específicos.

mayoría de actos se deben cumplimentar en el horario de funcionamiento de los tribunales, y siendo este de apenas seis horas diarias, demuestra un contrasentido con lo declamado, y evidencia una actuación contraria a los principios que postula.

Observado desde el plano económico, la inversión de tiempo útil respecto de resultados alcanzados es francamente pobre y totalmente distanciado de una media razonable que pondere, al menos, satisfacciones parciales.

144.2 El horario de actuación y las ferias judiciales

El horario de trabajo que establecen los tribunales de la nación es diferente. A veces se tiene en cuenta la zona geográfica, otras se cobijan en cuestiones sindicales que reducen a seis horas (6 hs) formales cumplidas en horarios de la mañana; también se fracciona el horario de atencion al público respecto del trabajo dentro del juzgado; en fin, las variaciones son de registro desigual, pero todas coinciden en la crítica que reciben.

> La Corte Suprema –dispone el art. 6º del Reglamento para la Justicia Nacional– establecerá el horario para el funcionamiento de los tribunales nacionales de la Capital Federal. Para los tribunales del interior del país regirán los horarios que establezcan las respectivas cámaras nacionales con aprobación de la Corte Suprema. El horario no podrá ser inferior a seis horas, sin perjuicio de la prolongación o disminución que, con carácter general, pueda disponerse por la Corte Suprema o las cámaras nacionales de apelaciones con aprobación de aquélla, o accidentalmente, por los tribunales o jefes de las oficinas que lo requieran.[723]

Faltaríamos a la verdad si afirmamos que en estas horas se realiza toda la actividad judicial, pero es cierto que la tarea de abogar

723. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 61. En la primera edición de esta obra dice: "En la actualidad (1977) rigen las acordadas de fechas 13 de junio y 2 de noviembre de 1950: la primera, aparte de declarar feriado judicial a los días sábado, fijó para los tribunales de la Capital Federal el horario de 11.30 a 18.00 horas; la segunda introdujo una modificación respecto de los meses de verano, y dispuso que desde el 15 de noviembre al 15 de marzo, ambos inclusive, las oficinas de los tribunales de justicia de la Capital Federal permanecerán abiertas al público de lunes a viernes de las 07.00 hasta las 13.00 horas, debiendo las respectivas cámaras de apelaciones introducir, para los tribunales del interior del país, las modificaciones necesarias en los horarios matutinos, comunicándolas de inmediato a la Superintendencia de la Corte".

y las diligencias que partes y terceros suscitan en audiencias, deben concretarse en ese tiempo.

Consecuencia inmediata es que la concentración resulta imposible, porque por más empeño que se ponga, las declaraciones de testigos, el interrogatorio entre partes, la absolución de posiciones, la audiencia preliminar, las entrevistas de conciliación, etcétera, por disposición expresa del Código deben celebrarse ante el juez o el secretario (y esto se reclama como un deber del oficio bajo pena de nulidad del acto, en caso de incumplimiento), obligando al juzgado a sortear el obstáculo normativo haciendo el trabajo amparado en un juego de ficciones.

Los plazos y términos son parte del objetivo de celeridad, pero no pueden llevar al extremo de pagar un precio demasiado costoso para lograrlo. De hacerlo, se vuelve real aquella afirmación hecha al tiempo de sancionarse el Código Procesal de la Ley N° 17454: *se ha creado un Código para el infarto*.

> La Corte de la Nación expresa con naturalidad que los plazos deben ser *razonables*, en forma tal que no impliquen un impedimento serio para el adecuado ejercicio del derecho de defensa (Fallos, 255:72), sin advertir que el problema no asienta en la dimensión temporal que se permite para concretar la actividad útil en el proceso, sino en la restricción horaria que ha llevado a dividir las actuaciones en dos planos diversos: el de lo formal que se concreta en el expediente; y el real que espera en la trastienda la oportunidad para su alegación.

En períodos vacacionales el artículo 2°, Reglamento de la Justicia Nacional, texto conforme Acordada 58/90 del 9 de octubre de 1990 establece:

> Los tribunales no funcionarán durante el mes de enero, la feria de julio, los días domingo, los que no sean laborables y los que el señor presidente de la Corte Suprema o el ministro que este designe declare feriados judiciales. Los tribunales nacionales del interior del país tampoco funcionarán los días señalados no laborables por los respectivos gobiernos.

Además, la Acordada de fecha 13 de junio de 1950, de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mantiene el sábado como *día feriado* con carácter general y permanente.

Hurgando antecedentes de estos períodos vacacionales no encontramos más fundamentos que la reproducción del precepto contenido en la vieja Ley de Enjuiciamiento Civil española que inspira nuestro

sistema procesal repitiendo la idea del período ordinario de actividad de los tribunales, el inicio formal y solemne del año judicial (previsto en el RJN pero suspendido por Acordada del 7 de diciembre de 1955), el horario limitado, etcétera.

Para Riba Trepat

> … el horario de trabajo de los tribunales supone un quebranto a las garantías de acceso a los órganos judiciales, y también una dejación de tiempo por parte de los máximos órganos de gobierno del Poder Judicial. Y es que este se debate en el tema entre dos disyuntivas: su función de juzgar y de proteger el valor justicia –que no conoce horarios–, y el carácter funcionarial de las personas a él adscritas.[724]

Si la actividad judicial se observara como actividad empresarial y a los justiciables se los considerara consumidores del servicio, sería evidente el desatino del tiempo empleado para "hacer justicia", toda vez que la única urgencia reconocida es para los asuntos discrecionalmente habilitados, mientras que las demás angustias que se debaten en los tribunales vacacionan por lapsos demasiado extensos para los tiempos menesterosos de mejores realidades.

En tren de formular propuestas, la celeridad interna del litigio podría conseguirse aprovechando la totalidad de las horas del día (que fue el criterio rector para considerar la habilidad del tiempo en el proceso), organizando la tarea judicial sin recargar tareas a funcionarios y empleados, y por supuesto, eliminando los largos períodos de vacaciones, que bien pueden aplicarse por semanas sin paralizar en ningún momento la actividad judicial.

144.3 Los plazos y términos para el ejercicio de la función jurisdiccional

Los plazos procesales se estudian desde ópticas distintas, permitiendo alcanzar conclusiones igualmente diferentes conforme el ángulo de observación analizado.

Una de estas variables consiste en dividir los plazos en *propios* e *impropios*. Los primeros se dirigen al interesado que plantea pretensiones

724. Riba Trepat, Cristina, *op. cit.*, p. 265.

ante la jurisdicción, a quien se lo somete a exigencias de tiempo, espacio y forma que se amparan bajo el principio de legalidad instrumental.

Los llamados plazos *impropios* son aquellos destinados al órgano judicial que interviene resolviendo la controversia. Estos tiempos no tienen control de las partes, ni determinan consecuencias graves (como sí ocurre con los plazos propios) porque la mayor sanción que reciben son disciplinarias o económicas.

De este modo, los períodos que transita la actuación judicial se convierten en una herramienta propia del doble discurso que tiene el principio de celeridad procesal. Mientras al abogado se lo sanciona con la pérdida del derecho o la caducidad de la instancia, al juez simplemente se lo amonesta.

Explica Ramos Méndez que

> … es útil distinguir entre los plazos *impropios*, que por regla organizan la actividad jurisdiccional (plazos para notificaciones, señalamientos, dictar las resoluciones, etc.), de los plazos *propios*, que regulan la actividad de las partes en el proceso. La inobservancia de los primeros genera tan solo responsabilidad disciplinaria: Dicho evento será corregido disciplinariamente según la gravedad del caso, sin perjuicio del derecho de la parte agraviada para reclamar la indemnización de perjuicios y demás responsabilidades que procedan.[725]

La ambivalencia se refleja en los efectos que tiene el incumplimiento de los tiempos legalmente previstos. Para las partes los plazos son perentorios y fatales, mientras que los términos precluyen sin posibilidad de repetición; en cambio, el órgano jurisdiccional solamente recibe sanciones disciplinarias que se eluden o derivan hacia el Secretario u otros funcionarios o empleados, siendo el juez únicamente la custodia formal prevista por el artículo 34 inciso 5º en sus distintos apartados, del Código Procesal nacional.

Recién con la sanción de la Ley N° 25488 se dispusieron modificaciones de otro tipo, que inciden en la consideración de idoneidad, o en la afectación del patrimonio (*hasta un 15% de su remuneración básica*, dice el art. 167 inc. 2º, párrafo tercero) cuando la sentencia se pronuncie fuera de los plazos previstos.

725. Ramos Méndez, Francisco, *El Sistema Procesal Español, op. cit.* p. 283.

No obstante, la estructura formalista del proceso civil, sostenida por principios que necesitan renovarse (como el dispositivo, entre otros) mantiene la idea de que al comienzo de este trabajo se enunció:

"Si son las partes quienes dinamizan el impulso procesal, no puede el juez estar obligado a realizar lo que las partes no concretan". Una vez más, aparece en el discurso procesal el error de encontrar responsabilidad por la conducción del proceso y el impulso que el mismo merece.

En síntesis: plazos y términos constituyen una estructura anquilosada que no respeta las nuevas consignas fundamentales del derecho a contar un proceso rápido y expedito (art. 43, Constitución Nacional argentina), ni tiene presente el mensaje de Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos que reclaman un proceso breve, sencillo y eficaz.[726]

145. Los Tratados y Convenciones Internacionales

El establecimiento del derecho a ser oído dentro de un plazo razonable, es decir, a no postergar *sine die* la garantía de acceder a los tribunales; y a resolver las diferencias dentro de un tiempo útil y efectivo, vale decir, conservando el interés en llegar a una sentencia justa dirimente del conflicto, aparece consagrado en distintos Tratados y Convenciones Internacionales.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre establece que

> … toda persona puede ocurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente (art. XVIII - Derecho de Justicia).

726. Riba Trepat, Cristina, *op. cit.*, p. 258. Magníficamente resume que, el plazo, por sí mismo, no presenta elementos suficientes como para sustentar una clasificación más allá de consideraciones superficiales, pues lo verdaderamente significativo es la respuesta del ordenamiento jurídico ante la verificación de una actuación procesal que carece de regularidad temporal. Otra cosa es que, por ser los actos de parte predominantemente potestativos, sea la ineficacia la consecuencia propia de la inobservancia de los plazos que les afectan, de modo que la responsabilidad subjetiva recae fundamentalmente sobre el órgano jurisdiccional, que es quien tiene que cumplir con la obligación de resolver, y de hacerlo en el tiempo que marca la ley.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos, por su parte, contiene varias disposiciones. Entre ellas se dice que *toda persona tiene derecho a un recurso efectivo (art. 8)*; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado en nuestro país por la Ley N° 23313, establece que

> … el país se compromete a garantizar a toda persona, cuyos derechos o libertades reconocidos por el Pacto, se hubieran violado, un recurso efectivo, que podrá presentar ante las autoridad competente en condiciones tales que no se pueda frustrar el derecho que se protege (art. 2. apartado 3, incisos a, b y c).
> Asimismo, contiene el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas.

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), con el mismo sentido y preocupación dispone en el artículo 8º (garantías judiciales) que

> 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 a la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulado contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter…

Además queda establecido el parámetro del recurso sencillo y rápido como mecanismo procesal prometido como amparo contra los actos que violen cualquiera de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución o en la Convención (art. 25).

La función de garantía que el proceso adopta, se expresa también en la Convención sobre los Derechos del Niño, cuyo art. 40 reproduce en parte las condiciones mínimas establecidas, agregando importantes instituciones como el abogado del niño (art. 37).

Vinculando normas con derecho judicial no pueden descartarse las opiniones consultivas de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, pues ellas han dejado bien establecido que la garantía del recurso sencillo y eficaz que todo Estado debe tener para la protección efectiva de los derechos fundamentales, no basta con encontrarlo prescrito en una ley formal o en la misma Constitución, sino que sea auténticamente posible.

En resumen, si tenemos en cuenta que el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional establece la complementariedad de estos

tratados y convenciones supranacionales con las garantías y derechos reconocidos en la primera parte de la ley superior, queda demostrado que todas las garantías enumeradas deben formar parte de los mínimos requeridos para el debido proceso legal.

Para comprender con mejor definición cómo se articula el derecho a tener resuelto un proceso judicial en un *plazo razonable*, es conveniente recordar la doble lectura que tiene el artículo 18 de la Constitución Nacional, de modo tal que por una parte deben analizarse las condiciones previstas para la seguridad personal y la defensa individual; y por otra, las garantías que en todo proceso judicial deben mantenerse vigentes.

145.1 Derecho subjetivo a obtener sentencia en un plazo razonable

Los tratados y convenciones sobre Derechos Humanos, sumado a la interpretación jurisdiccional que de ellos realizan los tribunales supranacionales, además de la influencia que ejercen los organismos internacionales y la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, todos en conjunto, concitan un llamado a modificar la tradición conceptual del derecho de defensa para aumentar la garantía hacia un calificación más amplia del *debido proceso*.

Conseguido, el derecho a tener cumplido el proceso en un plazo razonable se convierte en una garantía concreta, y en derecho exigible sujeto a reparaciones cuando se viola el precepto.

Este proceso no ha de ser un simple procedimiento tomado de los ordenamientos procesales; es preciso reformular el método y la ideología, con el fin de propiciar la eficacia del servicio jurisdiccional a través de un proceso sin restricciones (legitimación amplia, prueba conducente y efectiva, sentencia útil y motivada); y de lograr que el enjuiciamiento llegue en su tiempo, que no es otro que el de los intereses que las partes persiguen cuando ponen el conflicto en conocimiento de los tribunales. De alguna manera es una reconversión del derecho subjetivo, que conservando la noción de tutela perseguida, exige de ahora en más que la protección (la sentencia) llegue oportunamente; es decir, cuando se necesita seguridad y certidumbre, sin haber perdido en el recorrido el interés de los justiciables.

Se propicia trabajar los conceptos en armonía, porque de no hacerlo, cualquier infracción al tiempo sería una manifestación supuestamente irrazonable, lo que no es cierto porque tal derivación supone propiciar una condena al órgano judicial y/o al Estado, ante la simple infracción formal.

Además, la estructura de los procedimientos y la materia con la que se trabaja no se pueden eludir, en la medida en que es muy distinta la prioridad que merece una controversia privada respecto de una crisis constitucional; así como no es lo mismo un robo de gallinas que un lavado de dinero.

145.2 El plazo razonable en la jurisprudencia del sistema interamericano

La Corte Interamericana ha establecido que los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce.

Según el artículo 8.1 de la Convención: *Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable...*

Esta disposición de la Convención consagra el derecho de acceso a la justicia. De ella se desprende que los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precepto.

> A pesar que la Convención no ha aclarado el alcance de la expresión "plazo razonable" existen muchísimos antecedentes en la jurisprudencia de órganos internacionales de acuerdo con los cuales se ha considerado, a la luz de las circunstancias particulares de cada caso, los siguientes criterios: a) la complejidad del litigio; b) la conducta de los demandantes y

de las autoridades judiciales y, c) la forma como se ha tramitado la etapa de instrucción del proceso.[727]

727. CIDH, Dictamen de la Comisión del 15/10/ 1996, *in re* "Gral. Gallardo, Jose Francisco", Informe 43/96.
Con respecto a la *complejidad del litigio*, los delitos que se le imputan al General Gallardo son los de malversación, destrucción de lo perteneciente al Ejército y enriquecimiento ilícito. En relación a esto el Código de Justicia Militar establece en su artículo 616 que: *La instrucción se practicará a la brevedad posible, a fin de que el procesado sea juzgado antes de cuatro meses si se tratare de delitos cuya pena no exceda de dos años de prisión y antes de un año si la pena excediere de ese tiempo, salvo que solicite mayor plazo para su defensa*. Los delitos de malversación, de destrucción de lo perteneciente al Ejército y de enriquecimiento ilícito, son de aquellos que su pena excede de dos años de prisión, por lo que de conformidad con el citado artículo el General Gallardo ha debido ser juzgado en el lapso de un año, pues de autos no consta que este haya solicitado mayor plazo para su defensa. La Comisión observa que la misma legislación mexicana de una manera objetiva ha establecido los parámetros de complejidad de los casos, colocando como criterio de distinción la gravedad de la pena. Sin embargo, aunque esta Comisión analizase la complejidad de los casos de manera individual, *se estima que dos años y medio sobrepasa el plazo razonable*.
En relación a la *conducta de los demandantes*, en el presente caso al General Gallardo lo han tenido en todo momento en circunstancias de expectativa y de inseguridad jurídica, pues luego de haberse declarado cerrada la averiguación N° 28/89, la misma fue reabierta años más tarde e instruida la causa, y encontrándose detenido en el campo militar N° 1 de la Ciudad de México, se le instruyó otra, razones por las cuales se encuentra actualmente detenido. Asimismo de autos se desprende que el General Gallardo ha aportado en el curso de los procesos en mención la debida colaboración para el esclarecimiento de los mismos.
Con respecto a la *conducta de las autoridades judiciales*, la Comisión considera que el comportamiento del tribunal no ha sido diligente, pues en la causa penal N° 2949/93, instruida luego de 5 años de cometido el presunto hecho, han pasado 2 años y medio sin obtenerse una decisión, y en la causa penal N° 2389/94, instruida encontrándose este detenido, ha pasado un año y medio sin tampoco obtenerse alguna decisión.
En consideración al último punto, es decir a la *tramitación de los litigios en la etapa de instrucción*, como ya se ha señalado en los puntos 6 y 7, la instrucción debe realizarse a la brevedad posible para que, como en este caso, el procesado sea juzgado en un plazo de un año. *Si el plazo establecido por el Código de Justicia Militar para que se decidan las causas de este tipo es de un año, el plazo para la tramitación de la etapa de instrucción debe ser mucho menor*; sin embargo, en las últimas informaciones que ha obtenido la Comisión, consta que las dos causas por las que se encuentra procesado el General Gallardo todavía se encuentran en esta etapa. Asimismo, tampoco se ha obtenido información sobre complicaciones anormales de las causas durante su instrucción.
Asimismo, el artículo 8.2 de la Convención Americana señala que *toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presume su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...*
En este sentido, como ya bien se ha señalado, el hecho de que se hayan abierto una cantidad considerable de averiguaciones y de causas penales, que haya existido una sucesión de juicios seguida a una declaración de inocencia, que los mismos afecten a

Conviene sintetizar las opiniones e informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, y otros organismos con jurisdicción supraestatal para observar cómo se dan los cambios en las exigencias temporales del debido proceso.

El punto inicial fue adoptar como criterio general el establecimiento de un derecho subjetivo a tener sentencia en un plazo razonable; y para ello, al contemplar los casos penales que fueron considerados, se dijo que el proceso penal debe quedar librado de dilaciones indebidas.

El 1° de marzo de 1996, la Comisión emitió un informe relacionado con la República Argentina, donde se resuelve un caso que versa sobre la interpretación de varias disposiciones de la Convención. En primer lugar, se establece qué supone *ser juzgado dentro de un plazo razonable*, en el contexto del artículo 7.5 de la Convención. En particular, si en el caso la privación de libertad prolongada sin condena dejó de ser razonable. Otra cuestión fue determinar si dicha privación de libertad, más allá de un plazo razonable, es o no una violación del principio de presunción de inocencia recogido en el artículo 8.2. Asimismo, la Comisión estimó si la detención prolongada del señor *Gimenez* vulneró también su derecho a un juicio dentro de un plazo razonable conforme el artículo 8.1 de dicha Convención.

Con dicho encuadre, estudió las disposiciones procesales internas y, en particular, el artículo 701 del Código de Procedimientos en Materia Penal, que previene que

> … todas las causas deben terminarse completamente dentro de los dos años; pero no tuvo en cuenta las demoras resultantes de las peticiones de las partes, los procedimientos relacionados con oficios o cartas rogatorias, declaraciones de testigos o expertos u otros trámites necesarios cuya duración no dependiera de la actividad del juzgado.[728]

---

una misma persona, que esa persona haya sido absuelta en todas las causas que hasta el momento se han decidido, y que actualmente se encuentre detenido, hace presumir a la Comisión que se ha violado el derecho a la presunción de inocencia del General Gallardo, mediante la utilización de los órganos de la justicia militar.
En conclusión, la Comisión consideró que al General José Francisco Gallardo se le han violado los derechos a las garantías y a la protección judicial estipulados en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

728. El Gobierno argumentó que el término de dos años que estipulan los artículos 379.6 y 701 constituyó la base para "un plazo razonable" que guarda relación con las garantías establecidas en el artículo 7.5 de la Convención. Sin embargo, se le dijo que

En definitiva, se establece que no se puede constituir en forma abstracta el "plazo razonable" de prisión sin condena y, por lo tanto, contradice el punto de vista expresado por el Gobierno de que el plazo de dos (2) años que estipula el artículo 379.6 encierra un criterio de razonabilidad que guarda relación con las garantías que ofrece el artículo 7.5 de la Convención.

La Comisión ha mantenido siempre que para determinar si una detención es razonable, se debe hacer, inevitablemente, un análisis de cada caso. Sin embargo, esto no excluye la posibilidad de que se establezca una norma que determine un plazo general más allá del cual la detención sea considerada ilegítima *prima facie*, independientemente de la naturaleza del delito que se impute al acusado o de la complejidad del caso. Esta acción sería congruente con el principio de presunción de inocencia y con todos los otros derechos asociados al debido proceso legal.[729]

Finalmente quedó dicho que el interés del Estado en resolver presuntos casos penales no puede contravenir la restricción razonable de los derechos fundamentales de una persona. Esta preocupación –menciona el informe– está presente en la legislación argentina que regula los límites en los plazos de los procesos penales. En este sentido, es esencial tomar nota de que la detención preventiva se aplica solo en casos excepcionales y que su duración se debe examinar a fondo, especialmente cuando el plazo es superior al límite que estipula la ley para todo el proceso penal. La detención sin condena puede no ser razonable aunque no exceda dos años; al mismo tiempo, dicha de-

dichas leyes no podían tener una interpretación que llevara al uso de la palabra "podrá" como una consagración de facultades judiciales antes que constituir una verdadera obligación de conceder la libertad a un acusado que está bajo prisión preventiva. Por tanto, la denegación de la excarcelación en la creencia del Estado era un espacio discrecional del Juez, que se revierte con la opinión que emana de la Comisión.

729. CIDH, Informe N° 12/96, "Jorge A. Gimenez v. Argentina", 01/03/1996. Aunque la Comisión concuerda con el Gobierno que el artículo 701 del Código de Procedimientos en Materia Penal no implica necesariamente una excarcelación automática cuando se trata de detención preventiva, cualquier detención preventiva que se prolongue más allá del plazo estipulado debe ser considerada ilegítima *prima facie*. Esto guarda relación con el razonamiento de que la interpretación de una norma que autoriza la excarcelación de un prisionero no puede conducir a una detención sin sentencia más prolongada que el plazo considerado razonable en el Código de Procedimientos para todo el proceso judicial.

tención puede ser razonable aun después de cumplido el límite de dos años que estipulan los artículos 379.6 y 701.[730]

De lo anterior se desprenden dos conceptos importantes en lo referente al problema del "plazo razonable": primero, que no es posible establecer un criterio *in abstracto* de este plazo, sino que este se fijará en cada caso una vez vistas y valoradas las circunstancias procesales correspondientes.

En este alcance la Comisión acoge el punto de vista de que el Estado Parte aludido "no está obligado (por la Convención) a fijar un plazo válido para todos los casos con independencia de las circunstancias". En esto concuerda también la Corte Europea.

> Más o menos sobre la misma base fáctica, ya se había establecido una pauta distinta, porque en el caso de *Mario Eduardo Firmenich* consideró la situación del Estado en lugar del cómputo mecánico de los plazos. Se dijo allí que la libertad no puede ser concedida sobre el plano de una simple consideración cronológica de años, meses y días. Así se ha explicitado también la Corte Europea, quedando el concepto de "plazo razonable" sujeto a la apreciación de "la gravedad de la infracción", en cuanto a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable.[731]

Tiempo después, se afirmó que la protección judicial que reconoce la Convención comprende el derecho a procedimientos justos, imparciales y rápidos, que brinden la posibilidad, pero nunca la garantía de un resultado favorable. En sí mismo, un resultado negativo emanado de un juicio justo no constituye una violación de la Convención.[732]

La conclusión que precede tiene una gravitante trascendencia porque limita el cuadro de intervención y fija la competencia de revisión que ejerce. En este aspecto, repite en el informe citado que en las sociedades democráticas, en que los tribunales funcionan en el marco de un sistema de organización de los poderes públicos establecido por la Constitución y la legislación interna, corresponde a los tribunales competentes considerar los asuntos que ante ellos se plantean. Cuando es evidente que ha existido la violación de uno de los derechos protegidos por la Convención, la Comisión tiene competencia para entender en el caso.

730. Ídem.

731. CIDH, Informe Nº 17/89, "Firmenich, Mario", 13/04/1996.

732. CIDH, Informe, Nº 39/96, "Marzioni v. Estado Argentino", 15/10/1996.

Por eso, la Comisión está plenamente facultada para fallar con respecto a supuestas irregularidades de los procedimientos judiciales internos que den lugar a manifiestas violaciones del debido proceso o de cualquiera de los derechos protegidos por la Convención.[733]

En definitiva, un análisis de cualquier denuncia por parte de la Comisión, y una ulterior decisión sobre el fondo del caso, requerirían que la misma actuara como una cuarta instancia cuasi-judicial, o tribunal de alzada de derecho interno, con respecto a la sentencia definitiva dictada por las autoridades judiciales argentinas; lo que se considera improcedente cuando no se advierten violaciones a los Derechos Humanos.

Como se aprecia, no hay pautas directas en la jurisprudencia interamericana, las que sí serán señaladas al considerar el concepto de *dilaciones indebidas* en el proceso penal.

145.3 El plazo razonable en los tratados y convenciones de Europa

A diferencia de Latinoamérica donde es común reunir varias competencias en una misma jurisdicción, en Europa lo civil se distancia de lo administrativo, como difiere de lo constitucional y lo comunitario, por citar solo algunos ejemplos.

La diversidad de ordenamientos genera también un tratamiento singular respecto a las dilaciones que se encuentren en cada mecanismo procesal, por eso se ha dado tanta importancia a lo que ocurre con el proceso penal.

Bien apunta Gimeno Sendra que

> … ciertamente, cuando las dilaciones indebidas inciden sobre el derecho a la libertad, el celo del juzgador a la hora de reparar dicho derecho ha de ser mucho mayor, puesto que, tal y como declara el propio Tribunal Constitucional, "cuando se juzga en materia penal o desde otro orden,

733. Ídem. Esa práctica ha sido explicada del modo siguiente: "No obstante, cuando la Comisión declara que una petición es manifiestamente infundada, en realidad se pronuncia sobre el fondo del asunto, basándose en un examen *prima facie* de los hechos aducidos y del fundamento de derecho expresado. Por otra parte, quienes elaboraron la Convención procuraron, de hecho, conferir a la Comisión la función de tamiz del gran número de peticiones que se preveía. La competencia de la Comisión de desestimar las peticiones manifiestamente infundadas, a los efectos de no seguir tramitándolas, parecería congruente con ese objetivo de economía procesal".

> en materia de derechos a los que el constituyente ha asignado una preferencia, la idea de plazo razonable tiene otros componentes y otras exigencias. Mientras un proceso, más allá de ciertos límites temporales, puede generar un rechazo claro cuando se trata de materia penal, no lo es cuando la demora se da en otras materias".[734]

El plazo razonable se comprende en Europa a partir de las dilaciones indebidas. La Corte Europea de Derechos Humanos (CEDH) originó una amplia cobertura jurisprudencial que interpreta el art. 6.1 de la Convención, habiendo dictado más de un centenar de sentencias.

Hay que observar que estos pronunciamientos analizan la garantía del plazo razonable en el contexto de los tribunales administrativos y judiciales nacionales, y pensando inclusive en que el mismo procedimiento ante el tribunal debía ser simplificado a tono con las exigencias que a los demás se recomendó.

En lo que respecta al debido proceso legal, el artículo 6.1 citado sostiene:

> … que toda persona tiene derecho a que su causa sea vista equitativa y públicamente en un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial establecido por la ley, que decidirá sea sobre sus derechos y obligaciones civiles, sea sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella.

El tratamiento tiene larga data. Entre ellos el caso "Wemhoff" resuelto el 27 de junio de 1968, versa sobre el tiempo de prisión preventiva y su impacto en la extensión misma del procedimiento para la determinación de los hechos punibles. Fue así que la Comisión Europea de Derechos Humanos consultó sobre el alcance de la expresión "razonable", y desde entonces se forjó la doctrina de los "siete criterios", de los cuales resultaría la razonabilidad o no del plazo; los primeros tres relativos a la detención provisional y los últimos cuatro referidos específicamente al plazo razonable. De estos criterios nos ocupamos más adelante.

En el caso "Neumeister" del 27 de junio de 1968, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desecha aplicar esta doctrina, reiterando la oposición que había anticipado; así hasta llegar al caso "Stögmüller" del 10 de noviembre de 1969, que ratifica la imposibilidad de traducir cuál es el tiempo del plazo razonable.

734. Gimeno Sendra, Vicente, *Constitución y Proceso*, *op. cit.*, p. 144.

> Tiempo después se pronuncia en resonadas causas, como los casos "König" del 28 de Junio de 1978 (Serie A nº 27), "Buchholz" del 6 de mayo de 1981 (Serie A nº 42), "Zimmermann" y "Steiner" del 13 de Julio de 1983 (Serie A nº 66), "Baraona" del 8 de Julio de 1987 (Serie A nº 122), donde comienza a elaborar una teoría sobre las dilaciones indebidas.
> El caso "König"[735] fallado por el Tribunal de Estrasburgo (CEDH) pone en claro que el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe aplicarse en cada caso y de acuerdo con sus circunstancias a cuyo fin se toman como pautas la complejidad del asunto, el comportamiento del demandante y la manera en que el problema fue llevado por las autoridades administrativas y judiciales.

El primer aspecto se mide en relación con la mayor o menor sencillez del tema conflictivo, de manera que la dificultad para el esclarecimiento depende del tipo de asunto a considerar.

Estos inconvenientes pueden asentar en la complejidad de la prueba; en la imposibilidad de practicar notificaciones personales imprescindibles; en cuestiones prejudiciales que dejan latente la continuidad de las actuaciones, etcétera. Sin embargo, como se comprenderá, estas son contingencias procesales que no alteran el conocimiento jurisdiccional, porque se trata de dilaciones probables y no de demoras injustificadas.

Por eso, la precisión se busca a partir del complejo mundo de situaciones que el juez debe resolver.

La conducta procesal de las partes se confronta en su comportamiento activo y pasivo. Es decir, en las maniobras utilizadas para dilatar sin causa el procedimiento, obligando a demoras inusitadas; o a través de alegaciones inconducentes que evidencian la conciencia de obrar sin derecho.

Esta forma de prolongar sin razones puede castigarse en la misma sede jurisdiccional por las medidas sancionatorias a la conducta desleal y artera o temeraria y maliciosa. No obstante, la pasividad de

735. El caso "König" se refiere a la situación de un médico que, sancionado disciplinariamente por el colegio profesional al que pertenece (faltas éticas) tuvo como consecuencia la condena impuesta por un tribunal administrativo de Alemania retirándole la autorización para funcionar de la clínica que le pertenecía. Se recurren ambas resoluciones en 1967 y 1971 respectivamente, para llegar a la CEDH denunciando la excesiva duración del procedimiento. En 1978, se dicta sentencia y se reconoce la dilación indebida al encontrar injustificada la suspensión del trámite por espacio de 21 meses, entre otros aspectos.

los jueces que con su tolerancia propician el descontrol, admiten prever el supuesto de procesos demorados a causa del tribunal.

En efecto, la disposición puesta a nivel constitucional pretende conseguir la eficacia del servicio jurisdiccional de manera que las demoras inusuales injustificadas puedan generar responsabilidades civiles, esto es, pretensiones indemnizatorias que reparen el daño efectivamente adquirido por la tardanza del tribunal.

En palabras de Gimeno Sendra:

> ... conviene remarcar aquí que, si bien el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ofrece un marcado carácter instrumental con el derecho a la tutela, por cuanto el exceso de tiempo puede producir una satisfacción platónica a las partes litigantes, tampoco es menos cierto que el derecho fundamental del artículo 24.2 constituye un derecho autónomo y distinto al de la tutela, cuya infracción ha de ocasionar el nacimiento de la oportuna pretensión de resarcimiento.[736]

En el caso "Buchholz" se dijo que el plazo razonable se mide en proporción con el entorpecimiento pasajero de las tareas que el tribunal debe remediar con la presteza debida.[737] Si las demoras provienen de sucesivos requerimientos del interesado, la dilación injustificada se torna con causa, de manera que aunque transcurra un tiempo demasiado prolongado hasta llegar a la sentencia definitiva, no se puede descartar que en ese tránsito procesal fatigoso y pausado haya tenido seria influencia la conducta de la parte.

Uno de los precedentes más renombrados fue "Zimmermann y Steiner", donde estos dos ciudadanos de Suiza demandan al Estado a consecuencia de las demoras sufridas en el proceso que habían entablado contra el Cantón de Zurich, reclamando indemnización por los daños y perjuicios que les provocaba el ruido y la polución del aire como consecuencia del tráfico del aeropuerto cercano a sus respectivos domicilios.

736. Gimeno Sendra, Vicente, *Constitución y Proceso*, *op. cit.*, p. 144.

737. En esta causa el problema que se trataba era el reclamo que hizo el actor por la larga tramitación que tuvo el procedimiento judicial seguido ante los tribunales laborales de Alemania, a raíz del despido que padeció. Si bien las demoras eran, esencialmente, de la segunda instancia, se estimó que en gran medida ellas fueron producto de determinadas cuestiones que el mismo demandante había propuesto. Además, el Tribunal de Estrasburgo expresó en su sentencia que no se podía olvidar que las demoras procedimentales sucedieron en un período durante el cual la República citada estaba inmersa en una aguda crisis económica que había aumentado notablemente el volumen de conflictividad.

En ese expediente, al no poderse llegar a un acuerdo amistoso, las autoridades resolvieron someter las propiedades de los demandantes a un procedimiento de estimación de valores con el fin de expropiarlos. De todos modos, tras una larga tramitación, se decidió que la pretensión era de contenido moral y no material, de manera que no era procedente aplicar la ley federal de expropiación.

Estas actuaciones se suscitaron ante jueces con jurisdicción administrativa, y el recurso se articuló ante el Tribunal Federal, que al conocer de la queja, sostuvo que

> ... según las estadísticas facilitadas por el gobierno, de 1969 a 1979, el número total de recursos pasó de 1629 a 3037, es decir que el aumento fue del 86 por ciento. La tasa de crecimiento supone el 107 por ciento para los recursos de derecho público (1.336 contra 634), y alcanza incluso al 318 por ciento para los de derecho administrativo (590 contra 141).

Con este argumento pretendió solapar la lentitud procesal.

La CEDH terminó por resolver que si el propio tribunal federal había tomado medidas de orden práctico para hacer frente a la situación que lo abrumaba, debía considerarse ese gesto de voluntad. Por ello, si estaban convencidos de que la tramitación de los litigios por orden cronológico produciría injusticias graves, adoptando en su lugar el temperamento o sistema denominado *triage* o *sorting*, fundado en el grado de urgencia y en las implicancias de cada asunto, podían tener un fundamento contrario al que se les denunciaba.

> No obstante, en el fallo del 13 de Julio de 1983 se fijan los criterios para encontrar dilaciones indebidas. De este modo se analiza: a) *la complejidad del asunto*, diciendo que el mismo Estado había reconocido que el problema no era complejo; b) *la conducta de los demandantes*, que demostraba su falta de participación en las causas que motivaron las demoras, y c) *la conducta de las autoridades Suizas*, donde si bien se había invocado el precedente *Buchholz* para excusar responsabilidades, la diferencia era manifiesta, pues mientras en aquél el tránsito por varias instancias indicaba un devenir apropiado aunque lento, en el presente solamente había un largo y único período de completa pasividad que no encontraba justificación por circunstancias excepcionales.

Finalmente, la cita estadística aun cuando fue considerada, se advirtió que existía inacción del tribunal para revertir ese cuadro que,

antes que afectar al proceso en sí mismo, provocaba una clara afectación en la estructura judicial.

En el caso "Baraona" se dio la misma extensión de plazos, con la diferencia que esta vez el alongamiento se produce por las reiteradas peticiones del Ministerio Público en pos de lograr ampliaciones de tiempo para cumplir determinadas diligencias procesales.

La CEDH sostiene que, aun cuando la legislación interna permita al Estado demandar una prórroga de plazos, no excluye su responsabilidad por los retardos resultantes, ya que hubiese podido renunciar a solicitar esas prórrogas, o el juez, rechazarlas.

145.4 El plazo razonable en la interpretación de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

Es verdad que la noción de plazo razonable es novedosa, lo cual no obsta a encontrarla presente en las Convenciones y Tratados que se han referido, los que permanecieron ocultos o solapados como simples programas de acción, hasta el resurgir de la democracia en las últimas décadas del siglo XX.

No obstante, la Corte federal argentina se refirió a ella al fallar la causa "Mattei" el 29 de noviembre de 1968,[738] cuando considera el impacto del tiempo en el derecho de defensa en juicio.

En aquella se había resuelto una nulidad procesal que obligaba a retrotraer el expediente a la etapa instructoria. La anulación de todo lo hecho llevó a sostener que la seguridad jurídica y la necesidad de una administración de justicia rápida, dentro de lo razonable, imponían la vigencia de los principios de progresividad y preclusión procesales, conforme a los cuales, un proceso solo podía ser retrogradado a etapas anteriores cuando sus actos previos no hubieran sido válidamente realizados.

Elabora aquí la teoría del "paralelogramo de las nulidades" después ampliada en la causa "Frades",[739] donde concreta el principio de preclusión de los actos regulares siempre que se hubieran cumplido las formas sustanciales del juicio.

738. CSJN, Fallos: 272:188.

739. CSJN, Fallos: 312:2434.

En 1976 la Corte resuelve en "Villada de García":[740]

> … si la investigación de los delitos presuntamente cometidos se ha desarrollado en forma morosa, no parece solución acorde con un correcto y eficiente servicio de justicia, dictar un sobreseimiento definitivo en la causa, sino por el contrario, es menester tomar las medidas conducentes para acelerar los trámites y llegar así a determinar con certeza la verdad.

No se relaciona estrictamente con el tema, pero puede observarse cómo se decide continuar hasta el final, pese a las demoras del sumario de investigación, con el fin de dar mayor seguridad al imputado.

En cambio en el caso "Pileckas" del 12 de mayo de 1977[741], vuelve los pasos sobre la doctrina de "Mattei", y declara como derecho constitucional implícito en el derecho de defensa el deber de resolver la situación del imputado tan rápido como sea posible. Poco tiempo después, el 7 de julio de 1977, decide en la causa "Klosowsky" evitar que una nulidad del proceso pueda incidir en la duración del proceso, repitiendo el derecho a ser juzgado en forma rápida. Lo mismo reitera en "Mozzatti" del 17 de octubre de 1978[742], que llevaba más de veinticinco (25) años de tramitación.

En esta senda, por vez primera el Alto Tribunal acepta que la duración excesiva representa por sí misma una pena para los acusados, expresándolo en los siguientes términos:

> Las personas sometidas a este proceso, además de haber estado detenidas por distintos lapsos, durante todo el resto de la sustanciación vieron indiscutiblemente restringida su libertad con las condiciones impuestas por la excarcelación. Y eso durante un término de prolongación insólita y desmesurada. Semejante situación es equiparable, sin duda, a una verdadera pena que no dimana de una sentencia condenatoria firme, y se sustenta solo en una prueba semiplena de autoría y culpabilidad. Con ella, se hace padecer física y moralmente al individuo, no porque haya delinquido, sino para saber si ha delinquido o no, lo cual es contrario al principio que este tribunal ha enunciado en Fallos 272:188 de que la garantía constitucional de la defensa en juicio incluye el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la socie-

740. CSJN, Fallos: 294:131.

741. CSJN, Fallos: 297:486.

742. CSJN, Fallos: 300:1102.

> dad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.[743]

Años después, todavía en períodos no democráticos, el Alto Tribunal se pronuncia analizando la conducta del encartado en el proceso penal, resolviendo que no correspondía seguir la doctrina de "Mattei" por el abuso de recursos interpuestos por la defensa.[744]

En suma, "Mattei" ha sido la causa testigo que hizo punta de lanza y argumento central para analizar otras cuestiones tangenciales. Así, entre muchos otros, dice en "Casiraghi"[745] que las nulidades que pueden revertir el proceso son únicamente las trascendentes; y en "Bolo"[746] argumenta que el imputado debe conservar cierta tolerancia con las vicisitudes normales del proceso penal.

En el Caso "Cardozo" del 9 de enero de 1987, la Corte –dicen Basile y Diez Azconegui–:

> … señaló que del derecho a un pronunciamiento judicial rápido "se derivaba una expectativa razonable a contar con alguna vía idónea para hacerlo valer, para impulsar el proceso". Así, reconoció la necesidad de establecer un instrumento para hacerlo valer con el fin de terminar con la excesiva duración del proceso o de la prisión preventiva. Lo cual significó reconocer también que ambas instituciones pueden trabajar como pena anticipada y que, llegada su duración a un punto, los daños son definitivos y la revisión de su subsistencia no puede ser demorada, habilitándose de esta manera la revisión judicial anticipada del proceso.[747]

Con mayor dedicación se ocupa de establecer cuál es el tiempo razonable de la prisión preventiva en el famoso caso "Firmenich"[748] tomando esta vez explicaciones de algunos fallos del sistema interamericano que trabajan sobre la imposibilidad de traducir en un número fijo de días, semanas, meses o años, sino para analizar la razonabilidad del tiempo

743. Cfr. Basile, Luciana Glenda y Diez Azconegui, María Belén, "Plazo razonable de duración del proceso penal", 2012. Disponibe en: https://es.scribd.com/document/150309257/01-Plazo-razonable-de-duracion-del-proceso-penal

744. CSJN, Fallos: 302:1333.

745. CSJN, Fallos: 306:1705.

746. CSJN, Fallos: 307:1030.

747. Basile, Luciana Glenda y Diez Azconegui, María Belén, "Plazo razonable de duración del proceso penal", *op. cit.*

748. CSJN, Fallos: 310:1476.

de privación de la libertad con las circunstancias del caso, la gravedad del hecho, sus características, y las condiciones personales del imputado.

Lo mismo sucede con la causa "Villalba" del 1 de enero de 1988,[749] que la Corte decide asumir competencia positiva resolviendo para evitar que el reenvío provoque mayores dilaciones; o la causa "Borthagaray" del 14 de noviembre de 1989, que sigue el mismo sentido.

Avanzado el tiempo, un recordado voto del ministro Bossert relacionó el problema con las decisiones del sistema interamericano, pretendiendo eludir los inconvenientes de no poder establecer la duración razonable de un tiempo para el proceso. El caso "Estévez" del 3 de octubre de 1997[750] llevó a sostener que

> La ley 24.390 al fijar el "plazo razonable" para que toda persona sea juzgada o puesta en libertad en un lapso de dos años, ha incorporado expresamente un principio general solo sometido al transcurso del mencionado plazo y supeditado –sin remisión explícita a otras normas– a las condiciones fijadas en el ámbito de la misma ley.
> Tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en motivos de seguridad jurídica y en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitándose de ese modo que los procesos se prolonguen indefinidamente.

Esta es la línea consolidada, sin embargo, queda en el tapete y para ser desarrollado un problema subsiguiente, ¿de quién es la obligación de establecer el tiempo razonable para el proceso, del legislador o del juez?

146. El derecho al proceso rápido, expedito y eficaz

La influencia de los pactos y convenciones, sumado a lo dispuesto en los artículos 18, 43 y 75, inciso 22 de nuestra Constitución Nacional, proponen un nuevo cuadro de situación en la interpretación de los alcances que tiene el derecho al plazo razonable. Esta es una garantía que supera el espacio que le corresponde al derecho de petición (art. 14, CN) y a ser oído (art. 18, CN), pues se explana en la dimensión más amplia que ofrece el artículo 43 cuando dispone que *toda persona tiene derecho a un proceso rápido y expedito*.

749. CSJN, Fallos: 311:2005.

750. CSJN, Fallos: 320:2105.

Esa obligación fundamental de actuar en tiempo y oportunamente, se acentúa en los procesos constitucionales, pero supone, además, incorporar a todo proceso el valor de la *tutela judicial efectiva*.

En suma, el resultado de un proceso, sea para otorgar una satisfacción jurídica a las partes, o para cumplimentar el deber jurisdiccional de resolver los conflictos intersubjetivos, debe ser pronunciado en un lapso de tiempo compatible con la naturaleza del objeto litigioso y de las circunstancias que rodean el caso; en caso contrario, la tutela judicial sería ilusoria, haciendo cierto el aforismo que dice "injusta la sentencia que juzga cuando ya no debe juzgar".

De alguna manera, nuestro artículo 43 refresca los alcances del artículo 24, inciso 2 de la Constitución española, estableciendo el derecho a la tutela judicial efectiva (nuestro derecho de amparo) aplicable en todo tipo de procesos.

Este concepto, articulado con el resto de los Tratados y Convenciones que se agregan como derechos fundamentales a nuestra Constitución nacional (art. 75 inc. 22) generan un nuevo marco: *el derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz*.

146.1 Proceso rápido y dilaciones indebidas

El problema de la *rapidez* que ha de lograr un proceso se asocia con las *dilaciones indebidas* para definir la garantía a la seguridad jurídica que deben tener las partes en el conflicto judicial. Lo que no hay que hacer es vincular celeridad con demoras incorrectas, para deducir de ello la responsabilidad del órgano jurisdiccional; este no es el tema del acápite, pues existen procesos rápidos con lentitudes provocadas por el mismo sistema, así como hay juicios ordinarios que se resuelven con apuros intencionados.[751]

751. Cfr. Riba Trepat, Cristina, *op. cit.*, p. 263. En el art. 6.1 del Convenio de Roma, promovido por el Consejo de Europa, los Estados contratantes coincidieron en atribuir la condición de derecho humano a la garantía procesal consistente en obtener una decisión judicial en un plazo razonable; y consecuentemente, asumieron la obligación de Derecho Internacional Público, de articular los mecanismos jurídicos necesarios para que las causas que se sustancien ante sus órganos jurisdiccionales sean resueltas en un plazo que, permitiendo el adecuado ejercicio del derecho de defensa, incorpore el factor temporal indispensable para no hacer ilusoria la tutela judicial.

En realidad, la conexión trata de establecer un plazo razonable, adecuado a las circunstancias de cada conflicto, pero siempre asociado al principio de economía procesal y de eficacia de la institución. Debe quedar en claro que la rapidez no supone establecer una finitud perentoria, vencida la cual el proceso quedaría anulado. Solamente es un marco referencial que significa distribuir en cada etapa del procedimiento la mayor parte de actos de impulso y desarrollo, de modo tal que se permita, en el menor número de ellos, alcanzar el estado de resolver sin agregar trámites.

La rapidez prevista como destino tiene en cuenta las características del objeto a resolver; la presencia de partes múltiples; las dificultades de encontrar el juez competente o la jurisdicción a intervenir; la complejidad del asunto; entre muchas otras variables que obligan a dar pautas, antes que condiciones de tiempo preciso.

No es posible establecer una regla temporal como se ha establecido en el proceso penal con el criterio de orientación del plazo de dos años sin resolver la situación procesal del individuo detenido. Ello así, porque la razonabilidad de un plazo se debe compulsar en su contexto específico, sin más limitación que el sentido común.[752]

La obligación de celeridad se asume como un deber de la jurisdicción y como una potestad del justiciable, por tanto, asume esa doble configuración de compromiso judicial por la rapidez y de derecho esencial del hombre.

752. Albanese, Susana, *Garantías Judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 2010, p. 145. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos sigue al Tribunal Europeo de Derechos Humanos cuando expresa que, hasta que recaiga sentencia condenatoria, el acusado debe ser considerado inocente y la finalidad del precepto que otorga derecho a un proceso sin dilaciones indebidas es, fundamentalmente, que se conceda la libertad provisional desde que la continuación de la detención deja de ser razonable. Por ello, esta razonabilidad de la medida, o de un plazo, debe apreciarse en su circunstancia, toda vez que no existen criterios generales de validez universal.
Según Albanese, la interpretación de la Comisión se refiere al alcance del art. 7 de la Convención Americana y la afirmación del derecho a la libertad. El principio de legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal. De otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a los culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad.

De esta síntesis se desprende que el "plazo razonable" que se menciona en los documentos transnacionales incorporados a la legislación interna, puede ser considerado como un derecho humano o como una obligación internacional, pero aquello que lo caracteriza es precisamente que se trata de una *garantía procesal* y, por consiguiente, que genera una expectativa individual ante la actuación de los poderes públicos, así como los mecanismos para hacerla efectiva.

Sancionar la demora inusitada no resuelve el problema. Se comprueba con la ineficacia del articulado procesal en los institutos de la pérdida de jurisdicción y la sanción por mal desempeño, donde no existe, prácticamente, jurisprudencia señera.

Sin embargo, la violación al plazo razonable que debe tener el proceso judicial origina un deber de resarcimiento hacia la parte perjudicada por la rémora jurisdiccional.[753]

146.2 Proceso sencillo y eficaz

La *sencillez* y la *eficacia* completan el cuadro del modelo a instrumentar para un proceso que se adapta a la rapidez exigida al comienzo. El modelo a desarrollar podrá ser oral o escrito, pero tiene que resultar entendido por quien debe acudir al proceso. La simplicidad de las formas y la comprensión del método empleado para el debate es el problema acuciante en la actualidad, por el cual se observa en los trámites y procedimientos más ficciones que realidades.

Procedimiento sencillo también puede ser aquel que resume las actuaciones procesales en etapas bien delimitadas en sus posibilidades de tiempo y actuación efectiva. El proceso por audiencias que propicia el Código Modelo Tipo para Iberoamérica (aprobado en Río de Janeiro, Brasil, 1988, por el Instituto Iberoamericano de Derecho

753. Picó i Junoy, Joan, *op. cit.*, p. 118 y ss. El autor dice que debe diferenciarse la tutela judicial efectiva que promete el art. 24.1 de la Constitución española, respecto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, aunque entre ellas existe una relación instrumental innegable. Así el Tribunal Constitucional ha destacado que la carta fundamental (de España) no solo ha integrado el tiempo como exigencia objetiva de la justicia, sino que además, ha reconocido como garantía individual el derecho fundamental a un proceso sin dilaciones indebidas, autónomo respecto al derecho a la tutela judicial efectiva, aunque ello no significa negar la conexión entre ambos derechos. Sentencia del 01/12/1994.

Procesal) es un modelo interesante y responsable con la concentración de los actos y la depuración del objeto a resolver.

> Sin embargo, conspira contra la sencillez el fatalismo de las formas que han acostumbrado al litigante a obrar de una determinada manera, sin analizar cuanto tiene el acto de necesario y fundamentado (por ejemplo, la necesidad de acompañar copias al tiempo de presentar escritos de los cuales se debe dar traslado, cuando la obligación de notificar está en cabeza del interesado quien, en su caso, podría agregarlas en esa oportunidad; las ficciones irritantes de la notificación por edictos que se podría resolver comunicando a la autoridad nacional que registra el domicilio de las personas en una sola ocasión; el emplazamiento personal realizado para el traslado de la demanda que recuerda al vocero del Alcalde de las épocas primeras de nuestra patria cuando comunicaba al pueblo los bandos del Cabildo; las formas complicadas de los interrogatorios al testigo que deben preparar con anterioridad las partes, cuando el que debe interrogar es el juez y *prima facie*, no necesitaría de esas piezas de orientación; etc.).

Finalmente la *eficacia* es un concepto pragmático. Se mide con resultados. Con esta vara el plazo razonable sería aquel con el que las partes se muestren conformes, pero es obvio que tal criterio es dubitativo y perverso. La eficacia que referimos se debe valorar desde una perspectiva constitucional. No hay un proceso debido por sí mismo. La garantía se le debe a la sociedad y a cada individuo en particular, por eso, el proceso existe con anterioridad al conflicto, y puesto en marcha, "mide" su eficacia en relación con los derechos que viene a tutelar.

147. Dilaciones indebidas en el proceso penal

La expresión "proceso sin dilaciones indebidas" es tributaria del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), que simplifica la exigencia para los procesos penales. No obstante, la tendencia mundial extiende el concepto a todo tipo de procedimientos donde se debe hacer realidad la noción de "tutela judicial efectiva".

Se propicia que en el desarrollo de las etapas procesales no se provoquen acciones dilatorias u obstruccionistas (de manera que el principio de moralidad procesal está implícito en la idea) que paralicen o demoren inútilmente la solución final de la controversia.

La dilación se produce por el comportamiento intencionado de las partes, o mediante la inejecución por el órgano judicial de las obligaciones que están bajo su responsabilidad.

Por dilación, en una primera aproximación conceptual, cabe entender todo retardo o detención de una cosa o situación durante un espacio temporal. Se trata de una visión interesante que alude a una de las lacras tradicionales del proceso: su lentitud.[754]

A veces, estas actitudes propias de la rémora judicial se convalidan por la ausencia de denuncia de los perjudicados, haciendo real e irritante el principio que sostiene que en el proceso *todas las nulidades son relativas*. En otras, el mismo sistema deja sin defensas al interesado que afronta, en tal caso, la imposibilidad de reclamar y contradecir el método que se le impone, debiendo quedarse a la espera de una sentencia que nunca llega.

Muchas veces, la inercia se produce en el escalonamiento de las etapas del procedimiento, y en el desinterés de actuar conforme a la obligación ya anunciada, es decir, de "tutelar el derecho, en un proceso rápido y expedito".

Cuando las demoras procesales son producto de la acción de las partes, la dilación compromete el deber jurisdiccional de controlar la regularidad de las actuaciones que el proceso suscita; mientras que si la lentitud se produce por la injustificada reacción de la judicatura a los pedidos de los litigantes, la consecuencia hace responsable al órgano judicial.

Por tanto, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se vincula con el derecho a la jurisdicción y no puede entenderse como algo desligado del tiempo en que debe prestarse por los órganos del Poder Judicial, sino que ha de ser comprendido en el sentido de que se otorgue por estos, dentro de los razonables términos temporales en que las personas lo reclaman en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.[755]

754. Vallespín Pérez, David, *El modelo constitucional de juicio justo en el ámbito del proceso civil*, Barcelona, Atelier, 2002, p. 12 y ss.

755. Por eso, dijo el Tribunal Constitucional español que, "el ámbito temporal en que se mueve el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales lo viene a consagrar el párrafo segundo del artículo 24 de la Constitución, al hablar de un proceso público sin dilaciones indebidas, y aunque pueda pensarse que por el contexto general en que se utiliza esta expresión solo está dirigida en principio a regir en los procesos penales, ello no veda que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial deba plantearse como un posible ataque al mismo, las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso" (TC, sentencia del 14/07/1981).

Con este marco, las dilaciones indebidas tienen un esquema predispuesto en forma *general* donde se requiere analizar: a) la complejidad del caso; b) la conducta de las partes, y c) el comportamiento de la autoridad judicial; y un cuadro *especial* de consideraciones que se conocen como los "siete criterios" para deducir si hay dilaciones indebidas en el proceso penal.[756]

148. Criterios en el proceso penal

La famosa distinción que hace el uso forense entre causas "con o sin presos", pareciera evidenciarse en la dogmática que estudia los criterios de la dilación indebida. Y ello no está mal, porque en definitiva al quedar en juego la libertad de las personas, de otro modo considerado, se podría llevar a sostener que no existe el principio de la "presunción de inocencia", y que se enjuicia siempre al culpable que, detenido preventivamente, va pagando con anticipación la condena a que se verá expuesto.

La duración total del procedimiento se visualiza para estimar si hubo o no demoras injustificadas que permitan sancionar al responsable. Para ello es preciso encontrar el momento preciso donde aparecen las dilaciones, y luego que se las determina habrá que comprobar si ellas son indebidas o injustificadas.

> Picó i Junoy dice que los criterios para encontrar dilaciones indebidas, dependen de las circunstancias siguientes: el exceso de trabajo del

756. En el caso "Suárez Rosero", la CIDH sostuvo que, el principio de *plazo razonable* al que hacen referencia los arts. 7.5 y 8.1 de la Convención Americana tiene como finalidad impedir que los acusados permanezcan largo tiempo bajo acusación y asegurar que esta se decida prontamente. Considera la Corte que el proceso termina cuando se dicta sentencia definitiva y firme en el asunto, con lo cual se agota la jurisdicción (cf. *Cour eur. D.H., arrêt Guincho du 10 juillet 1984*, série A nº 81, párr. 29) y que, particularmente en materia penal, dicho plazo debe comprender todo el procedimiento, incluyendo los recursos de instancia que pudieran eventualmente presentarse. Asimismo comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales (cf. Caso "Genie Lacayo", 29 /01/1997. Serie C No. 30, párr 77; y E*ur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991*, Series A No. 195-A, párr. 30; *Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain Judgment of 23 June 1993*, Series A No. 262, párr. 30).

> órgano jurisdiccional; la defectuosa organización, personal y material, de los Tribunales; el comportamiento de la autoridad judicial; la conducta procesal de la parte; la complejidad del asunto; y la duración media de los procesos del mismo tipo.[757]

Por tanto, en la definición del instituto es necesario realizar dos etapas. En la primera se tiene que resolver qué significa un proceso con dilaciones indebidas; y en la segunda, determinar los criterios que orienten soluciones particulares.

El concepto de dilación se puede relacionar con demora o retraso en la práctica de alguna actuación judicial, de manera que el tiempo invertido para decidir o hacer no sea oportuno ni razonable, y aparezca manifiestamente inexcusable.

No se castiga la simple inactividad, ni la rémora por la desorganización, sino la tardía producción de actuaciones necesarias para evitar perjuicios materiales o morales en la persona que ha requerido la intervención judicial.[758]

Por su parte, la individualización de acciones constitutivas de la demora irracional del proceso las podemos resumir en los ya anticipados siete criterios, que se clasifican de acuerdo con lo que resulta de la causa como expediente judicial sometido a un trámite de alguna manera burocrático, y de la conducta del imputado y su representación letrada.

Los primeros son:

- Duración de la detención en sí misma (1)
  La Corte Suprema de Justicia de la Nación, sostiene que la opinión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos deben servir de guía para la interpretación de los preceptos de la Convención Americana sobre Derechos Humanos

757. Picó i Junoy, Joan, *Las garantías constitucionales del proceso, op. cit.*, p. 120.

758. Riba Trepat, Cristina, *La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, p. 268. La autora sostiene que hay un género de dilaciones que está a medio camino entre la omisión, entendida como ausencia total de actividad jurisdiccional, y el acto judicial expreso de contenido dilatorio; y es aquel en el que el Tribunal Constitucional español entra a valorar la trascendencia temporal en la sustanciación de un proceso como resultado de la impugnación de una resolución judicial que, por sí misma, no es capaz de producir dilación alguna, sino que únicamente sirve a la parte como vehículo formal de acceso al Tribunal. De alguna forma, el núcleo del debate constitucional en asuntos como este gravita en torno al contenido del deber de impulso de oficio que incumbe al órgano judicial responsable del proceso.

(cfr. "Giroldi, Horacio D.", 1995/07/04, La Ley 1995-D, 462); y en tal sentido en la causa "Bramajo, Hernán J." (1996/09/12, La Ley 1996-E, 409, con nota de Francisco Javier Posse), resolvió que la validez del art. 1º de la ley 24.390 estaba supeditado a que los plazos fijados no resulten de aplicación automática por su mero transcurso, sino que debían ser valorados en relación a las pautas establecidas en los arts. 380 y 319 del Código de Procedimientos en Materia Penal y Código Procesal Penal, respectivamente, a los efectos de establecer si la detención dejaba de ser razonable.

Posteriormente agregó que, si bien el "plazo razonable" de duración del proceso penal no podía ser fijado con precisión matemática, eso no eximía al juzgador de formular argumentos racionalmente controlables, a fin de evitar que se convierta en una expresión de mera subjetividad (del voto en disidencia de los doctores Petracchi y Boggiano).[759]

La Comisión Interamericana ha desarrollado algunos aspectos de la normativa convencional; entre ellos, el derecho al plazo razonable como elemento indisoluble del debido proceso legal (art. 8º.1); el principio de inocencia (art. 8º.2); y el derecho a la libertad personal y a la razonabilidad de la duración de la detención preventiva (art. 7º.5). Con respecto al art. 7º.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –dice–, la Comisión, entre otras consideraciones sostuvo que el principio de legalidad que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal; destacando "... de otro modo, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuiciaría a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad" (Informe Nº 12/96, Caso 11.245).[760]

759. CSJN, "Kipperband, Benjamín", 16/03/1998, LL 2000-B, 831 [42.449-S].

760. CSJN, "Sánchez Reisse, Leandro y otros", 14/03/2000, LL 2000-D, 394. La Corte explicó que el concepto de plazo razonable de detención, previsto en el art. 7º.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 9º, inc. 3º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de jerarquía constitucional –art. 75, inc. 22, Constitución Nacional– tiene como fundamento la injusticia que significa la morosidad en un proceso donde una persona encarcelada espera su veredicto, y tiende a acelerar el proceso penal. Con ello se debe evitar razonablemente la prisión preventiva, y dar cauce

El análisis del tiempo de detención preventiva llevó a tener que estudiar si existe un plazo máximo de prisión para los procesados aún no condenados, circunstancia que se articula con la excarcelación del inculpado frente al delito que se le imputa.[761] La detención preventiva se aplica solo en casos excepcionales y su duración se debe examinar a fondo, especialmente

a la excarcelación durante su trámite, con subordinación a garantías que hacen a la eficacia del mismo (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).
En consecuencia, se agregó que, en los casos de juicios de extradición en que el lapso de la detención en el exterior haya sido prolongada, cabe considerar como plazo de detención razonable solo el tiempo de prisión preventiva como medida cautelar en el proceso penal, que es cuando se puso al imputado a disposición del magistrado competente para procesarlo y, eventualmente juzgarlo, –art. 24, Código Penal y art. 66, Ley N° 24767– (fallo citado).
De igual alcance resulta el párrafo que indica la validez del art. 1º de la Ley N° 24390 –que autoriza al juez de grado a prorrogar excepcionalmente y por un año más la prisión preventiva de los imputados una vez superado el plazo previsto– pues la supedita a la circunstancia de que los plazos fijados en ella no resulten de aplicación automática por su mero transcurso, sino que han de ser valorados en relación a las pautas establecidas en el Código Procesal Penal, según el caso, a los efectos de establecer si la detención ha dejado de ser razonable (CNCrim. y Correc., Sala IV, "Iglesias, María M.", 04/03/1997, LL, 1998-F, 883 [41.088-S]).

761. En la causa "Fasciutto, Julián" resuelta por la C.Criminal y Correccional de Mar del Plata, Sala II (Suplemento de Derecho Constitucional, LL, 05/12/1997) se estableció que la duración razonable del proceso está incluida dentro de la garantía constitucional de la defensa en juicio. Ello se encuentra reconocido por las disposiciones contenidas en los arts. 7°.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y art. 9°.3 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos que gozan de jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22, CN), al asegurar el derecho de toda persona detenida a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Lo contrario implica tergiversar el carácter meramente cautelar de la prisión preventiva para convertirla en una verdadera pena anticipada. Por tanto, la prisión por más de tres años y medio, sin sentencia, constituye una violación de la garantía a ser juzgado dentro de un plazo razonable.
Allí también se dijo que el cese de la prisión preventiva se diferencia de la excarcelación, razón por la cual debe considerarse cancelada la fianza real oportunamente fijada, pudiendo imponerse aquellas garantías que se aplican a los casos de imputados que sufren un auto de procesamiento sin prisión preventiva.
Por eso se ha dicho que si en el delito tipificado en el art. 165 del Código Penal el lapso de detención preventiva ha triplicado el "plazo razonable" al cual refiere el art. 7°. 5 del Pacto de San José de Costa Rica, estimado por el tribunal en dos años, corresponde ordenar la libertad; salvo que por las circunstancias de la causa cobren virtualidad las pautas de naturaleza negativa fijada en el art. 319 del Código Procesal Penal (C.Fed. San Martín, Sala II, "Franco, Carlos G.", 16/12/1994, LL 1995-C, 550 - DJ 199-2-540).

cuando el plazo es superior al límite que estipula la ley para todo el proceso penal.

De todos modos, la prisión sin condena puede no ser razonable aunque no exceda dos años, como, asimismo, dicha detención puede ser razonable aun después de cumplido el límite de dos años.[762]

En suma, no se puede juzgar que un plazo de detención preventiva sea razonable *per se* solamente basándose en lo que prescribe la ley, sino que debe fundamentarse en la sana crítica del juez, quien llega a una decisión utilizando los criterios que establece la ley.

- Naturaleza del delito y la pena que tiene señalada (2)

  Conviene advertir en este aspecto las sustanciales diferencias que tienen las causas, sean estas motivadas por faltas, contravenciones o delitos, pues mientras se admite en unas la suspensión del procedimiento –por la bagatela o escasa gravedad del hecho– en otras, las punitivas, puede llevar al entorpecimiento y virtual bloqueo del desarrollo del enjuiciamiento, postergando una decisión que –esté o no detenido el imputado– obliga a despejar la incertidumbre que el principio de inocencia no consigue doblegar.[763]

762. CIDH, Informe N° 12/96, caso 11.245, 01/03/1996, Argentina, LL 1998-D, 628), dice que si el Estado no determina el juicio de reproche dentro de un plazo razonable, y justifica la prolongación de la privación de libertad del acusado sobre la base de la sospecha que existe en su contra, está sustituyendo la pena con la prisión preventiva. De este modo, la detención preventiva pierde su propósito instrumental de servir a los intereses de una buena administración de justicia, y de medio se transforma en fin.

763. Cabe aclarar que en nuestro país, la Ley N° 24390 es una reglamentación de la Ley N° 23054, que consagra el derecho de ser juzgado dentro de un plazo razonable. La norma internacional abre la alternativa entre la celeridad del proceso penal y el derecho a estar en libertad, por ello no impone la excarcelación automática en un plazo inexorable, dejando margen para la reglamentación legal de los requisitos de la excarcelación en el derecho interno (del voto en disidencia del doctor Rudi) (C.Fed. San Martín, Sala II, "F., C. G.", 16/12/1994, ED, 161-579). En consecuencia, para establecer la duración razonable del encarcelamiento preventivo deben tenerse en cuenta, por un lado, aquellos *límites absolutos* como el principio de proporcionalidad, por el cual no se puede prolongar la prisión preventiva excediendo el plazo de la pena privativa de libertad prevista para el delito; y por otro, *límites relativos*, constituidos por la complejidad e implicancias del caso, actividad de los órganos judiciales y la conducta procesal

- Efectos personales sobre el detenido de orden material, moral u otros (3)
  Aquí la Corte ha dicho que, tanto el principio de progresividad como el de preclusión reconocen su fundamento en la necesidad de lograr una administración de justicia rápida dentro de lo razonable, evitando así que los procesos se prolonguen indefinidamente; pero, además, y esto es esencial atento los valores que entran en juego en el juicio penal, dichos principios obedecen al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial con el respeto debido a la dignidad del hombre, cual es el reconocimiento del derecho que tiene toda persona a liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito, mediante una sentencia que establezca, de una vez para siempre, su situación frente a la ley penal.[764]
  En suma, debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener un pronunciamiento que ponga término del modo más rápido posible a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.[765]

---

del acusado (T. Oral. Crim. Fed. Mar del Plata, "N. Ch., C.", 17/08/2000, LL 2001-B, 354, con nota de José I. Cafferata Nores - DJ, 2001-1-1071).
Pero si bien es cierto que la aplicación de la Ley N° 24390, en cuanto determina el plazo razonable de prisión preventiva, ha de conjugarse con las normas aplicables a la excarcelación, también lo es, que para ello dicho término debe haber sido prorrogado al tiempo de operar su vencimiento (CNCrim. y Correc., Sala VII, "Restivo, Jorge O.", 12/03/1998, LL ,1998-E, 685).
Problema este bastante complejo, tanto en materia civil como penal, pues como sostiene Albanese, la Corte Europea de Derechos Humanos argumenta que en el orden sustancial el punto de partida para la evaluación del "plazo razonable" debe comenzar el día en que se acude a la jurisdicción competente (caso "Buccholz", 06/05/1981); mientras que en materia penal, se trata de saber a partir de cuándo una persona se encuentra delante de una "acusación": puede ser el momento del arresto (caso "Wemhoff", 27/06/1968, caso Corigliano, 10/12/1982); de la acusación (caso "Neumeister", 27/06/1968); de la iniciación de incidentes preliminares contra el presunto acusado (caso "Ringeisen", 16/6/1971); de la fecha en la cual el presunto acusado recibe la notificación de una orden de arresto (caso "Eckle", 15/7/1982), entro otros momentos a tener en consideración, p. 166.

764. CSJN, Fallos: 272:188, "Caso Mattei".

765. Riba Trepat, Cristina, *op. cit.*, p. 176 y ss. La autora explica que la noción de rapidez se debe asociar también a la tutela judicial efectiva, porque la permanencia de

- Dificultades de la instrucción del proceso (4)
  En estos casos se trata de equilibrar la complejidad de la instrucción sumarial con el tiempo de la detención preventiva. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que "no es legítimo invocar la complejidad de un caso y las necesidades de investigación en el curso del proceso, de manera general y abstracta, para justificar la imposición de prisión preventiva, ya que debe existir un peligro efectivo de que tal investigación sea impedida por la liberación del acusado.

  Toda persona que se encuentra privada de libertad tiene derecho a que su caso sea analizado con prioridad, y que se imprima una diligencia especial en su tramitación. De esta forma, el poder del Estado para detener a una persona en cualquier momento del procedimiento constituye el fundamento principal de su obligación de sustanciar tales casos dentro de un plazo razonable.[766]

---

incertidumbre conspira con la garantía de seguridad que el proceso debe ofrecer. Así, sostiene que existe una idea de equilibrio entre la actividad procesal tendiente a determinar la verdad jurídica subyacente en el caso que se sustancia y el tiempo invertido en la resolución del mismo. Todo lo cual necesariamente conduce a la identificación, en dicha noción constitucional, del principio de economía procesal, entendido como factor de ponderación jurídica que articula e integra los diferentes derechos contenidos en el art. 24 (Constitución española), para que obedezcan a un fin último, cual es la eficacia del proceso como instrumento indispensable para una verdadera realización de la Justicia.

766. CIDH, Informe 2/97, 1997/3/11. La Corte nacional, por su parte, admite que la morosidad que tiende a evitar el principio de plazo razonable, establecido por el art. 7°, inc. 5° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, se refiere al trámite del proceso, pero no a las demoras que sufre por complejos y delicados trámites de extradición, en los que no se puede avanzar en el juicio del imputado, pues en nuestro sistema procesal penal está prohibido celebrarlo en ausencia –art. 290, Código Procesal Penal y 151, Código de Procedimientos en Materia Penal– (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo) (CSJN, "Sánchez Reisse, Leandro y otros", 14/03/2000, LL, 2000-D, 394). En la causa se observó que las circunstancias habían dado lugar a complicados trámites de extradición que no fueron ajenos al imputado, incidiendo directamente en la demorada tramitación del proceso, por lo cual no correspondía atribuir los retardos sufridos exclusivamente a los tribunales a los fines de evaluar el plazo de detención razonable previsto en la ley 24.390 (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo) (CSJN, 14/03/2000, causa antes citada).
Atinadamente, el voto del señor Presidente de la Cámara de Casación Penal de la provincia de Buenos Aires sostiene que la noción de plazo razonable cede ante la de seguridad de comparecencia en juicio, puesto que ese es el texto del inciso 5 del artículo 7 del Pacto de San José de Costa Rica. Pero esa interpretación hace que prevalezca –dice Federico Domínguez– este valor "seguridad de sometimiento a juicio" por encima de otros que son

- La actitud de la autoridad judicial en el trámite del expediente (5)
  También la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en el Informe N° 12/96, había sostenido que la detención preventiva representa la privación de la libertad de una persona que todavía goza de la presunción de inocencia, por ello debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad condicional y proceda a la fuga, y en el hecho de que la libertad condicional de un acusado pueda convertirse en un riesgo significativo.
  Afirmó, además, que se viola la norma del artículo 7°.5 de la Convención Americana de Derechos Humanos, relativa al derecho a la libertad personal de los procesados, cuando estos fueron retenidos en prisión preventiva más allá de un plazo razonable, y el Estado no empleó la debida diligencia en los procedimientos respectivos.[767]

  De ambos conceptos, se reconoce la imposibilidad de traducir el concepto "plazo razonable" utilizado por el art. 7° inc. 5° de la Convención Americana sobre los Derechos Humanos –art. 75 inc. 22, Constitución Nacional– en un número fijo de días, meses o años, o en variar la duración según la gravedad de la infracción, sino que hay que tener en cuenta la complejidad de los acontecimientos analizados, el número de personas involucradas y otras circunstancias; como que en varias oportunidades el legajo haya necesitado el pronunciamiento del tribunal de alzada.[768]

---

los que sustentan el valor plazo razonable. Más claramente, por virtud de la operancia del principio de inocencia, la norma en materia de sometimiento a proceso penal es la libertad. Ello no solo resulta de la interpretación progresiva de las normas constitucionales de los arts. 18 y 19 de la Constitución Nacional y 21 de la Constitución de la provincia, sino –ahora– de las expresas mandas de los arts. 1° y 144 del Código de Procedimientos Penal (Causa N° 25/98, Boletín de Jurisprudencia n° 95 del Colegio de Abogados de La Plata).
También se sostiene que el legislador en el inc. 6° del art. 379 mencionado ha entendido que los procesos deben tener un plazo razonable de duración, pero ello debe guardar correspondencia con la factibilidad de sustanciación futura de la causa, lo que no se da cuando el expediente ha sido destruido o extraviado, por lo que corresponde la excarcelación del encausado (CNCrim. y Correc., Sala II, "Valenzuela, Gustavo E.", 04/04/1990, LL 1990-D, 530).

767. Informe N° 02/97, 11/03/1997, LL 1998-D, 683.

768. CNCrim. y Correc., Sala IV, "Kipperband, Benjamín", 08/05/1997, LL 1999-A, 493 (41.208S).

El principio de legalidad, que establece la necesidad de que el Estado proceda al enjuiciamiento penal de todos los delitos, no justifica que se dedique un período de tiempo ilimitado a la resolución de un asunto de índole criminal.[769]

En materia civil los principios no son diferentes, aunque se puedan encontrar distancias respecto del tiempo preciso que debe tener un determinado procedimiento.

Partiendo de los planteos antes efectuados, existen condiciones necesarias para evidenciar las dilaciones indebidas (injustificadas) del juez o Tribunal. No se trata únicamente de sancionar la conducta omisiva, ni la pasividad o lentitud asumida en el trámite, sino de advertir que el deber de respuesta judicial oportuna se desvirtúa por la inacción *in tempore*.[770]

- La actuación de estas autoridades durante todo el procedimiento (6)

  La complejidad de la causa no exime ni excusa al juez para alcanzar una decisión oportuna, de modo tal que las dificultades de sustanciación no son motivos para facilitar la lentitud jurisdiccional.

  De todo ello surge que el respeto hacia el tiempo procesal justo, en materia punitiva, comienza desde que una persona conoce de

769. De otro modo, como ya se adelantó, se asumiría de manera implícita que el Estado siempre enjuicia a culpables y que, por lo tanto, es irrelevante el tiempo que se utilice para probar la culpabilidad, cuando, conforme con las normas internacionales, el acusado debe ser considerado inocente hasta que se pruebe su culpabilidad (Informe N° 12/96, 01/03/1996 caso 11.245, Argentina, LL, 1998-D, 628). Si bien no hay plazos ni términos, se considera que se ha llevado por demasiado tiempo el expediente que prolonga el proceso por más de cinco años, sin que se haya dictado sentencia de término (informe anterior citado). Temperamento que asume la jurisprudencia al sostener que la prolongación del proceso por más de cinco años sin que se haya dictado sentencia constituye una violación del derecho a ser oído con las debidas garantías y dentro del plazo razonable que establece el art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CNFed. Crim. y Correc., Sala I, "Fridman, Salomón", 25/09/1998, LL 1999-C, 266).

770. TC, 17/01/1994, cfr. Riba Trepat, Cristina, *op. cit.*, p. 164 y ss. El Tribunal Constitucional español dice respecto de un proceso examinado, que en él se han producido actuaciones redundantes e inútiles que provocaron una zigzagueante tramitación, de tal manera que el retraso ocasionado es imputable total y exclusivamente a la burocracia judicial, cuya despreocupación en este caso fue la causa de que se prolongara indebidamente una situación tan penosa como la estancia en una cárcel, cuando ello se pudo haber evitado desde el principio.

la acusación, lo cual puede ser anterior al mismo enjuiciamiento (supuestos de arresto, instrucción preliminar, averiguación previa, etc.) y se confronta con la duración del procedimiento.

El informe de la Comisión Interamericana sobre Argentina, expuso claramente que, la detención preventiva representa la privación de la libertad de una persona que todavía goza de la presunción de inocencia por ello, debe basarse exclusivamente en la probabilidad de que el acusado abuse de la libertad condicional y proceda a la fuga, y en el hecho de que la libertad condicional de un acusado pueda llegar a convertirse en un riesgo significativo.[771]

En suma, es oportuno precisar el concepto de dilación, caso por caso, de forma tal que permita discernir algunas pautas sobre lo que debe entenderse por razonabilidad de los tiempos de duración de un proceso, y el significado y alcance de su exceso. Además, permite descubrir cuándo esa dilación es indebida, por superar negativamente todos los criterios de justificación

771. La privación de libertad previa a la sentencia no debe basarse únicamente en el hecho de que un presunto delito es especialmente objetable desde el punto de vista social (01/03/1996/, Informe N°12/96, caso 11.245, Argentina, LL, 1998-D, 628). Agregó también que [...] no se puede juzgar que un plazo de detención preventiva sea razonable *per se* solamente basándose en lo que prescribe la ley, sino que debe fundamentarse en la sana crítica del juez, quien llega a una decisión utilizando los criterios que establece la ley. La decisión de mantener la prisión preventiva del imputado en el caso, como resultado de sus condenas previas, vulnera el principio de presunción de inocencia –protegido por la Convención América de Derechos Humanos– así como el concepto de rehabilitación en el derecho penal, pues fundar en dichas condenas previas la culpabilidad de un individuo o la decisión de retenerlo en prisión preventiva es, en esencia, una perpetuación del castigo. Una vez que la persona condenada ha cumplido su sentencia o ha transcurrido el período de condicionalidad, debe restablecerse a dicha persona en el goce pleno de todos sus derechos civiles. La restricción a los derechos humanos debe ser proporcional al interés que la justifica y debe ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo; por ello la razonabilidad y proporcionalidad se pueden determinar únicamente por la vía del examen del caso específico. En el caso, la inspección vaginal de las visitantes que ingresan a la penitenciaría –realizada por los agentes del Servicio Penitenciario Federal– es mucho más una medida restrictiva, pues implica la invasión del cuerpo de la mujer, por lo que el equilibrio de intereses que se debe hacer, al analizar la legitimidad de dicha medida, necesariamente requiere sujetar al Estado a una pauta más alta con respecto al interés de realizar una revisión vaginal o cualquier tipo de requisa invasiva del cuerpo.

y pertenecer al ámbito de diligencia exigible a los tribunales de justicia, con abstracción de la laboriosidad de su titular.[772]

- Conducta del acusado (7)
  Este es un argumento que se aplica en sentido inverso al principio; es decir, si es el mismo acusado quien no colabora para la celeridad en el trámite, su propia conducta no puede aplicarse como argumento en favor de encontrar dilaciones indebidas en el proceso. Son los supuestos clásicos de quienes se pretenden amparar en los beneficios de la eximición de prisión sin haberse puesto a disposición de las autoridades jurisdiccionales.
  La razonabilidad del principio tiene fundadas resistencias. En este aspecto se ha dicho que no se advierte la necesidad de que a quien se le haya revocado la excarcelación o la eximición de prisión deba constituirse como detenido para peticionar su libertad, pues la concesión del beneficio de disfrutar de ella mientras dure el proceso no depende de que el procesado la pida desde el encierro, sino de las prescripciones permisivas del ordenamiento iguales, como ya se dijo, para uno y otro instituto. Por otra parte, la ley no autoriza a hacer distinciones, pero si alguna duda subsistiere al respecto, el espíritu de aquella indica que debe evitarse todo encarcelamiento inútil.[773]
  En materia civil, el problema de las demoras injustificadas debe ponerse en paralelo con la interpretación judicial que se

772. Una vez más dice el Tribunal Constitucional español que, en estos casos, solo al órgano judicial es reprochable el retraso. Que este sea imputable al titular del órgano judicial, o sea producto de defectos estructurales o de organización carece de relevancia para apreciar la lesión del derecho fundamental (TC, 05/05/1990). De este modo, dice Riba Trepat, se institucionaliza la imputación de la violación del art. 24.2 de la Constitución, de manera que, en principio, se objetivaría la responsabilidad derivada del ilícito procesal (*op. cit.*, p. 276).

773. Del voto en disidencia del doctor Gómez (CNCrim. y Correc., Sala III, "Castellanos, Luis M. R.", 21/11/1980, JA, 981-II-140). Con el art. 379 del Código de Procedimientos Penal, texto según ley 23.050, se introduce un nuevo régimen dirigido a liberalizar el instituto de la eximición de prisión y de la excarcelación, estableciendo como límite para su procedencia, –en los casos en que la pena a aplicar supere los ocho años– que de acuerdo a las circunstancias del hecho y las características personales del procesado, pudiera corresponder condena de ejecución condicional. Pero, necesario es concluir que tal factibilidad debe ser apreciada desde la óptica de los arts. 26 y 27 del Código Penal (del voto del doctor Roldán) (CNPenal Económico, Sala III, "M., R. M.", 13/09/1984, LL 1985-C, 127 - ED 112-317).

tenga respecto del deber de instar el proceso, la pertenencia del objeto procesal y, en mayor medida, el sentido que se asigne a la garantía de la defensa en juicio.

En efecto, la dinámica procesal permite considerar como se dijo al comienzo, dos posiciones claves en la cuestión. Quienes dicen que el proceso es cosa de partes, no autorizarían bajo ningún concepto que se pudiera sancionar la demora judicial o la inactividad de las partes; mientras que el sector que procura el activismo judicial –donde predicamos– estima que el control y dirección del juez es imprescindible, y obliga a cumplir tiempos y responsabilidades para los litigantes y para el mismo órgano jurisdiccional, porque el plazo razonable se concibe en términos de solución justa, equitativa y oportuna.

La defensa en juicio es otro aspecto de una misma cuestión. Nuestro sistema procesal permite repetir actuaciones inoficiosas y desgastantes que se amparan en el derecho de postulación, alegación y réplica, exagerando demasiado los tiempos procesales que se dilatan ante la obligación de sustanciar. Si a ello se agrega el poco, escaso o nulo control judicial –oportuno–, observaremos que la dilación procesal y todas las demoras tienen justificaciones formales, pero inapropiadas en el marco actual donde se emplaza el debido proceso constitucional.

El principio de colaboración debiera revertir la noción de lucha en el proceso, y aunque esto pueda verse como un desatino teórico, no está lejos del fin último que la justicia persigue: alcanzar la verdad y resolver con justicia dando satisfacción a cada litigante. De otro modo, pervive el criterio respecto de que unos ganan y otros pierden y ambos salen insatisfechos por circunstancias diversas.

Por eso, si la conducta procesal tiene consecuencias, será posible remediar la eficacia de sus actuaciones en orden a mejorar los tiempos y pese a que se diga que ello es un acto propio del autoritarismo judicial. Por otro lado, cuando la prolongación judicial sea fruto de la inadecuada actuación del juez o del Tribunal, el comportamiento de las partes no tendrá importancia porque el impulso ha de ser de oficio, y aunque no lo sea, será deber judicial encontrar en los principios

procesales enunciados al comienzo, las pautas certeras para alcanzar una sentencia oportuna.[774]

149. Autonomía de la garantía

Si dejamos sentado que el plazo razonable define un derecho subjetivo nuevo que tiene todo litigante para que su conflicto sea resuelto en tiempo razonablemente oportuno; cabe también proyectar el análisis a una segunda línea de investigación que consiste en resolver si el derecho a la tutela judicial efectiva, que, reiteramos, tiene correspondencia con nuestro derecho al amparo (art. 43, CN) es independiente del derecho a obtener sentencia en un plazo razonable.

La conexión parece obvia pero no lo es tanto cuando se trata de perseguir la rapidez como un objetivo para todo proceso. En efecto, el contenido de una y otra garantía se autoabastecen y retroalimentan, llegando a confundirse en algunas circunstancias; por ejemplo, cuando la sentencia tarda en llegar y se pierde el interés en la resolución definitiva por haber devenido abstracta.

Pero el plazo razonable, si bien no tiene reglas de medición ni es conveniente que las tenga, sí encuentra parámetros con las dilaciones indebidas. Estas tienen reconocimiento en los Tratados y Convenciones antes citados, y establecen el derecho que se propicia aunque no se refieran expresamente al cumplimiento estricto de los plazos procesales. Por ello, no cualquier violación de los términos (*v. gr.* el plazo de prueba será de cuarenta días, y en los hechos supera holgadamente este espacio temporal) supone violar la garantía del plazo razonable,

774. Esta es la tendencia que trae el Tribunal Europeo de Derechos Humanos al considerar sobre hechos concretos la noción de "plazo razonable". Sea como fuere –dice Riba Trepat– lo cierto es que el planteamiento que actualmente subyace en la doctrina constitucional en materia de dilaciones indebidas se ha subjetivizado de tal forma que en realidad el carácter indebido de la dilación descansa en el agente que la produce; de modo que si se entiende que la misma obedece al comportamiento de la parte, se resuelve desestimando el recurso. Por el contrario, cuando de las circunstancias del caso, más allá de la mera contemplación de su dimensión temporal, se llega a la convicción de que el recurrente en nada interfirió respecto del desarrollo del proceso, se imputa al órgano judicial y, en consecuencia, se declara la lesión del art. 24.2 de la Constitución. (*La eficacia temporal del proceso. El juicio sin dilaciones indebidas*, *op. cit.*, p. 177 y ss.)

pero sirve para advertir si la demora sucede por un motivo indebido de dilación estructural o provocada por las partes.

La tutela judicial efectiva se integra en el conjunto de requisitos constitucionales y supranacionales que venimos destacando: acceso a la justicia, juez independiente e imparcial, juicio justo y sin abyectas solemnidades, sentencia fundada y ejecución posible, todo en el marco de una dimensión temporal que sea razonable. Este marco de garantías mínimas no se ciñe ahora al clásico perfil del artículo 18 de la Constitución Nacional, porque debe cubrir dichas exigencias que se integran como componentes actuales de esa obligación de preservar el derecho a la protección judicial efectiva.

Tampoco se trata de crear en el derecho un contenido inasible, como tampoco provocar una reglamentación que lo torne estéril. La razonabilidad sigue siendo el molde donde adaptarse. En ese grupo contextual se inserta el *plazo razonable* como derecho autónomo a reclamar una indemnización del Estado cuando la demora en dictar sentencia, o habiéndola dictado, excede todo límite tolerable.

La independencia conceptual no impide espejar ambas circunstancias: *si el proceso se interpreta vulnerado en su eficacia por la resolución adoptada fuera de los tiempos considerados como razonables; al mismo tiempo se afecta la garantía a la tutela judicial efectiva; mientras que la situación inversa no es igual*. Simultáneamente, considerar que es este un derecho de contenido indemnizatorio supone limitar su alcance y eficacia, al dejarlo yacente en el campo de lo puramente individual y como derecho subjetivo privado.

> Los derechos entendidos como pretensión de reparación de la injusticia tienen solo un valor transitorio, dice Zagrebelsky, por cuanto persiguen la vigencia del orden justo y pierden significado una vez alcanzado el resultado. En ese momento, los derechos en sentido subjetivo están destinados a confundirse con el derecho objetivo.[775] En una situación de justicia realizada, si se debe algo a alguien no es porque este tenga un derecho, en el sentido de una pretensión de su voluntad, sino porque eso viene impuesto como deber por el orden del ser. Son los deberes de todos hacia los demás los que están destinados a asentarse de una manera estable, como situación empírica permanente. En otras palabras, en las sociedades justas la categoría dominante es la de los deberes, no la de los derechos.[776]

775. Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Trotta (4ª ed.), 2002, p. 36.
776. Ibídem, p. 37.

Si se trata de definir (o encontrar) la longevidad de un proceso judicial, lo es para resolver la crisis que lo lleva a esa situación y para resolver el daño sufrido por quien lo padece. Lo primero es de política judicial, donde el sistema organizacional trasciende el espacio de estos comentarios; en cambio, para deducir si un proceso devino irrazonable por la pauta temporal cumplida, tiene consideraciones de posible comprensión.

> El Tribunal Europeo de Derechos Humanos marca conductas a considerar, que en alguna medida hemos desarrollado como los *siete criterios* de dilaciones indebidas en el proceso penal. La diferencia está en que se extienden los presupuestos a todo tipo de procesos. Dichos estándares procuran establecer cuándo aparece violado el principio del plazo razonable; y qué perjuicios tiene o provoca al que afirma dicho resultado. Ellos son: a) la complejidad de la causa; b) la conducta de las partes en el proceso; c) el análisis de la función jurisdiccional, y d) las consecuencias que tiene la demora.[777]

149.1 Complejidad de la causa. Dificultades intrínsecas

Varias veces se ha dicho que no se puede válidamente confrontar los tiempos previstos para el desarrollo del procedimiento con los acaecidos en el devenir judicial de la causa, para deducir de ellos la aplicación de la regla del plazo razonable. Los retrasos judiciales tienen que ser imputables, lo que no sucede cuando se aprecian factores extraprocesales que explican las demoras.

> La Corte Nacional por ejemplo, sostuvo que, la gravedad, complejidad y especificidad de los sucesos investigados con motivo del atentado perpetrado contra la Embajada de Israel, así como la extensión del sumario

777. Dice Vallespín Pérez que el Tribunal Constitucional español agregó un quinto elemento: *la duración media de los procesos del mismo tipo*. Condición que tiene gran resistencia en la doctrina, porque como apunta Díez Picazo, el carácter indebido de una dilación no puede hacerse depender de la estadística ni del mejor o peor funcionamiento de la administración de justicia. Es más, la incorporación del criterio del estándar medio de la duración de los procesos entra en contradicción con el resto de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre dilaciones indebidas, pues es incongruente predicar, de una parte, que la avalancha y acumulación de asuntos o las deficiencias estructurales no son justificación de las dilaciones; y, de otra, afirmar que la razonabilidad o no de una demora depende, entre otras cosas, de la duración media de los procesos de un tipo. Díez Picazo, Ignacio, *Poder Judicial y responsabilidad*, Madrid, La Ley, 1990, p. 87; cfr. Vallespín Pérez, David, *op. cit.*, p. 90.

> instruido hasta la fecha, y la posible vinculación de la causa con diferentes expedientes judiciales en trámite ante otros tribunales, exige la creación de una estructura especializada y con dedicación exclusiva, para agilizar la pesquisa. Así, por medio de la acordada 26/97, se dispone la creación de la secretaría especial para la sustanciación de dicha causa.[778]

La complejidad de la causa es un concepto que se relaciona con los hechos y con la prueba, que suponen tener que invertir un esfuerzo mayor al que normalmente tiene la etapa probatoria, o la interpretación de las circunstancias que concomitan en la litis. No se trata, claro está, de asignar demora imputable al juez que aplica el Código a pie juntillas, porque en definitiva, es el sistema procesal que impera y tiene que respetar.[779]

> Hay situaciones donde el exceso en las facultades judiciales puede ocasionar una rémora atribuida a dichas potestades. En este aspecto se afirma que, en caso de procedencia de la acción de amparo por mora de la administración, el plazo que se determina para que ésta se expida no obedece a cánones fijos, sino que responde a una estipulación prudencial del juez de la causa, sobre la base de la naturaleza o complejidad de las tramitaciones pendientes. No obstante ello, el ejercicio de tales atribuciones jurisdiccionales no puede aparejar que el tribunal amplíe los plazos para que las oficinas técnicas de la comuna laboren en mejores condiciones, cuando esa concesión se hace a costa de los padecimientos del administrado, que por el solo hecho de pagar sus contribuciones e impuestos, tiene derecho a la prestación de un servicio adecuado en el que está comprendido el despacho en tiempo propio de los expedientes administrativos.[780]

La complejidad requiere de lecturas flexibles, porque no se pueden dar reglas generales ni aplicar criterios estancos. Por ejemplo, la complejidad de la investigación de los hechos en averiguación en la causa y el gran número de implicados no pueden ser obstáculo para

778. CSJN, "Embajada de Israel", 12/08/1997, LL 1997-E, 98 - DJ 1997-3-306.

779. Por eso, se afirma que corresponde desechar la imputación relativa al excesivo formalismo y retardo de justicia atribuidos al magistrado, cuando la complejidad de la causa e incluso la propia negligencia del letrado al formular sus peticiones, explican el prolongado trámite de las inhibiciones y del embargo decretado, pero no autorizan a presumir anomalía alguna (CSJN, "Lona, Ricardo", 05/07/1979, LL, 1979-C, 466 - Fallos: 301:1242).

780. CNCiv., Sala A, "Ceriani, Benjamín V. c. Municipalidad de Buenos Aires", 27/05/1996. La Ley 1997-F, 942 (39.999-S).

que sea llevado a juicio un caso perfectamente deslindado de las investigaciones pendientes y de los trámites respecto de otros imputados.[781]

En la misma senda transitan los plazos acordados desde la Convención Americana sobre Derechos Humanos, donde se ha de indicar que el plazo máximo de duración de dos años que prevé el art. 1° de la Ley N° 24390 (de acuerdo con las recomendaciones oportunamente dadas por la CIDH) respecto de la prisión preventiva no es absoluto, por cuanto la misma norma faculta la prórroga de dicho lapso cuando sean varios los delitos que se endilguen o bien cuando así lo exija la complejidad de la causa.

Finalmente cabe agregar que la dificultad que tenga el trámite debe apreciarse objetivamente, sin que ello impida encontrar casos de dilaciones indebidas en alguna etapa del conjunto (*v. gr.* un proceso puede tener lentitud sin constituir *in totum* un plazo irrazonable, y llevar varios años esperando la decisión del Superior Tribunal de la causa, constituyendo esa instancia un retraso temporal imputable a un órgano en particular).

149.2 Conducta de las partes

El proceso judicial tiene reglas temporales y principios que afirman la conducta leal, proba y honesta de los litigantes. En líneas generales, la buena fe en el proceso supone que las partes ejercitarán su respectivo derecho de defensa sin excesos ni abusos.

La mala fe, *a contrario sensu*, es una noción compleja. Para advertirla en el litigio, es menester atender su componente subjetivo, consistente en la intención o conciencia de perjudicar o engañar, y su elemento objetivo, es decir, la imprescindible manifestación externa de esa conciencia dolosa.

781. CNPenal Económico, Sala A, "García, Gustavo", 30/05/1997, La Ley 1997-E, 422 - DJ, 1997-3-928). Asimismo, no se configura defecto en la administración de justicia si las demoras no son imputables a los funcionarios judiciales o la ausencia de ellos, máxime si el proceso duró casi 5 años debido a la complejidad de la causa y a la cantidad de medidas de prueba, por aplicación del art. 442 Código Procesal que excluye expresamente del cómputo de plazos del art. 701 del mismo cuerpo legal las demoras causadas por articulaciones de las partes, diligenciamiento de oficios o exhortos, realización de peritaciones u otros trámites necesarios, cuya duración no dependa de la actividad del juzgado (CNFed. Civ. y Com., Sala III, "Rosa, Carlos A. c. Ministerio de Justicia y otro", 02/05/1997, La Ley 1998-B, 561).

Ambas relaciones coinciden con el concepto ético social que comprende la buena fe. El elemento ético sería la mala intención o conciencia de la propia sinrazón; y el valor social, la actuación de la parte demostrada en sus propios actos. Por eso, en el Derecho Procesal la intención no es causa bastante para sancionar, aunque debe recordarse que: "la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones" (art. 163 inciso 5°, CPCC).

Ahora, si la buena fe es la justa opinión de que lo que se ha hecho o se tenía el derecho de hacer –la presunción de buena fe– no es más que un principio general del cual cabe apartarse, no solo cuando se proporciona la prueba de la mala fe –que puede ser a través de presunciones graves, precisas y concordantes– sino también cuando las circunstancias del caso demuestren que la *bona fides* no puede haber existido.

En tal sentido, quien ha urdido con sus actos una prolongación innecesaria del proceso (malicia, en sentido estricto) no puede reclamar después por la demora inusual, y menos aun, pretender beneficiarse con una reparación indemnizatoria.

De esta conclusión surge que un litigante va contra sus propios actos cuando intenta formular una pretensión, dentro de una determinada situación litigiosa, que no es compatible con su obrar primero.

La doctrina de los actos coherentes se ampara en la buena fe, en cuanto el ordenamiento jurídico impone a los sujetos el deber de proceder, tanto en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas como en la celebración y ejecución de los negocios jurídicos, con rectitud y honradez.

Esta política, extendida al proceso, significa que la pretensión marca el hilo conductor de un juicio, condicionando a las partes y al juez, en razón del principio de congruencia, a ajustar sus intervenciones a los hechos y al derecho suscitado en la instancia.

149.3 Análisis de la función jurisdiccional

Las demoras procesales, a veces, son producto de la actividad del órgano jurisdiccional. Ello puede tener dos ángulos de observación: o se limita al caso concreto medido en su dimensión de tiempo y espacio; o se analizan otras circunstancias coadyuvantes en la rémora, como las deficiencias estructurales o la coyuntura afrontada (*v. gr.* juicios de amparo

promovidos en Argentina a consecuencia de las medidas económicas dispuestas a fines del año 2001).

El primer supuesto tiene consideración jurisprudencial en el caso "Mattei"[782] donde la Corte destaca que debe reputarse incluido en la garantía de la defensa en juicio consagrada por el art. 18 de la Constitución Nacional el derecho de todo imputado a obtener –luego de un juicio tramitado en legal forma– un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término, del modo más rápido posible, a la situación de incertidumbre y de innegable restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal.[783]

Desde otra perspectiva, se piensa que la insuficiencia de medios económicos, la ausencia de infraestructura, la imposibilidad de afrontar situaciones de emergencia, sin contar otras deficiencias estructurales y normativas, son fundamentos que impiden imputar responsabilidad a los jueces por las demoras incurridas en la sustanciación y resolución de un litigio.

Esta es una posición más flexible que permite distinguir entre aquellas situaciones pasajeras que surgen como consecuencia de un imprevisto y extraordinario aumento del número de procedimientos en determinadas jurisdicciones y órganos judiciales; y aquellas otras, de carácter prolongado y estructural, que se producen tan solo a partir de la inactividad del órgano judicial, que sin justificación alguna deja transcurrir el tiempo sin impulsar de oficio el procedimiento, sin emitir su resolución de fondo u omitiendo la adopción

782. CSJN, Fallos: 287:248.

783. También se afirmó que, como la duración razonable de un proceso depende en gran medida de diversas circunstancias propias de cada caso, el derecho a ser juzgado sin dilaciones indebidas no puede traducirse en un número de días, meses o años; sin embargo hay algunos factores insoslayables para saber si se ha conculcado la garantía a obtener un juicio rápido: la duración del retraso, las razones de la demora y el perjuicio concreto que al imputado le ha irrogado dicha prolongación (del voto en disidencia de los doctores Fayt y Bossert (CSJN, "Kipperband, Benjamín", 16/03/1998, La Ley, 2000-B, 831 [42.449-S]). En el caso "Cantos", la Corte Interamericana afirmó al analizar la conducta de las autoridades competentes, que no era un plazo razonable los 10 años transcurridos desde la presentación de la demanda hasta la resolución emitida por la Corte Suprema. Además, la Comisión advirtió que el expediente judicial estuvo un año fuera de la Corte Suprema de Justicia, y ésta, a su vez, demoró otro año en resolver la última solicitud sobre el beneficio de litigar sin gastos; mientras tanto, expidió el auto para dictar sentencia y emitió esta un año después.

de medidas oportunas y adecuadas para lograr la satisfacción real de las pretensiones de las partes.[784]

No obstante, cuando se aplica este criterio también suele derivarse la responsabilidad hacia el Poder Ejecutivo, por no haber aportado soluciones presupuestarias y, en consecuencia, haber contribuido a las dilaciones provocadas en los procesos judiciales.

Dice Vallespín Pérez que

> … el Tribunal Constitucional español sintetiza el problema en tres factores: a) el carácter indebido de la dilación no exige negligencia del juez en la protección del retraso; b) la acumulación de asuntos que pueda exculpar al juez no justifica la dilación en la producción del retraso; y c) la carencia de medios estructurales de los órganos judiciales no puede ser esgrimida como elemento de carácter exculpatorio.[785]

149.4 Consecuencias de la demora. Reparación y prevención del daño

Las demoras en el trámite judicial que lo llevan a desarrollarse en un plazo irrazonable obligan a resarcir a la víctima, que se ampara en el principio que afirma: *el daño injustamente causado origina el deber de reparar*.

Al referir al plazo razonable, la imputación de los factores de postergación que viola la oportunidad temporal para conseguir resultados útiles y efectivos no se considera únicamente con la terminación del proceso. En efecto, también las etapas pueden balancear el tiempo aplicado, de manera que la reparación pensada al inicio puede tornar hacia otra pretensión, de carácter preventivo, que busca evitar el daño.

De este modo, en lugar de pagar una indemnización que sustituye el dolor a cambio de una suma de dinero, aparece la denominada tutela inhibitoria que pretende impedir el perjuicio derivado de un daño potencial.

El tránsito de la reparación *ex post facto* a la prevención del daño supone, al mismo tiempo, modificar el eje de atención normativo. Mientras *ab initio* se castigó al autor del ilícito, actualmente se atiende la situación de la víctima. De este modo, el derecho a la indemnización,

784. Caso "Neumeister", sentencia de la CEDH, del 27/06/1968; cfr. caso "Buchholz" del 06/05/1981.

785. Vallespín Pérez, David, *op. cit.*, p. 143.

que era un valor equivalente a la ponderación del daño sufrido, ahora se convierte en un derecho creditorio que persigue garantir en su integridad al derecho en sí mismo.

La relación daño efectivamente sufrido igual a derecho a la reparación, pierde consistencia en este fenómeno que visualiza la asignación de responsabilidad allí donde haya la probabilidad de un daño injusto, difuminando el sentido objetivo antes consagrado.

Con este mecanismo, la idea fuerza que impulsa el principio de *plazo razonable* se adecua mejor al destino pensado. Es decir, antes que reparar el perjuicio sufrido, es mejor prevenir la repetición de las demoras inusuales o provocadas en el procedimiento judicial.

Teniendo en cuenta la dimensión constitucional del problema, las posibilidades de actuar con el principio mentado pueden perseguir: a) la satisfacción económica por la rémora judicial; o b) impedir la continuación o repetición del plazo procesal excedido e irrazonable.

El peligro de daño debe ser acreditado sin necesidad de forzar el proceso de prueba, pues debe ser manifiesta la gravedad del hecho o estar apoyado en una fuerte probabilidad para que suceda.[786]

150. Extensión del plazo razonable a todo tipo de procesos

Así como el concepto repetido de dilaciones indebidas se tiene como pautas de medición para el plazo razonable; también las materias que conciernen con la determinación de los derechos y obligaciones de

786. TC español, "Gral. Gallardo, José Francisco", 15/10/1996, con su doctrina es posible distinguir tres niveles diferentes referidos al supuesto de retraso que pueden ser extrapolados a todo caso de funcionamiento anormal: el primero, constituido por la simple irregularidad procesal, que no goza de la consideración de funcionamiento anormal indemnizable cuando no exceda de las cargas o molestias inherentes al desarrollo de la actividad en cuestión; el segundo, aquel en que tienen cabida los casos en los que existen irregularidades procesales o con incidencia en el proceso que alcanzan a ser configuradas como funcionamiento anormal indemnizable al concurrir los requisitos indispensables para ello; y el tercero, que incorpora aquellas irregularidades procesales o con incidencia en el proceso que comportan la vulneración de un derecho fundamental, que son también funcionamiento anormal, como ocurre en los casos de apreciación de las dilaciones indebidas. Cfr. Vallespín Pérez, *op. cit.*, p. 118 y ss.

orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, son llevadas al terreno de la solución en tiempo oportuno.

Dice la Comisión Interamericana que el concepto de debidas garantías se aplica también a esos órdenes y, por ende, en ese tipo de materias el individuo tiene derecho también al debido proceso que se aplica en materia penal.[787]

Una vez más se aplica para nuestro país el artículo 43 de la Constitución Nacional (que empalma con los arts. 8.1 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica), imponiendo el derecho de *toda persona* a un *proceso rápido y expedito*. Además, como el plazo razonable integra los contenidos esenciales del debido proceso, no se podría interpretar un sistema procesal diferente según la fisonomía del problema o el interés que en el mismo se ponga.

151. Pautas generales para definir el plazo razonable

Con insistencia destacamos la inconveniencia de establecer pautas temporales para indicar la aparición del plazo irrazonable en la duración de los procesos.

Inclusive, el mismo sentido de las palabras *plazo razonable* deja abierto el camino para la amplitud interpretativa; y hasta sería imprudente propiciar reglas o principios que con el devenir y progreso de las instituciones lleve a su misma contradicción. De algún modo, el *plazo razonable* es un concepto abierto, como lo son la moral, las buenas costumbres, el buen padre de familia, el orden público, y otras tantas voces donde la indefinición muestra la incapacidad del legislador para encontrar precisión conceptual, o quizás, porqué no también, el mensaje implícito de impedir bloqueos lingüísticos donde se necesita libertad y criterios amplios.

Vale decir que la idea se concreta como un derecho en permanente evolución que se influye y modifica por los cambios y

787. Opinión Consultiva 11/90; 10/10/1990. Asimismo, el artículo 8.1 establece el derecho que tiene toda persona de ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente. El derecho a un proceso "dentro de un plazo razonable" que prevé la Convención Americana se fundamenta, entre otras razones, en la necesidad de evitar dilaciones indebidas que se traduzcan en una privación y denegación de justicia en perjuicio de personas que invocan la violación de derechos protegidos por la referida Convención (dictamen de la Comisión del 15/10/1996, *in re* "Gral. Gallardo, José Francisco").

transformaciones que le inciden (*v. gr.* reformas procesales; cambios constitucionales; exigencias sociales; etc.). Es un principio antes que una regla, y como tal tiene su norte en la justicia, antes que en resolver una deficiencia estructural.

Empero es válido tener un estándar donde reflejar los tiempos y comparar las circunstancias, criterio que como antes se dijo tiene España, aplicado como *duración media de los procesos de igual tipo*.

De este modo, el Poder Judicial recibe una doble imposición de fuente constitucional. Por un lado tiene que dar solución a los conflictos estructurales del sistema, y a renovar el método de enjuiciamiento cuando sea este el motivo de los desvelos. Por otro, ha de fiscalizar el cumplimiento de los tiempos establecidos y aplicar con firmeza y prudencia las dilaciones que el tribunal mismo provoque.

El art. 167 del Código Procesal sanciona con la pérdida de jurisdicción al juez o tribunal que no hubiere dictado sentencia dentro del plazo pertinente y prescribe la nulidad de la sentencia dictada con posterioridad a ese vencimiento. Si la parte se opone expresamente a tener por válida una sentencia tardía, la misma deberá ser anulada sin perjuicio de los agravios que se tengan contra la misma.[788]

788. CSJN, Fallos: 304-1663, "Destri, Humberto M. c. Zatti, Luis A. y otros", 18/11/1992. Ahora bien, en ese planteo expreso no resulta atendible la cuestión si es deducida una vez que la parte ha tenido conocimiento de la sentencia que le es desfavorable, doctrina esta fundada en el principio que exige rectitud y buena fe en el ejercicio de las acciones ante los tribunales de justicia.
La nulidad que contempla el art. 167 apart. 3º del Código Procesal, como consecuencia de la pérdida automática de la jurisdicción derivada del vencimiento del plazo para fallar, solo rige en los supuestos de sentencias definitivas, según resulta de generalizada interpretación y expresa referencia en el texto normativo citado, por lo que no procede dicha hipótesis en los casos de demora en proveer el escrito de apelación y en el que se plantee la nulidad de las actuaciones, ya que no se trata en ninguno de los casos de sentencia definitiva (del dictamen del Fiscal ante la Cámara que esta comparte y hace suyo) (CNCom., Sala A, "Tavella y Cía. S. A. s/ quiebra s/ inc. de rev. por: Banco Español del Río de la Plata", 29/02/1996, LL, 1997-A, 361 [39.234-S] DJ, 1997-1-416).
La multa es una sanción pecuniaria que no podrá exceder el 15% de la remuneración básica del Juez de primera o segunda instancia, que resulta independiente de la pérdida de jurisdicción.
No obstante no corresponde aplicar la multa, a los jueces de la Cámara de Apelaciones a quienes el recurrente denuncia por haber dictado sentencia vencido el plazo legal y sin solicitar uno nuevo a la Corte Suprema, si las razones expuestas por aquellos en el informe producido justifican, en el caso, la demora y omisión en que incurrieron (CSJN, "Berardi de Berardo, Adela c. Acre, María R.", 18/11/1982, LL 1983-C, 600 (36.405-S).

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos, cuando debió considerar el tiempo razonable de los procesos, estableció pautas en distintos casos. Por ejemplo, en "Neves e Silva c. Portugal" (27/04/1989) dijo que el plazo de seis años y siete meses era excesivo para comprobar si la causa estaba o no prescripta. En "Troiani Marcelo c. Italia" (06/12/2001) se ocupó de una denuncia radicada ante el Tribunal de disciplina de los abogados y sostuvo que ella no juzgaba en tiempo equitativo y razonable si había llegado a trece años y nueve meses, habiendo recorrido siete instancias. En la causa "Selva c. Italia" (11/12/2001) que versaba sobre un reclamo contractual también declaró irrazonable el lapso corrido de catorce años en dos instancias; y finalmente en "Gentilhomme c. Francia" (14/05/2002) resolvió que se violaba el principio del plazo razonable cuando para decidir un juicio de daños y perjuicios, en única instancia, se había llegado a cumplir siete años, un mes y diecisiete días.

El XXII Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado en la ciudad de Paraná (Entre Ríos) desde el 12/06/2003, polemizó en esta línea de aceptar o no reglas temporales que orienten o adviertan cuando el proceso torna su tiempo en irrazonable.

En definitiva, el derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz que obtenga sentencia dentro de un plazo razonable, evitando dilaciones indebidas, se consagra desde los Tratados y Convenciones internacionales, concretándose como derecho a la tutela judicial efectiva en el artículo 43 de la Constitución Nacional. No hay una obligación temporal establecida con parámetros, porque la medida del tiempo depende de las circunstancias, y pese a la generalidad del aserto, creemos que es más útil el sentido común que la peligrosidad de reglas que impongan la rapidez sin control ni razones.

En suma, debido proceso es aquel que tiene reglas claras y simples que no dificultan el tránsito por sus diversas etapas, donde la actividad se ejercita en primer lugar a través de los recursos y mecanismos procesales que permitan dar al pleito el curso legal correspondiente.

Es decir, la primera trinchera contra el retardo injustificado es el proceso mismo. Solo cuando han fallado estas armas y se ha producido un daño a la parte, queda expedita la fórmula indemnizatoria que surge respaldada por la violación al plazo razonable.

No se trata de resarcir el daño producido por el error judicial, que en todo caso, es diferente al supuesto que se analiza. Se pretende indemnizar al perjudicado por el anormal funcionamiento del servicio de justicia.

152. El procedimiento indemnizatorio en caso de violación a la garantía del plazo razonable

Ya hemos visto que para determinar la existencia de un proceso ineficaz por violar el principio del plazo razonable, no se requiere comparar parámetros específicos; aunque se pueda echar mano a los criterios generales que tienen presente la complejidad del caso, el volumen de asuntos ante el órgano judicial, la conducta de los litigantes, el comportamiento de los órganos judiciales, las consecuencias perjudiciales del retardo, el alargamiento del proceso en relación con el "nivel medio admisible" y la valoración de las deficiencias estructurales de la organización judicial.

Si el cuadro a confrontar evidencia, por ejemplo, que la conducta de las partes obró a favor de la demora, en ningún caso habrá lugar a la indemnización ante el error judicial o el anormal funcionamiento de los servicios.

Lo mismo puede decirse cuando se comprueba el mero incumplimiento de plazos procesales establecidos (*v. gr.* plazos para dictar las resoluciones judiciales), porque no es una causal aislada de los demás criterios.

La determinación de la indemnización tiene un sistema procesal específico, que parte de asignar competencia al órgano judicial de igual competencia que el denunciado, y si este fuera la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la misma se integraría con jueces *ad hoc* designados al efecto.

Cabe aclarar que se habla de un procedimiento especial independiente de los procesos de responsabilidad civil y penal de jueces y magistrados; porque lo que interesa es la producción de un daño en el patrimonio del litigante a causa de un retardo irregular del servicio de administración de justicia.

Esta cuestión es separable de la concurrencia de ilicitud en el juez o en los magistrados actuantes. Otra cosa es que, si la Administración es condenada a indemnizar, esta ejerza la acción de repetición contra el juez o magistrado que –con dolo o culpa grave– causó la lesión.

En realidad el sistema no es muy diferente del que debe situarse cuando se demanda la responsabilidad patrimonial del Estado. Corre el mismo plazo de prescripción, y se aplica el proceso ordinario de conocimiento.[789]

En Europa donde el sistema se ha afinado se establece un sistema por audiencias donde cabe lugar principal al encuentro de conciliación.[790]

789. En España, el proceso es el propio de toda solicitud de iniciación de un procedimiento administrativo, tal como lo establece el art. 70 LRJPAC: nombre y apellidos del interesado (y, en su caso, del representante); identificación del lugar a efectos de notificaciones; hechos, razones y petición; lugar y fecha; firma del solicitante; órgano administrativo al cual se dirige.
Se deben indicar las lesiones producidas y relación de causalidad entre estas y el funcionamiento del servicio público. Recordemos: no basta la mera dilación. Es preciso que esta genere un concreto daño en cualquiera de los bienes o derechos del litigante. Se debe evaluar la magnitud económica de la responsabilidad patrimonial: tal como indica el art. 2.2. del R.D. 429/1993, el procedimiento tiene como objetivo la fijación de la cuantía y del modo de la indemnización (no se limita, pues, a la declaración de la existencia de responsabilidad). Como pauta general, el art. 141.2 LRJPAC indica que "la indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación de expropiación forzosa, legislación fiscal y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado".
También se debe establecer el momento en que la lesión efectivamente se produjo: el art. 141.3 de la LRJPAC recuerda que "la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo". Este precepto se remite, en materia de intereses de demora, a la Ley General Presupuestaria de 1988 (que declara que se tendrá en cuenta el interés general del dinero: arts. 45 y 36). Dicho esto, es cierto que el cómputo puede ofrecer dificultades (máxime en el momento primigenio del trámite). Por eso, el art. 6.1 del R.D. 429/193 solo exige ahora esta evaluación económica "si fuera posible".
Además, la instancia "irá acompañada de cuantas alegaciones, documentos e informaciones se estimen oportunos, y de la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante" (art. 6.1 del R.D. 429/1993).

790. Manuel J. Silva Sánchez y Juan Amenós Álamo, informan que el art. 8 de las normas antes citadas (LRJPAC) dispone que, en cualquier momento del procedimiento anterior al trámite de audiencia, el órgano competente, a propuesta del instructor, podrá acordar con el interesado la terminación convencional del procedimiento mediante acuerdo indemnizatorio. Si el interesado manifiesta su conformidad con los términos de la propuesta de acuerdo, se procederá a evacuar el trámite de informe del Consejo General del Poder Judicial. Posteriormente, el órgano competente someterá la propuesta de acuerdo para su formalización por el interesado y por el órgano administrativo que deba suscribirlo. Ahora bien, el Ministro de Justicia (o el órgano en que delegue) puede estimar improcedente la formalización de la propuesta de terminación convencional. En tal caso, dictará resolución en los términos ordinarios (que veremos de inmediato). Durante el plazo del trámite de audiencia, lo haya hecho o no con anterioridad, el interesado podrá proponer al órgano instructor la conclusión

El proceso se resuelve mediante la prueba del perjuicio, y aligerando la carga de las afirmaciones teniendo en cuenta que es el Estado quien está en mejores condiciones para demostrar que su funcionamiento no ha sido irregular.

La resolución se ajustará con carácter general a lo dispuesto en el art. 89 de la Ley N° 30/1992, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, sancionada el 26/11/1992, (LRJPAC) el cual establece la expresión de los recursos que procedan y plazo para interponerlos, utilización de informes o dictámenes como motivación, etc.). Pero el art. 13.2 del Real Decreto N° 429/1993 exige que la resolución se pronuncie "necesariamente" sobre:

- La existencia o no de relación de causalidad entre el funcionamiento del servicio público y la lesión producida.
- La valoración del daño causado y la cuantía de la indemnización, explicitando los criterios utilizados para su cálculo.

Un punto de generosidad nos ofrece el art. 141.4 LRJPAC cuando precisa que "la indemnización procedente podrá sustituirse por una compensación en especie o ser abonada mediante pagos periódicos, cuando resulte más adecuado para lograr la reparación debida y convenga al interés público, siempre que exista acuerdo con el interesado".

convencional del procedimiento, fijando los términos definitivos del acuerdo indemnizatorio que estaría dispuesto a suscribir con la Administración Pública (art. 11.2 del mencionado Real Decreto). Si el instructor está de acuerdo, se procede como en el supuesto anterior (informe del Consejo General del Poder Judicial y elevación de la propuesta ante el órgano competente para resolver).

Estamos, en definitiva, ante una concreción de la terminación convencional del procedimiento administrativo, dispuesta con carácter general en el art. 88 LRJPAC. Al acuerdo también puede llegarse cuando –impugnada la resolución administrativa– nos hallamos ya en el litigio ante la jurisdicción contenciosa. El justiciable, que empezó solicitando a la Administración Pública una indemnización por dilación de un pleito, ha vuelto de nuevo al ámbito judicial y quizás el cuerpo le pide ya (perdónese la expresión) un mal acuerdo o lo que sea. Como un clavo ardiendo, aparece ante sus ojos el art. 77 de la nueva LJCA, que regula la transacción judicial. El art. 77.1 recuerda que esta transacción puede promoverse, en particular, cuando el juicio verse sobre estimación de cantidad. Del art. 77.2 se deriva que podrá producirse en cualquier momento anterior al día en que el pleito haya sido declarado concluso para sentencia. El art. 77.3, en fin, precisa que "si las partes llegaran a un acuerdo que implique la desaparición de la controversia, el Juez o Tribunal dictará auto declarando terminado el procedimiento, siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros". Dato capital en esta transacción será no únicamente la cuantía de la indemnización, sino también la posible estipulación de concretos plazos para su cobro.

Contra la resolución ya no cabe recurso administrativo (salvo el extraordinario de revisión) y queda expedita, por tanto, la vía contencioso-administrativa. Ya estamos de nuevo, pues, en el ámbito judicial. No hay aquí especialidad procedimental alguna, aunque sí queremos consignar la nueva redacción del art. 71.1.d) LJCA, relativo a un supuesto de estimación del recurso contencioso-administrativo:

> Si fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios, se declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando, asimismo, quién viene obligado a indemnizar. La sentencia fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya definitiva concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia.

Cabe agregar que la persecución por lograr un plazo razonable en la terminación de los procesos no es una máxima declamada sin más razonamientos que la utopía. Se trata, nada más y nada menos, que de resolver uno de los más graves problemas de la administración de justicia en la hora presente y su resolución demanda una reflexión global sobre esta función del Estado.

Por tanto, para garantizar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (tal como propone el art. 24.2 de la Constitución española) el ordenamiento comparado ha dispuesto dos mecanismos.

El primero es la invocación del defecto en el curso del proceso (a través de la queja del litigante o de los recursos dispuestos por la ley rituaria). El segundo es la percepción de una indemnización que repare los daños que, en el patrimonio de la parte procesal, ha causado el retardo. Se configura así la dilación indebida como un supuesto de funcionamiento anormal de la administración de justicia.

La determinación de la indemnización solo cabe si el retardo procesal ha causado un daño efectivo, evaluable económicamente e individualizado.

152.1 ¿Quién tiene derecho al resarcimiento?

Una de las derivaciones que tiene otorgar un derecho indemnizatorio a quien padece los efectos del tiempo procesal ocurre con la asignación de titularidad o legitimación procesal para el ejercicio de la pretensión resarcitoria.

Sucede que si al concierto de lo explicado con anterioridad este derecho se otorga a todos quienes hayan sido partes en sentido procesal, podría quedar el Estado constituido en damnificado, confundiendo la naturaleza y finalidad que tiene la dimensión constitucional del principio.

En efecto, si bien es cierto la doctrina administrativa esclarece oportunamente la personalidad del Estado cuando actúa en un proceso judicial, también sucede que consentir esa individualidad colisiona con esta garantía que se ejerce esencialmente "contra el Estado".

A igual tiempo, una interpretación tan sesgada genera una desigualdad en el tratamiento que debiera relegarse. No obstante, el estudio sistemático de los plazos procesales muestra, una vez más, la ambivalencia con que se reglamentan las situaciones procesales del Estado frente a los particulares, ofreciendo al primero una ampliación de plazos que no resiste el menor análisis cuando se piensa en el objetivo de aceleración y simplificación del litigio (*v. gr.* art. 338 párrafo segundo del Código Procesal federal).

En consecuencia, aunque se ratifica que el plazo razonable de un proceso no se cumplimenta con comprobar la oportunidad de los términos dispuestos; también es verdad que la extensión irrazonable de los plazos que benefician al Estado no le puede servir de causa para alegar, posteriormente, que el proceso violó la garantía que venimos comentando.

Con relación a *las partes*, se entiende que la legitimación se concede a quienes así han quedado declarados en el proceso donde se ha ocasionado la dilación que provoca el incumplimiento al plazo razonable.[791]

En consecuencia, la legitimación procesal contrae también las pretensiones que se pueden plantear y los tiempos cuando se concretan, a saber:

> Cuando el proceso termina en tiempos absurdos respecto a la razonabilidad de los plazos aplicados, no importa el resultado final; es decir, la

791. Vallespín Pérez, David, *op. cit.*, p. 167 y ss. No obstante, el autor sostiene que esta conclusión no debe ser tan certera, porque si el art. 162.1.b de la Constitución española permite deducir el recurso de amparo a toda persona que invoque un interés legítimo, podría concluir que no debería cerrarse la eventual posibilidad de intervención como demandante o codemandante en el proceso de amparo por violación del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, de aquellas personas que aunque no hayan sido parte formal en el proceso donde éstas se produjeron, tienen no obstante, un interés legítimo en su reparación.

legitimación procesal supone reclamar por la violación al principio de plazo razonable, demandando por los perjuicios que ello ha generado y que no se pueden derivar del resultado de la sentencia. Son daños diferentes que se deben alegar y probar.

a. La legitimación le corresponde tanto al actor como al demandado, quedando fuera de este marco –en nuestra lectura– el Estado Nacional constituido en justa parte en el proceso donde han sucedido las dilaciones indebidas.
b. Se puede demandar preventivamente, persiguiendo evitar los efectos perniciosos del paso del tiempo, cuando el proceso se paraliza, detiene o tiene rémoras inusuales en el trámite de una instancia en particular. El objeto puede ser restitutivo cuando la pretensión llega de las partes; y es inhibitorio o preventivo si la demanda la deduce el Defensor del Pueblo.

152.2 Responsabilidad del juez y del Estado

No vamos a elaborar en este sector una teoría de la responsabilidad patrimonial del Estado y sus funcionarios, ni pretendemos hacerlo en un campo que no es el nuestro. Solamente el parágrafo lleva la intención de presentar al sujeto pasivo de la obligación de reparar, teniendo en cuenta para ello todo lo dicho precedentemente.

Es evidente que en la búsqueda de responsables por la demora judicial se puede llegar a encontrar varios involucrados, desde el juez que provoca o padece la inercia judicial, pasando por los abogados y partes que colaboran con sus actos en la rémora, siguiendo por el Poder Ejecutivo que no toma a su cargo la provisión de medios e insumos necesarios para solventar la infraestructura, continuando con el Poder Legislativo que es constitucionalmente responsable por la omisión en sancionar reformas reclamadas, etcétera. Inclusive, el artículo 36 de la Constitución Nacional hace responsables a los funcionarios y a los particulares que se enriquecen en forma ilegítima a expensas del erario público.

Tampoco se trata de manifestar nuestra desilusión con el fracaso evidente de la regla de responsabilidad establecida en las leyes de fondo; ni de establecer, en definitiva, si el juez puede ser o no tomado como funcionario público y quedar alcanzados los paradigmas del Estado responsable.

El problema a presentar es simple. El Estado argentino adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos y agregó al plexo constitucional una serie de Tratados sobre Derechos Humanos que obligan a enmendar, corregir, adaptar, transformar, crear, y en definitiva, asumir positivamente que tiene nuevos deberes constitucionales que cumplir. Entre esos derechos fundamentales se consigna el que los procesos deben sustanciarse y terminarse en un plazo razonable, bajo apercibimiento de que la demora indebida e injustificada transforma la rémora en una obligación indemnizatoria a favor del afectado.

Cuando el objetivo de rapidez se instruye desde una norma de carácter transnacional, el horizonte se generaliza y aplica sin observar el destinatario sino el deber a realizar. Por eso, cuando el proceso judicial tiene demoras imputables al Estado y no concreta la eficacia ni la justicia requerida, se refuerza la tesis de la responsabilidad, porque la vigencia de las normas incorporadas serían absolutamente debilitadas si el particular afectado no tuviera medios o mecanismos para denunciar la alteración y reclamar el resarcimiento prometido.

Es una manifestación distinta de la responsabilidad: se produce por una omisión que provoca actos de aletargamiento y dilación que socavan el derecho a un proceso rápido, sencillo y eficaz. Curiosamente es una omisión objetiva que se expone en *acciones positivas* (*v. gr.* errores de procedimiento, dilaciones provocadas por excesos formales, exceso ritual, arbitrariedad manifiesta, etc.) o *negativas* (*v. gr.* demorar sin necesidad ni fundamentos el dictado de la sentencia, no adoptar medidas de aseguramiento, o de tutela anticipada que pudieron actuar oportunamente).

En cuanto al sujeto pasivo a demandar, surge *prima facie* evidente que la inercia judicial se produce por comportamientos abúlicos de la magistratura, por el accionar galvanoso del juez, por la ausencia de interés en impulsar el proceso a una sentencia oportuna, entre otras declinaciones del deber de actividad que tiene la función jurisdiccional. En tal caso, el juez debe responder patrimonialmente si es considerado responsable de la violación al principio del plazo razonable.

Si las demoras se suscitan con causas convergentes (*v. gr.* problemas de infraestructura; colapso institucional por exceso de causas; etc.) y el Estado no tiene reacción alguna; la omisión lo vuelve responsable.

En suma, el problema de la responsabilidad del Estado no es diferente de la responsabilidad del juez, en la misma dimensión en la que quedan atrapados los funcionarios públicos.

152.3 Demoras en la ejecución de la sentencia

El plazo razonable se interpreta en el conjunto de instancias y con el signo de la unidad jurisdiccional, de modo tal que se aprecia el tiempo invertido en total sin perjuicio de advertir cuándo y cómo suceden las dilaciones indebidas. Ello no impide dotar de cierta autonomía a las etapas, fomentando la acción del principio como preventivo de eventuales daños que la demora pueda suscitar (*v. gr.* si la Corte nacional tiene un recurso pendiente donde el agravio se produce por la imposición de un impuesto mal aplicado, los intereses que viene generando el incumplimiento tributario sumado al riesgo de la acción ejecutiva, son medidas que se pueden advertir por esta vía –como admonición y anticipo de una responsabilidad que se avizora en la rémora en expedirse– o bien, a través de medidas cautelares que, respecto del plazo, tienen escasa o nula incidencia).

Incluso, la lectura armónica que ha de recibir el concepto de oportunidad para desarrollar y finalizar un proceso, debe comprender la etapa de ejecución de la sentencia, porque de otro modo, la dilación indebida queda suprimida por caprichos etimológicos que interpreten que el proceso finaliza con la expedición del pronunciamiento definitivo; abriendo la ejecución un nuevo proceso y, como tal, un tiempo nuevo de cómputo independiente.[792]

792. CIDH, Informe N° 03/01 "Caso 11.670", del 19/01/2001. Un buen ejemplo de la influencia que tienen las recomendaciones de dicho Organismo en esta faceta de análisis sobre el cumplimiento del plazo razonable se aprecia en este Informe. Entre el 27/12/ 1995 y el 30/09/1999, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos recibió peticiones de varias personas naturales –en su propio nombre o en el de un tercero, por sí mismas o a través de su representante legal–, y de varias organizaciones no gubernamentales (individual o colectivamente) a favor de 47 presuntas víctimas. Las peticiones denuncian la violación de los derechos a las garantías judiciales (artículo 8), a la propiedad (artículo 21), a la igualdad ante la ley (artículo 24) y a los recursos efectivos (artículo 25(2) (c)) y, de los deberes de los Estados de respetar los

derechos (artículo 1(1)) y de adoptar medidas para hacerlos efectivos (artículo 2), establecidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También alegan la violación de los derechos a la salud y al bienestar (artículo XI) y a la seguridad social en relación con el deber de trabajar y aportar a la seguridad social (artículos XVI, XXXV y XXXVII) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (en adelante la Declaración) por parte de la República Argentina (en adelante el "Estado", el "Estado argentino" o "Argentina"). Los peticionarios son jubilados, que han reclamado el reajuste de sus haberes previsionales ante el ANSeS, el cual es un ente descentralizado del Ministerio del Trabajo y Seguridad Social del Poder Ejecutivo Nacional (anteriormente la Caja Nacional de Previsión Social). A partir del año 1992, el ANSeS comenzó a expresar su disconformidad con las sentencias relativas al régimen de movilidad o los intereses de los reajustes previsionales por vía del recurso extraordinario ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación. A partir de la vigencia de la Ley 24.463, del 30 de marzo de 1995, entró a regir un nuevo sistema y se otorgó un plazo de gracia excepcional al ente administrador para organizar la transición de un régimen a otro, al término del cual estaba sometido a los plazos procesales del juicio sumario. Los Juzgados Federales de Primera Instancia de la Seguridad Social creados por la Ley 24.463 solo comenzaron a funcionar a partir de febrero de 1997.

Los peticionarios alegan que las violaciones fundamentales son las referentes a los artículos 8 y 25 de la Convención por el retraso en dictar sentencias definitivas para la determinación de los derechos de las presuntas víctimas; la postergación de la ejecución de las sentencias; y la ejecución inadecuada de las mismas. En cuanto al cómputo del plazo razonable, consideran que se inicia a partir del comienzo de la vía administrativa y finaliza, no cuando se dicta la decisión definitiva, sino cuando dicha decisión se hace efectiva con su ejecución o cumplimiento. Así, la necesidad de acudir a otras instancias para obtener el cumplimiento de una decisión judicial ante el ANSES debe ser tenida en cuenta en la medida en que el resultado que se obtenga de aquellas pueda influir en el éxito del litigio. La Comisión consideró que una vez que la Convención entró en vigor en el Estado, ésta y no la Declaración se convirtió en fuente primaria de derecho aplicable por la Comisión, siempre que la petición se refiera a la presunta violación de derechos idénticos en ambos instrumentos y no se trate de una situación de violación continua. En el presente caso, existe una similitud de materia entre las normas de la Declaración y de la Convención invocadas por los peticionarios.

Así, los derechos a la justicia (artículo XVIII) y a la propiedad privada (artículo XXIII) consagrados en la Declaración se subsumen en las normas que prevén los derechos protegidos en los artículos 8 y 21 de la Convención. Por tanto, con relación a dichas violaciones de la Declaración, la Comisión solo se refiere a las normas de la Convención. En consecuencia, confrontados los tiempos que llevaban sin ejecución las sentencias dictadas, derivó en advertir la violación a las garantías judiciales establecidas en el principio del plazo razonable.

La CIDH señaló el retraso en los procedimientos advirtiendo demoras que oscilaban aproximadamente entre tres y seis años. Por ello consideró que los retrasos constituían *prima facie* un retardo injustificado en los mencionados procesos.

153. Conclusiones

La protección judicial que se propicia desde los tratados y convenciones internacionales incorpora, como uno de los derechos fundamentales que se agregan al "debido proceso", la garantía de sustanciar el procedimiento en un plazo razonable. Se trata nada más que de concretar el derecho a un juicio justo, imparcial y rápido, que brinde la posibilidad, pero nunca el respaldo para un resultado favorable.

En sí mismo, una sentencia contraria emanada de un proceso regular y equitativo no constituye una violación de la Convención, tal como se dijo en la causa "Marzioni c. Estado Argentino" (conclusión de la Comisión del 15 de octubre de 1996). En las sociedades democráticas, en que los tribunales funcionan en el marco de un sistema de organización de los poderes públicos establecido por la Constitución y la legislación interna, corresponde a los jueces competentes considerar los asuntos que ante ellos se plantean, auspiciando una cobertura completa que cubra espacios para el acceso, la contradicción oportuna y una sentencia fundamentada, todo ello en un tiempo ajustado a los intereses en litigio y de acuerdo con sus propias circunstancias.

La Corte Interamericana ha interpretado este conjunto de garantías estableciendo que según la Convención Americana, los Estados partes se obligan a suministrar recursos judiciales efectivos a las víctimas de violación de los derechos humanos, recursos que deben ser sustanciados de conformidad con las reglas del debido proceso legal, todo ello dentro de la obligación general a cargo de los mismos Estados de afianzar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por el Pacto a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (artículo 1) (Informe de la Comisión del 22/12/ 1999 "Ellacuria, Ignacio").

El hecho de que los retrasos no sean imputables a conducta dolosa o negligente alguna, sino al exceso de trabajo que pesa sobre determinados órganos judiciales, puede exculpar a los jueces y magistrados de toda responsabilidad personal, pero no priva a los ciudadanos del derecho a reaccionar frente a los retrasos, ni permite considerarlos inexistentes o, dicho con mayor exactitud, no autoriza

a considerar que la dilación no es injustificada, sin prueba alguna de que se haya intentado agotar todos los medios que las circunstancias permiten para evitarla.

Cuando la vulneración del derecho al proceso sin dilaciones indebidas no se invoca frente a una situación de simple inactividad, sino como resistencia frente a la tardía producción de un determinado acto, el restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho solo puede alcanzarse liberándolo de las consecuencias dañosas que la dilación le haya ocasionado.

La normativa vigente ha de interpretarse en el sentido más favorable para la efectividad del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, pues aunque las formas y requisitos del proceso cumplen un papel de capital importancia para su ordenación, no toda irregularidad formal puede convertirse en un obstáculo insalvable para su prosecución, con repudio de formalismos enervantes contrarios al espíritu y finalidad de la norma, pero teniendo asimismo en cuenta que no puede dejarse al arbitrio de cada parte el cumplimiento de los requisitos procesales y la disposición del tiempo en que ha de cumplirse.

Dicho esto, existe un planteo final a resolver, que asienta en la dicotomía radical que permanece en todos los Convenios sobre Derechos Humanos.

Una clara finalidad del sistema creado es suministrar un remedio al individuo para lograr una suerte de cuarta instancia que revise las acciones del Estado frente a los compromisos asumidos al ratificar los Tratados e incorporarlos a su derecho interno. Pero, además, esta acción positiva del Estado introduce un cambio sustancial en el principio de la supremacía constitucional, porque aun cuando se diga que los Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos tienen una jerarquía inferior a los dogmas constitucionales, lo cierto es que esto es un dato menor frente a los hechos que revisa la jurisdicción supranacional. De todos modos, el derecho interno se convierte a suerte del estudio transnacional, en hechos relevantes que se constatan y confrontan sin excepciones.

Por tanto, la misión de estos sistemas de protección a los derechos humanos, no piensan ni se detienen en sistemas procesales, sino en

el conjunto de garantías aceptados como reglas mínimas que ningún Estado puede interpretar a su antojo.[793]

793. Desde ese punto de vista –se ha dicho– el lugar del remedio para el individuo, con independencia de lo importante que sea, principalmente vinculado con las infracciones más graves, es secundario en relación con el primer objetivo, que consiste en elevar el nivel general de protección de los derechos humanos, y en extender la jurisprudencia al conjunto de la comunidad de los Estados que forman parte del Convenio. Desde la perspectiva de la efectividad del sistema, se pone entonces acento en la necesidad de evitar la repetición de las circunstancias que dan lugar a la infracción. Sin embargo, este contexto debe adecuarse con la situación actual de los Tribunales, que tienen una carga de asuntos que crecen sin cesar procedentes de diversidad de lugares. En Europa, son cuarenta y tres Estados, que serán pronto cuarenta y cuatro, y después cuarenta y cinco... Además, reúnen –continúa afirmando– una población de más de 800 millones de habitantes. El futuro del sistema no debería depender de una reparación legal individual. Esto nos lleva a algunas cifras. El Tribunal tiene actualmente 23.000 consultas pendientes ante sus órganos decisorios. Una auditoría realizada en 2001 por el servicio de auditoría interna del Consejo de Europa preveía más de 20.000 consultas anuales de aquí a 2005. Nuestras propias cifras nos hacen pensar que el aumento será aún más rápido. En 2001, hemos registrado unas 14.000 consultas. El número de consultas ha aumentado en cerca de un 130% a partir de la entrada en funciones del Tribunal actual, en noviembre de 1998, y en cerca del 400% desde 1988. El potencial de aumento es casi ilimitado como consecuencia de la ampliación del Consejo de Europa en el curso del último decenio, y esta situación no hará más que agravarse cuando los nuevos Estados miembros hayan ratificado el Convenio. Por otra parte, la evolución de la carga de los asuntos no es simplemente cuantitativa. La naturaleza de los asuntos que aparecen ante el Tribunal refleja inevitablemente el cambio de composición del Consejo de Europa, donde un número importante de Estados se encuentran aún en transición en varias consideraciones y, en particular, por lo que se refiere a su orden judicial, si bien algunos de ellos han conseguido ya un progreso considerable. Estos Estados se arriesgan a volver a encontrar problemas estructurales que no puedan ser resueltos el día de mañana. Los imperativos políticos comprensibles de los embriagadores días que siguieron a 1989 han dado al Tribunal dolores de cabeza, justo es decirlo, precisamente porque se trata de un Tribunal, y porque debe resolver cuestiones de derecho sin preocuparse de la oportunidad política (Discurso de Luzius Wildhaber, Presidente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, pronunciado en Madrid ante el Tribunal Constitucional, 07/06/2002).

Capítulo XXI
El principio dispositivo

154. Nociones generales

Hace mucho tiempo, David Lascano dijo que el principio dispositivo o "derecho de disposición" tenía un valor importante en todos los países civilizados, pero como su interpretación no era uniforme, resultaba preciso aclarar su concepto y determinar sus alcances para ver hasta dónde se podía conciliar con la "publicización" del proceso, que por entonces era otro principio que hacía camino y pugnaba por imponerse.[794]

Obsérvese que esta relación entre principio dispositivo y publicización del proceso civil (cuyo significado explicamos más adelante) fue un alerta inmediato entre los juristas que presenciaron el cambio. Veamos por qué:

En la consideración del principio de *disposición* u *oportunidad*, surgen varios brocardos romanos: *ne eat iudex ultra petita partium; nemo iudex sine actore; ne procedant iudex ex officio; secundum allegata et probata iudex iudicare debet*.

Con ellos se estableció una clara pauta: el juez actúa únicamente a petición de parte interesada, y por ello debe abstenerse de obrar por sí (de oficio) determinados hechos, aunque no impliquen modificar la demanda.[795] Al tener que fallar conforme lo pedido y probado, se agregó el *principio de congruencia* entre la pretensión y la sentencia definitiva. De este modo, el pronunciamiento definitivo se debía referir a lo reclamado por las partes; nunca menos, diferente o en demasía.

El problema fue que no siempre el principio dispositivo quedó circunscrito en los límites previstos, porque a veces se lo replegó al principio de "aportación de parte" (que se relaciona con los hechos

794. Lascano, David, "El principio dispositivo en el proceso moderno", en *Revista de Derecho Procesal* (dirigida por Hugo Alsina), Vol. 2, Buenos Aires, Ediar, 195, p. 1 y ss.

795. Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, México, Cárdenas, 1989, T. III, p. 60.

alegados y la carga de la prueba sobre ellos), y en otras quedó alterado con las interferencias que generó sobre la congruencia procesal y el alcance subjetivo de la cosa juzgada.

En otros términos, la cuestión "política" o "ideológica" del principio dispositivo fue señalar cómo participaba el Estado (a través de los jueces) en la contienda particular y privada, de manera que la respuesta osciló generando la polémica entre pertenencia del proceso (cosa absolutamente de las partes), o el interés jurídico a tutelar (interés público siempre presente, aun en los conflictos entre partes).

Así se llegó a plantear si "lo dispositivo" era una regla pensada para las partes; o si estaba destinada a organizar la intervención del Estado en los asuntos que fueran de su interés. En uno y otro caso, el principio de congruencia quedaba inmerso en las posibilidades de cada cual (o se reducía al marco de las peticiones; o se ampliaba a otras situaciones amparadas en la extensión de dar a cada uno lo suyo "haciendo justicia").

> Por eso, esta ambivalencia propia de la política científica y, también ideológica, vinculó al *tipo procesal dispositivo* con los sistemas liberal-individualistas, y el *tipo procesal inquisitivo* con las formas autoritarias de gobierno;[796] y más recientemente Montero Aroca encuentra que esa no es una relación comparable, al sostener que cualquier ley o código, sea cual fuere la materia que regula, "es siempre expresión de la concepción ideológica propia de la sociedades que se hace y de la sostenida por los responsables políticos que lo hacen.[797]

De esta manera al llevar la discusión al campo de las ideas, sostiene el profesor de Valencia, hay que tener en cuenta el sentido que ocupa el "liberalismo individualista", es decir, la libertad de empresa en un mercado libre y su relación con el derecho de propiedad, pues ello supone que el proceso civil se asienta en el "principio de oportunidad", por cuanto lo determinante de la iniciación del proceso es la voluntad del ciudadano, el cual decide, atendiendo a razones de oportunidad, el acudir o no al proceso para impetrar la tutela por el Estado de su derecho.[798]

796. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 339.

797. Montero Aroca, Juan, *Proceso Civil e Ideología*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2006, p. 134.

798. Ibídem, p. 141. También, en esta línea, dice Cipriani que el gran mérito de Klein fue aquel de individualizar el aspecto sociológico-económico del instituto del proceso [...]. La disciplina del proceso austriaco fue la primera entre aquellas relativas a los ordenamientos procesales modernos en basarse efectivamente en el hecho de que el pro-

Para comprender mejor dónde radica el conflicto es necesario puntualizar el origen de los cambios.

155. El proceso individualista

La concepción establecida en las primeras codificaciones procesales fue absolutamente pensada para tutelar el derecho subjetivo del individuo que requería la actuación judicial.

Es la impronta que tenía el derecho privado del siglo XIX donde todo giraba en derredor del "derecho de propiedad", por eso, no había acción sin derecho, porque quien reclamaba algo ante la justicia debía ser dueño del derecho pretendido.

> Es cierto, también, que la famosa polémica entre Windscheid y Muther dio nacimiento a las teorías sobre la acción, permitiendo desde entonces elaborar principios procesales para la iniciación de la instancia y reglas para resolver quiénes podían estar, o no, en juicio. De este modo, no

---

ceso es un fenómeno social de masas y que debe ser reglamentado como un instituto de bienestar. Queriendo examinar de cerca el pensamiento y el proceso de Klein debe decirse que estos están basados en dos grandes postulados que reflejan el pensamiento de Sprung: a) las controversias entre los particulares son "males sociales" (*soziale Übel*) relacionados con pérdida de tiempo, dispendio de dinero, indisponibilidad infructuosa de bienes patrimoniales, fomento del odio y de ira entre las partes litigantes y de otras pasiones fatales para la convivencia de la sociedad; b) el proceso, en la medida en que bloquea los bienes en espera de la decisión, incide en la economía nacional, en cuanto que toda causa altera la pacífica colaboración, rompe ordenados nexos económicos, bloquea valores y los distrae de la ordinaria circulación. La sociedad tiene, de todos modos, un gran interés en sanar lo más rápidamente posible tales heridas sobre su propio cuerpo. De estos postulados el gran procesalista y guardasellos austriaco extraía con toda coherencia algunos corolarios: el interés del legislador a que aquellos "males sociales" que son los procesos tengan una definición rápida, poco costosa y simple, posiblemente en una única audiencia; la necesidad de que el legislador no admita que el poder de conducir el proceso sea dejado en las manos de las partes privadas; y la exigencia, en fin, de que el proceso sea oral y que el Estado, a través del juez, asuma desde el principio la responsabilidad del funcionamiento del proceso y que vele por una individualización rápida de la verdad, exenta de complicaciones. Compendiando el pensamiento de Klein, dice Baur (*Potere giudiziale e formalismo del diritto processuale*, en *Rivista Trimestrale di diritto e procedura civile*, 1965, p. 1689): "el proceso será racional y conforme al concepto moderno de Estado solo si la defensa del derecho consistirá efectivamente en la concesión de la asistencia del Estado, no solo con la sentencia, sino desde la primera fase del proceso", (Cipriani, Franco, "En el centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad)", en *Rivista di Diritto Processuale*, 1995, pp. 968-1004).

importó en más analizar la persona que pide ante la justicia (cuestiones de legitimación y personalidad) sino ver los efectos que producía el primer movimiento realizado ante los jueces: la acción.

La estricta utilización del *nemo iudex sine actore*, con referencia a quien puede promover una demanda; y el *ne procedat iudex ex officio*, respecto a la prohibición judicial para hacerlo, dejaron asentado que jamás podía ser el juez quien abriera la defensa de un interés particular; con ello se echaron bases para la teoría de la legitimación procesal.

El principio dispositivo, en consecuencia, no fue solo un estándar para la iniciación del proceso, sino un derrotero a seguir en la concepción absolutamente privada del proceso judicial.

Esto equivale a sostener que, si únicamente los particulares pueden activar la función jurisdiccional, son también ellos, solamente, quienes pueden indicar el objeto de la actuación que se pide: la pretensión.

Desde esta visión, el único que tiene posibilidades de ampliar el marco de conocimiento es el demandado, estableciendo en la relación jurídica procesal el *ne eat iudex ultra petita partium*. No puede el juez resolver en forma distinta a lo que se le pide (principio de congruencia).

156. La publicización del proceso

El llamado paso del "procedimentalismo" (proceso guiado únicamente por reglas técnicas, que llevó a la denominación del Derecho Procesal como derecho puramente adjetivo, o herramienta de los derechos materiales) al "procesalismo" (establecimiento dogmático de la ciencia a partir de teorizar sobre la acción, la jurisdicción y el proceso), modificó significativamente el principio individualista que tenía al proceso como una lucha entre partes, donde el principio de legalidad (el juez es la boca de la ley) impedía al tribunal (salvo raras excepciones, como en la justicia de equidad) interpretar las normas y aplicarlas en un marco diferente al pensado para la generalidad.

La justicia del caso concreto, más allá de traer consigo el interrogante de la creación del derecho desde las sentencias, y con ello, el ardid de señalar al juez como legislador, fue una revolución en el pensamiento jurídico europeo del siglo XX.

El juez, antes mecánico aplicador de la ley, comenzaba a actuar con poderes funcionales y con una autoridad propia tomada de las reformas procesales, en donde el Código italiano de 1940 (vigente desde 1942) fue un puntal del cambio.

El paso siguiente fue la creación de los Tribunales Constitucionales para impedir que los conflictos sobre garantías fundamentales pudieran llegar a manos de un juez ordinario, cuya función exclusiva era resolver controversias entre particulares.[799]

La "publicización" significó aumentar los poderes de conducción del juez[800] en un conflicto privado; pero al mismo tiempo, delineó un

799. De nuestra parte, hemos insistido fervientemente en que estas modificaciones son trascendentes para implementar la noción de debido proceso, pero teniendo muy presente, que el fenómeno Europeo no se puede traer a América y aplicarlo sin variación o ajuste alguno. Esta diferencia es muy notable en la actividad jurisdiccional, pues mientras un juez Europeo solo resuelve controversias en el marco de un litigio entre partes (donde aplicará los principios del proceso, del procedimiento con sus reglas, además de las garantías constitucionales pertinentes), solo será esta su función, pues el conflicto constitucional no le pertenece, tampoco la controversia administrativa, menos aún el conflicto regional, sencillamente, porque la división jurisdiccional en Europa es estricta e implementa claramente en el juez ordinario una sola obligación: *aplicar la ley*. En cambio, el juez americano, y sobre todo, el de Latinoamérica, reúne en su función todas esas competencias (al llegar a su despacho tiene el amparo constitucional, la impugnación de un proceso licitatorio, la revisión judicial del acto administrativo, y siempre aplica un mismo código y alguna que otra ley reglamentaria que no afecta el sistema de enjuiciamiento). Por eso, hay que tener muy en cuenta que cuando se debate sobre los principios y las garantías, el tema de la "confianza" en los jueces es más que un discurso de apoyo ideológico; es una idiosincrasia de nuestros pueblos que no quiere dejar en organismos no jurisdiccionales el control de constitucionalidad; y porque ello es así, el aumento de los poderes del juez es algo natural que debe equilibrarse con las garantías del debido proceso para evitar cualquier atisbo autoritario o arbitrario (Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional - El Debido Proceso*, *op. cit.*, p. 13 y ss.). También en *El debido proceso. Estándares de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Buenos Aires/ Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017).

800. "El fenómeno de la publicización se ha basado –entiende Benabentos– en una gravísima confusión entre las facultades materiales y las facultades procesales de dirección del proceso. Una cosa es aumentar los poderes del juez respecto del proceso mismo (en su regularidad formal, en el control de los presupuestos procesales, en el impulso, por ejemplo) y otra, aumentarlas con relación al contenido del proceso y de modo que pueda llegarse a influir en el contenido de la sentencia" (Benabentos, Omar Abel, *Teoría General Unitaria del Derecho Procesal*, *op. cit.*).
En alguna medida, el garantismo no cuestiona la dirección procesal que se manifiesta en acciones propias del impulso procesal, el control de la conducta de las partes, las facultades disciplinarias, el control de la admisión formal y sustancial de la demanda, la regularidad de los presupuestos procesales, entre otras facultades generadas por

cuadro de competencias donde al magistrado europeo se le dio la tarea central de resolver controversias sin poder extender su actividad a otras funciones propias del juez americano, como era y es el control de la constitucionalidad de las leyes.[801]

Esta no es una diferencia baladí, sobre todo si tenemos en cuenta que en América hemos resuelto adoptar la línea procedimental de los códigos europeos, particularmente las viejas leyes de enjuiciamiento civil españolas (con su impronta del juez del principio de legalidad) y, en materia constitucional, optamos por confiar en los jueces (no en Tribunales especiales) para concretar la fiscalización del principio de supremacía constitucional.

Esta característica se tornó más clara después del impacto y repercusión que tuvo la justicia constitucional en Europa, pero no impide advertir la función que ejerció el juez en los procedimientos.

Antes que neutral era un espectador del litigio; un mero árbitro que aplicaba las reglas del juego. En cambio, la dirección del proceso comulgó una aspiración por una justicia más efectiva; más cercana

---

la publicización. En cambio, se opone rotundamente a que el juez se entrometa en el material litigioso, en la investigación de los hechos, en la determinación de prueba no ofrecida por las partes, en la declaración de la existencia de un derecho que no tenga previa contradicción, en la inversión de reglas procesales como la carga de la prueba (cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Problemas actuales del Derecho Procesal. Garantismo vs. Activismo judicial*, Querétaro, Fundap, 2002, p. 23 y ss.).

801. Hazard, Geoffrey; Taruffo, Michele, *La justicia civil en los Estados Unidos* (trad. de Fernando Gascón Inchausti), Navarra, Thomson - Aranzadi, 2006, pp. 86-87.
Explican Hazard y Taruffo que, en la tradición pre-moderna se consideraba que la ley era la voz del rey, y que el proceso representaba la justicia del rey. Esta misma concepción tiene su reflejo en el positivismo jurídico, tal y como lo expuso Kelsen respecto de la cultura europea continental y Austin respecto de la inglesa. El positivismo jurídico sostiene que la ley es mandato, pero ¿cuál es la naturaleza del poder del que emana? La filosofía jurídica ha formulado al menos dos respuestas generales a esta cuestión. Una de ellas consiste en concebir la ley como un mandato que procede del Estado, y es la predominante en la tradición cultural europea. La otra respuesta, que prevalece en la tradición cultural del *common law* y en particular en su versión americana, consiste en concebir el Derecho como una directiva que expresa el consenso común del cuerpo político. En la concepción del Derecho como proveniente del Estado, la legitimidad de la ley depende esencialmente de la legitimación de la fuente de la que ésta trae su origen [...] La concepción americana del Derecho y de la función del juez es muy diferente. No existe ningún concepto de "Estado": en los Estados Unidos el término "Estado" se refiere a las cincuenta unidades que conforman el sistema federal [...] El Derecho existe al margen de cualquier otro poder o autoridad, y es comprensible para cualquier ciudadano, puesto que todos ellos crean el Derecho..."

con los hechos reales que debían suscitarse y con mayor injerencia en el control de los presupuestos procesales.

Empero, la conducción material del proceso fue duramente criticada, porque se creyó que convertía al magistrado en un *juez dictador*, característica de Estados autoritarios donde el predominio del principio de investigación o de aportación de hechos se asienta en el mismo órgano jurisdiccional. La preocupación fue elocuente en Europa, acostumbrada si se quiere, al juez autómata, simple aplicador de la norma sin poder interpretarla.

No se nos escapa que esta lectura puede ser correcta para los conflictos constitucionales, pero en las controversias privadas son los hechos los que señalan el poder de conducción de los jueces. En estos, una vez más, el principio dispositivo estableció que solo las partes podían enunciar las circunstancias a resolver, sin que pudiera el juez agregar hechos no invocados, alegados ni mencionados. No obstante, la publicización trajo una innovación en este sentido. Algunos dijeron que el cambio de visiones (si la misión del proceso no se analizaba desde el litigante que pide, sino por la jurisdicción que actúa) entrañó la desprivatización absoluta del proceso, ingresando no solo en terreno de lo puramente adjetivo, sino también, en cuanto ocupa al derecho subjetivo (o material).[802] Con ello el rol del juez pasó a ser de *director* del proceso, característica que potencia sus poderes de iniciativa y dirección. Respecto de la instrucción se confirma el papel activo que le toca asumir en el proceso, confiriéndole una amplia potestad para controlar los presupuestos de admisión de la demanda; así como desarrollar el curso de la instancia desde el impulso con sus propias decisiones.

En líneas generales, se robustece el juzgamiento más que la composición, esto es, se dota al juez de poderes y deberes que no se pueden, por vía de principio, apartar del cuadro que las partes concretan en sus escritos postulatorios.[803]

802. Barbosa Moreira refiere a un "neoprivatismo" en el proceso civil. Montero Aroca, Juan, *op. cit.*, p. 199 y ss.

803. Cfr. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 342 y ss. Quizás sea el mencionado autor quien, con prudencia y agudeza, muestra las proyecciones que tiene el principio dispositivo sobre las actuaciones procesales. Es evidente que tomar el principio acotado a la sola característica de promover la acción significa tener al proceso como un contrato entre partes, porque precisamente la voluntad individual es la que se considera. Por ello, decía, el problema consiste en determinar la *extensión y los límites*

157. Las dudas del principio dispositivo

Se ha planteado que el uso de estas facultades provoca cierto conflicto con la imparcialidad, porque si el juez conduce el proceso, y con los poderes que la dirección le otorga, adopta resoluciones que pueden influir en el resultado final de la causa, es evidente –se afirma– que afecta la igualdad de trato y consideración de las partes.

Alvarado Velloso insiste que "el desequilibrio transforma al juez en parte, porque aun sin quererlo, genera acciones que confunden el rol director convirtiéndolo en protagonista indeseado en un conflicto que es solo de dos".[804] Sin embargo, pese a la aparente verdad de tal afirmación, ello sería cierto si el juicio solamente fuera producto de versiones contrapuestas donde el juez no tendría más que una función puramente formal reducida a dictar sentencia, aplicando la ley y convencido por quien ha utilizado mejor el derecho de defenderse (la famosa alocución de Savigny, según la cual el derecho es el arma que inviste al guerrero, de manera que si es una herramienta, el que mejor la usa gana en la lucha, aunque no tenga razón).[805] En este contexto, la polaridad ideológica arroja posiciones diametralmente opuestas; sencillamente porque la perspectiva que se tiene en el problema, se focaliza desde ángulos distintos. Mientras unos quieren que el proceso dispositivo sea aquel que las partes promueven y desarrollan con sus

de los poderes y facultades del juez y de las partes. En este sentido, el postulado del poder de iniciativa no interesa tanto el primer acto de puesta en marcha del aparato jurisdiccional como sí la implicancia que ello tiene para fijar la extensión y la amplitud de la tutela jurídica (la llamada fijación del *thema decidendum*, y su correlato en la posibilidad de establecer el conocimiento del tribunal de primera y segunda instancia *tantum appellattum quantum devolutum*). A su vez, concluye Díaz, el postulado de la conducción del proceso implica que el juez solo actúa por rogación; y también, desde lo dispositivo queda determinado quiénes son partes y cuáles los hechos a juzgar; radicando en el postulado de la investigación una variación imprudente que trae el tipo inquisitorio al proceso civil.

804. Cfr. Alvarado Velloso, Adolfo, "La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento", ponencia presentada en el XXVI Congreso Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 2005; también en Montero Aroca, *op.cit.*, p. 217 y ss.

805. El abandono de la regla procesal que tiene al proceso como una lucha, o un duelo, para usar la expresión de Barbosa Moreira, está explicado con suma claridad por el eximio profesor carioca (ex presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal). El espíritu de competición ya no es propio del litigio, porque no es la justicia una teoría deportiva ni se puede resolver sobre la belicosidad de los ánimos (Barbosa Moreira, José Carlos, "Duelo e proceso", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, Año 2, Nº 3, 2003, p. 25).

tiempos y sin intervención activa del magistrado; los otros sostienen que el juez "no es un convidado de piedra" sino el director del proceso, y como tal su función es dinámica y predominantemente activa.

De todos modos, la duda principal queda implícita en el significado que tiene el principio dispositivo. Porque ya no estaría referido, únicamente, al señorío de promover actuaciones judiciales, sino a modificar el objeto a tutelar desde la intervención de los jueces. ¿Es esto cierto?

El interrogante parte de una realidad: el procedimiento se divide entre versiones, donde las partes aportan su propia lectura, demandando del juez una singular interpretación sobre los efectos que piden y reclaman, como derivados de esa subsunción de hechos en el derecho.

Así las cosas, la cuestión pareciera centrar en las potestades judiciales que se tienen para interpretar los hechos que las partes alegan sin poder ampliarse el cuadro de circunstancias a otros que, por aplicación de principios y presupuestos preadquiridos, quedarían fuera del ámbito litigioso.

En síntesis, el principio dispositivo afirmaría la soberanía de las partes sobre los hechos, y las potestades judiciales se implementarían, únicamente, para que el juez resuelva el derecho aplicable.

Sin embargo, esta afirmación ratifica la línea que ve en el proceso una lucha entre partes donde el deber jurisdiccional es aplicar la ley (*juris - dictio*), estableciendo un vencedor y un derrotado. Prácticamente, volver a esta consigna que, en pocas líneas reproduce la máxima: "dadme los hechos que aplicaré el derecho" (*narra mihi factum, dabo tibi ius*) es un contrasentido con el avance hacia un proceso público, en el que las potestades judiciales no pueden quedar postergadas por las alegaciones interesadas de las partes. En consecuencia, el principio dispositivo es más que el poder de iniciar el proceso, porque instala el *quid* de resolver los hechos que originan el conflicto y quienes son los legitimados para aportarlos a la causa.

158. La misión constitucional del juez y el principio dispositivo

Nosotros no queremos centrar las dudas en una cuestión de *principios*; sino analizarlas desde la misión constitucional que tiene el juez en el proceso. Vale decir, analizar el problema desde las *garantías*. Los europeos continentales clásicos sostenían que la función del juez era

aplicar la ley sin mirar a quién; debía resolver las controversias humanas y nunca entrometerse en cuestiones de inconstitucionalidad presunta de las leyes, o de ejercicios arbitrarios del poder de gobierno, porque no eran ellas actividades que pudiera concretar. Si lo hacía, invadía el campo del Tribunal Constitucional; si controlaba la legalidad de la conducta administrativa, se inmiscuía en una jurisdicción especialmente reglamentada para esa tarea. Por su parte, los americanos no hemos aceptado esta idea afincada en la limitación de la actividad de la magistratura, sencillamente porque nuestro esquema para el control de constitucionalidad es jurisdiccional, en el sentido de poner en manos de los jueces la fiscalización del principio de supremacía de la Norma Fundamental. Y ello lo puede hacer no solo en los procesos constitucionales específicos, sino además, en cualquier procedimiento donde la crisis constitucional sea manifiesta. Es lógico así que "nuestros jueces" tengan una dimensión de funciones aumentada a la que sirven los magisterios del viejo continente, y es plausible que no se recorten esas potestades por cuestiones puramente técnicas, desde que no puede ser el proceso entre partes una contienda donde puedan quedar socavados, justamente, la misión constitucional que vienen dados a cumplir. La reducción del problema ideológico al poder de dirección formal, por más que se focalice como violación del principio de bilateralidad y contradicción, no tiene asidero ni lógica. Sigue creyéndose que el proceso es cosa privada, cuando el cambio vino ya de la mano de Chiovenda.

En efecto, en sus *Principios* formuló la afirmación siguiente: "En el proceso se desarrolla una función pública y esta es la *actuación de la ley*, o sea del derecho en sentido objetivo. Este es el fin del proceso, no la *defensa* de derechos subjetivos, como muchos afirman".[806]

Por eso descartó de plano el argumento por el cual se dijo que la finalidad de todo juicio es resolver conflictos entre partes, sean de actividad o de voluntad, "porque tales conflictos se dirimen también fuera del proceso (agente que impide robar a un ladrón, alcalde que ordena la demolición de una obra que se opone a los reglamentos municipales)".[807]

Además, la diferencia entre interpretar y aplicar la ley no es tan rotunda como para convertir al juez en legislador, porque –siguiendo a Chiovenda– "como juez actúa la ley según la interpretación que su

806. Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, 1977, p. 95.
807. Ibídem, p. 99.

cultura le sugiere, y precisamente la tendencia más autorizada en el método de adaptación histórica quiere que la función del juez esté preparada para cualquier hipótesis nueva de la ciencia jurídica".[808]

159. Extensión del principio dispositivo

Para hablar de una extensión del principio dispositivo tenemos que observar dos situaciones. Una, centrada en la posibilidad de alterar la regla de iniciación del proceso; y otra, para ver si el juez puede trabajar sobre hechos que no llegan de las alegaciones de las partes.

En el primer caso, podríamos regresar al tiempo de las discusiones sobre el "principio dispositivo" y el "principio inquisitorio", que en esencia constituye la raíz ideológica del antagonismo. En el otro, para resolver cuáles son los hechos del proceso, que trae a colación otro principio: el de *aportación*.

Los efectos implican, asimismo, otras repercusiones, por ejemplo, resolver si en el marco de la pretensión y la resistencia donde se ubica el principio de la congruencia procesal, es permeable o inflexible con lo anterior.

En todo caso, las respuestas deben ser prudentes porque el principio dispositivo difícilmente pueda modificar la llegada al proceso de causas que no sean iniciadas por el interés particular de quien las motiva (aun cuando sea el juez quien tome conocimiento del entuerto, no sería él quien pudiera promover la causa);[809] y el alcance de la

808. Ibídem, p. 104.

809. Ya Calamandrei dijo que una jurisdicción ejercida de oficio repugnaría, por una razón psicológica antes que jurídica, al concepto que modernamente nos hemos formado de la función del juez, el cual, para conservarse imparcial, debe esperar ser llamado y limitarse a hacer justicia a quien la pide; de suerte que, si nos dijeran que un magistrado, sin ser solicitado por nadie, se ha puesto en viaje para ir en busca de entuertos a enderezar, nos sentiríamos llevados a considerarlo, más bien que como un héroe de la justicia, como un monomaníaco peligroso del tipo de Don Quijote o del legendario zapatero de Mesina. Mientras la justicia sea administrada por hombres, la omnipotencia del Estado no podrá destruir la necesidad lógica y psicológica (especialmente imperiosa en la fase de cognición) de confiar a los diversos órganos aquellas dos actividades complementarias pero bien distintas, hasta el extremo de no poder ser confundidas sin reducir la justicia a un pueril soliloquio, que son, respectivamente, la función de preguntar y la de responder, la de proponer un problema y la de resolverlo, la de denunciar un entuerto y la de repararlo (Cfr. cita de Lascano, David, "El principio dispositivo en el proceso moderno", *op. cit.*, p. 3).

sentencia, sea por el objeto o por los sujetos, puede afectar otras garantías, como la defensa en juicio (tercero alcanzado por la sentencia); la irrazonabilidad (pronunciamiento que falla cuestiones no propuestas); la cosa juzgada (con sus límites precisos).

159.1 El proceso inquisitivo

Al estudiar el principio dispositivo, David Lascano aclaró que

> *... desde luego el principio de la oficialidad contraría la regla ne procedant iudex ex officio* formulada por el derecho medieval y que ha sido aceptada como un dogma por la doctrina y la jurisprudencia. La prohibición impuesta al juez de proceder sin petición de parte, es una consecuencia del *nemo iudex sine actore*, aunque con mayor alcance, porque rige para todo el procedimiento, en tanto que este es válido principalmente para el acto inicial del juicio. Pero su misma amplitud admite la posibilidad de algunas excepciones; solo que tales excepciones deben estar justificadas, o mejor dicho, no deben afectar la naturaleza del proceso.[810]

¿A qué se refería con la frase *algunas excepciones*? Evidentemente no fue intención del autor eludir el cerrado principio de la iniciativa (o derecho de acción), sino ofrecer desde los poderes de dirección y saneamiento en el proceso (propios del publicismo o de la *publicización*) una actividad jurisdiccional propia destinada a mejorar la eficacia de la función.

En esta línea se agruparon los controles sobre los presupuestos procesales, la depuración del objeto a resolver, la iniciativa probatoria y algunas extensiones del principio de congruencia, como se verá.[811]

> Antes de ello había alertado Guasp que el principio dispositivo que prescribe la inactividad del juez debía aplicarse solamente al material de

810. Ibídem, p. 10.

811. Lascano, David, *Jurisdicción y competencia, op. cit.*, p. 12. El autor agregó que para llegar a esta conclusión era preciso determinar si tales poderes invaden o no la esfera de los derechos privados, o si por el contrario se mantienen en terreno propio. Sosteniendo que la cuestión se resuelve determinando el grado de relación en que se encuentran esas facultades con respecto a la litis y al proceso. Si inciden o influyen sobre el "fondo del asunto", indudablemente que afectan el derecho de los litigantes, porque el conflicto de intereses atañe a ellos solamente; si, por el contrario, no se dirigen al material del juicio sino que se refieren al procedimiento, no salen de la órbita en que deben ejercer su función, porque como órgano de la jurisdicción, debe tener lugar prominente en la conducción y vigilancia del proceso.

> hecho, siendo, por tanto, de la mayor relevancia rehusar incluir en este apartado a figuras que en él no encajan.[812]

En consecuencia, el poder de conducción del proceso jamás podía significar la oficialización del principio dispositivo ni la reversión hacia un proceso inquisitivo. Esta diferencia puede encontrarse en la iniciación del proceso penal, donde por razones absolutamente fundamentadas, no se puede esperar de la acción privada la actuación punitiva del delito. Por ello, regresemos una vez más al interrogante planteado por Guas.

> Pero si la oficialidad del proceso depende, en último término, de la presencia de un interés público al que el Estado concede garantías especiales en cuanto a la efectividad de su satisfacción, inmediatamente surge ante nosotros la dificultad de saber cuándo nos hallamos ante un interés de aquella clase y, sobre todo, si no es posible que en materias de orden exclusivamente civil aparezca también aquél interés que el Estado trata de salvaguardar. ¿Cómo hacer compatibles estos casos con la subsistencia de la regla *nemo iudex sine actore* que deja a la iniciativa extrajurisdiccional el planteamiento de cuestiones cuya solución preocupa al Estado?[813]

La duda tuvo respuestas rápidas e inteligentes que no confundieron la división de aguas perfectamente trazada por la lógica y la experiencia. Vale decir, el principio inquisitivo propio del régimen penal, y la iniciativa privada, particular del proceso civil, eran perfectamente compatibles desde que no eran los principios los que se oponían, sino tan solo el aporte de los hechos a la causa.

No obstante, la polémica se abrió sobre aspectos imposibles de circunscribir en la polaridad que se presenta. Es decir, se ha pretendido calificar la función del juez como "inquisitiva" o "autoritaria", por el hecho de ejercer una actividad más comprometida con la eficacia institucional y singular del proceso.

> De este modo, sostiene Alvarado Velloso que, el sistema inquisitivo de enjuiciamiento está inserto en casi toda América latina desde siempre (aunque algunas veces notablemente disfrazado de *dispositivismo atenuado en lo*

812. Guasp, Jaime, *Juez y hechos en el proceso civil: una crítica del derecho de disposición de las partes sobre el material de hecho del proceso*, Barcelona, Bosch, 1943. Recopilado en *Estudios jurídicos*, edición al cuidado de Aragoneses, Pedro, Madrid, Cívitas, 1996, p. 279 y ss.

813. Ibídem, p. 297.

> *civil*), y espera de los jueces que lo practican un esforzado *averiguamiento de la verdad* de lo acontecido en el plano de la realidad social (más allá de lo que los propios interesados –las partes procesales– quieran sostener o confirmar al respecto) para lograr *hacer justicia a todo trance en cada caso concreto*. A este efecto, aplican sus *facultades-deberes (¿?)* de producir oficiosamente la prueba del caso ordenando al efecto *medidas para mejor proveer* o actuando directamente en forma oficiosa...[814]

Con mayor énfasis Cipriani hace responsable a Franz Klein del aumento de los poderes del juez y llega a sostener que nunca nadie ha pensado, ni piensa, que las partes deban dirigir el proceso; tanto es así que –afirma– [...] con nuestro viejo código, la dirección correspondía al juez y no ciertamente a las partes.[815] Pero, parece evidente que una cosa es dar al juez los poderes estrictamente necesarios, y no por ello poco vastos,[816] para dirigir el proceso, y otra muy distinta es establecer que el juez pueda hacer todo aquello que considere oportuno[817] o, peor aún, que en el proceso civil no se pueda mover un dedo sin el permiso del juez.[818]

---

814. Trabajo presentado por el autor en el XVIII Congreso Panamericano de Derecho Procesal, Arequipa, Perú, octubre de 2005.

815. Agostino, Diana, *Le funzioni del presidente nel processo civile*, Milán, 1911, T. I, p. 13 y ss. Es cierto que aquí se confunde la dirección con el impulso de las partes. Por ejemplo, Hazard y Taruffo, *La giustizia civile negli Stati Uniti*, Bologna, 1993, pp. 101 y 105, al relevar que el juez americano normalmente "se limita a responder los argumentos de las partes", afirman que el juez, en los países del *common law*, sería solo un árbitro en posición neutral y esencialmente pasiva y tendría un papel de segundo plano en la conducción del proceso. No creo que sea así: también en esos países el proceso está dirigido por el juez; es el impulso del proceso lo que queda en manos de las partes.

816. Cfr., Raselli, Alessandro, *Il potere discrezionale del giudice*, II Padova 1935, p. 190, el cual, con el viejo código llegó a notar que nuestro juez, contrariamente a lo que se sostenía, tenía una miríada de poderes directivos discrecionales.

817. Piénsese, por ejemplo, en el art. 118 del C.P.C., en virtud del cual el juez puede ordenar la inspección corporal de un tercero. Vale decir, por si eventualmente no quedare claro, que en un proceso civil entre Ticio y Caio, ¡el juez puede ordenar la inspección corporal de Sempronio! La norma, por suerte y naturalmente, no se ha usado nunca, pero nos hace estremecer. Pese a ello, hay quienes la consideran insuficiente pues si el tercero rehusare ser inspeccionado, solo puede ser condenado a una multa no superior a las diez mil liras (Cappelletti, Mauro, "Libertà individuale e giustizia sociale nel processo civile italiano", en *Giustizia e società*, Milán, Edizioni di Communita, 1972, p. 34, que escribía cuando la multa no podía superar las ocho mil liras, pero que no considera que en 1940 el techo de la multa fue fijado en dos mil liras, que en esa época era un patrimonio).

818. Para dar solo un ejemplo, los arts. 169 C.P.C. y 77 de las Disposiciones de Actuación quieren que las partes, para retirar el propio expediente de la secretaría [*cancelleria*],

Y, en efecto, confirmando el equívoco que se encuentra en la base del pensamiento de Klein y de sus secuaces, puede observarse que es al menos forzado sostener que el juez, en los ordenamientos liberales, sea un "rey madero"* o, como también se ha llegado a decir, una "marioneta", un "títere",[819] una "grabadora automática",[820] un sujeto –en suma– que dicta sentencia sin siquiera saber por qué lo hace, "como un autómata que, activado por el peso de la moneda que cae, emite un dulce o un boleto de entrada".[821] El juez, siendo aquel a quien le corresponde juzgar, es la persona más importante y más temida del proceso, aquel frente al cual las partes –y sobre todo los abogados– se han siempre inclinado y siempre se inclinarán, por lo que no se ve cómo se pueda seriamente compararlo con los fantoches[822] y con las maquinillas automáticas.[823] Por otro lado, el que, el juez civil pueda (y deba) juzgar solo a instancia de parte es otro –civilizadísmo e insuprimible– discurso.[824] [825]

---

deban pedir permiso (con papel timbrado) al juez. En esta línea, se sostiene que nuestro código, lejos de ser antiliberal y autoritario, estaría inspirado en una concepción privatista del derecho y del proceso civil (así, Cappelletti, *Libertà individuale*, p. 33 y ss.), más precisamente en la ideología liberal que gusta a los abogados (así, Denti, Vittorio, *Processo civile e giustizia sociale*, Milán, 1971, p. 19).

*. *Re travicello* en el original, haciendo referencia a una conocida poesía satírica de Giuseppe Giusti (1809-1850), poeta del "risorgimento" italiano. La poesía hace referencia a un madero enviado por Júpiter para reinar en un estanque de ranas, que por ser de madera, era ciertamente inofensivo, inactivo y tolerante con sus "súbditos" (las ranas): obvia metáfora del soberano moderado (T).

819. Así, Sprung, Rainer, "Le basi del diritto processuale civile austriaco", en *Rivista di Diritto processuale*, N° 1, 1979, p. 31.

820. Andrioli, Micheli, "Il nuovíssimo progetto di riforma del processo civile", en *Diritto e giurisprudenza*, 1947, p. 24.

821. Chiovenda, Giuseppe, *Le riforme*, p. 385. De "autómata" habla también Segni, "La riforma del processo civile e le sue direttive (1924)", en *Scriti giuridici*, I, Torino, 1965, p. 309.

822. En efecto, en el sentido de que en los Estados Unidos (donde, según la concepción analizada en el texto, los jueces serían marionetas) los abogados saben bien que los jueces "no son muñecos". Ver Roberg de Laurentis, Elena, *La difesa del povero in America*, Milán, Giuffrè Editore, 1957, p. 43.

823. De hecho, en el sentido de que ya Gnaeus Flavius advirtiera que los jueces no son maquinillas automáticas, Calamandrei, "Il processo como giuoco", en *Opere giuridiche*, I, 1950, p. 539.

824. Es significativo que el mismo Cappelletti, que años atrás había dicho estar complacido de que en los países comunistas hubieran "dejado de lado el principio de la demanda" (Ver *Ideologie nel diritto processuale*, p. 18), haya ahora cambiado de opinión (Ver *Dimensione della giustizia*, p. 162).

825. Cipriani, Franco, "En el centenario del Reglamento de Klein...", *op. cit.*, p. 899.

Tales posiciones ideologizan el proceso y desnaturalizan el concepto natural del principio inquisitivo. Acentúan en las circunstancias históricas la pretendida pérdida de libertades que se dio con el paso del proceso hacia la conducción del juez, sin dejar de mencionar para la ocasión, la intención política de los autores que actuaron en las reformas del sistema. Por eso, acusan a Klein, perdonan a Chiovenda (muerto en 1937) y señalan a Calamandrei como ideólogo principal.

En tal sentido simplifica Montero Aroca al concluir que

> ... en la actualidad y en la mayor parte de las regulaciones positivas se ha atribuido al juez la dirección formal del proceso. El juez se ha convertido en todos los ordenamientos civiles en quien dirige el proceso, bien entendido que esa dirección se refiere a las que antes hemos llamado facultades procesales, bien en lo atinente al control de la falta de los presupuestos procesales de los que depende, si no la existencia del proceso, sí la validez del mismo, bien en lo que atiende a hacerlo avanzar de una fase a otra en la dirección que conduce a la sentencia. En este sentido no hay oposición a que el juez controle los presupuestos procesales, en cuanto de la concurrencia de los mismos depende la validez del proceso y la posibilidad de que se dicte sentencia sobre el fondo del asunto, o a que al tribunal se le atribuya el impulso procesal, entendido este como posibilidad de que, una vez iniciado el proceso por el actor, el procedimiento como cauce formal de la serie de actos se desarrolle por los pasos previstos en la norma; más aún, nada se opondría a que sea también el juez, siempre con las partes, el que controle la realización de los actos conforme al principio de legalidad. Lo anterior no significa que el juez "gestione" el proceso, por lo menos si la palabra gestionar se entiende como sinónima de administrar una empresa, una iniciativa o una actividad influyendo de modo determinante en su desarrollo. Se trata solo de ejercer unas facultades de dirección formal, sin influir en el que pueda ser el resultado del proceso.[826]

159.2 La aportación de los hechos por las partes

Centremos, de ahora en más, el eje central de la polémica entre estas ideologías que observan al juez como un auténtico interesado en la gestión eficaz del proceso. Que persigue trabajar sobre verdades antes que actuar con ficciones, teniendo para ello poderes suficientes para inquirir y resolver en consecuencia; enfrentado al que asiste al

826. Montero Aroca, Juan, *op.cit.*, p. 308.

litigio conduciéndolo de manera formal, porque solo del interés de las partes depende el impulso y la confirmación de las alegaciones que llevan a la certeza judicial.

Para ello hemos de compartir con Picó i Junoy que

> … la ideología social emergente en el siglo XX, lleva consigo en Europa y América latina, el fenómeno de la "socialización" del proceso civil (sin darle a la palabra connotaciones políticas, aunque pueda ser ideológica) que, con el objetivo de incorporar a los clásicos principios del liberalismo determinadas exigencias del Estado Social de Derecho, pone de manifiesto la distinción entre objeto del proceso y proceso como instrumento idóneo para alcanzar la efectiva tutela, por parte del Estado, de los intereses litigiosos.[827]

Precisamente, una de las consecuencias más importantes que se dan después de esta renovación, asienta en los poderes de dirección del juez civil, que sin hacer mella en el principio dispositivo, puede ocuparse del principio de "aportación de parte", según el cual es potestad de cada litigante indicar los hechos sobre los que recaerá el objeto del proceso.

Ahora bien, principio dispositivo y principio de aportación de parte no es la misma cosa. Mientras uno se vincula con el tiempo y las personas que pueden requerir la tutela jurisdiccional; el segundo se relaciona con la autonomía de las partes para llevar al proceso los hechos y las pruebas de que intenten valerse.[828]

Con el primero se conecta el "principio de oportunidad" que suele establecer diferencias entre la naturaleza de los intereses que se llevan a juicio. Mientras los intereses públicos deben actuarse de oficio por el principio de necesidad; los intereses privados son de exclusiva pertenencia del titular a quien se le atribuye el derecho subjetivo y la voluntad para actuar.

827. Picó i Junoy, Joan, "La iniciativa probatoria del juez civil y sus límites", en *Revista Peruana de Derecho Procesal*, N° 2, marzo, 1998, p. 17. También en *El Juez y la prueba*, Barcelona, Bosch, 2007, p. 99 y ss.

828. Montero Aroca, Juan, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española, op. cit.*, p. 63. En este sentido compartimos con el autor que "… tradicionalmente dentro del principio dispositivo se han venido confundiendo dos principios distintos, aunque complementarios: el principio dispositivo en sentido estricto, esto es, la disponibilidad que las partes tienen sobre el interés privado y la conveniencia o no de acudir al órgano jurisdiccional pretendiendo su satisfacción y, en segundo lugar, el principio de aportación de parte, por el que las partes tienen también el monopolio de aportar al proceso los elementos de hecho y los medios de prueba".

Con el segundo, en cambio, se debate, entre otras cuestiones, sobre la posibilidad de la iniciativa probatoria del juez, la fijación de los hechos controvertidos, el alcance de la cosa juzgada, etcétera.

De este modo, para concentrar el tema únicamente en la aplicación del principio dispositivo, y en especial, en el momento inicial del proceso al ejercer el derecho de acción, hemos de proyectar nuestra perspectiva sobre las alteraciones que tiene dicho principio en las actuales circunstancias.

160. ¿Puede el juez iniciar el proceso?

La fórmula romana que impide al juez promover de oficio una causa judicial (*ne procedant iudex ex officio*) consecuencia natural de la regla por la cual no hay juicio sin actor (*nemo iudex sine actore*), son preceptos muy poco discutidos.

Solo por mencionar alguna de las tantas legislaciones que tienen esta guía, la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española dice en su exposición de motivos que,

> ... sigue inspirándose en el principio de la justicia rogada o principio dispositivo, del que se extraen todas sus razonables consecuencias, con la vista puesta, no solo en que, como regla, los procesos civiles persiguen la tutela de derechos e intereses legítimos de determinados sujetos jurídicos, a los que corresponde la iniciativa procesal y la configuración del objeto del proceso, sino en que las cargas procesales atribuidas a estos sujetos y su lógica diligencia para obtener la tutela judicial que piden, pueden y deben configurar razonablemente el trabajo del órgano jurisdiccional, en beneficio de todos.

Una consecuencia previsible del principio dispositivo es que la persona que pide debe señalar, precisamente, qué quiere (pretensión) y qué espera de la jurisdicción (sentencia favorable), argumentando con pruebas y razones los fundamentos que tiene la demanda.

Hasta aquí todo es lógico y no admite reparos ni observaciones. Es una derivación obvia aplicada al proceso civil donde se debaten intereses y conflictos de pertenencia privada. El problema aparece cuando la naturaleza del tema excede el derecho subjetivo y trasciende de la controversia singular.

Un ejemplo sería ¿puede la suegra promover el divorcio de su hija? Obviamente NO, sin embargo, el derecho de acción lo tiene, pero el juez, en ejercicio de potestades procesales que le son propias, podrá repeler de inmediato semejante pretensión, directamente improponible por carecer de legitimación.

Pero ¿qué sucede si entre los argumentos señala que los hijos del matrimonio han sido abandonados por su padre y están en situación de mendicidad, desnutridos y un sinfín más de atrocidades? ¿Rechazará de oficio la demanda y hará oídos sordos a los motivos? ¿Pensará que solo la madre tiene el "derecho subjetivo"? ¿Es un interés totalmente privado el que se presenta?

Está claro que la hipótesis es descabellada, pero en la dinámica de ver el cambio, hay una variable en el criterio que tiene el derecho subjetivo como derecho de pertenencia única e intransferible que puede ser analizado dejando de lado la corriente tradicional.

Claro resulta que el reclamo tiene dos caras: la pretensión de divorcio que es improponible; y la denuncia implícita que puede o no ser derivada por el juez hacia el correspondiente carril de actuación.

El primero es un derecho indisponible para quien no tiene la propiedad del derecho material (ser cónyuge); el segundo es un interés público que merece la "actuación de la voluntad legal" para hacer uso de un término de la doctrina Chiovendiana.

¿Podrá el magistrado actuar de oficio en este tipo de intereses? En los procesos constitucionales americanos (no es igual en Europa que tramitan ante jurisdicciones especiales como son los Tribunales Constitucionales) la iniciativa de oficio siquiera podría ponerse en duda, si razonamos como Couture al decir:

> No parece posible hablar de inconstitucionalidad de la ley procesal por exceso de garantías a favor de la persona humana. No debe descartarse que tal cosa ocurra, en aquellos casos en que el exceso de garantías haga ilusoria la certeza del derecho; pero no es esa la situación que ha creado problemas en el ámbito de la experiencia jurídica. En cambio, puede hablarse de inconstitucionalidad de la ley procesal por ausencia de garantías para la persona humana.[829]

829. Couture, Eduardo, *El "debido proceso" como tutela de los derechos humanos*, (sec. Doctrina), Buenos Aires, La Ley, T. 72, 1953, p. 808.

Un caso evidente es la inconstitucionalidad que se decreta de oficio (*iura curia novit*); o la admisión de pretensiones fundadas en derechos difusos o colectivos donde la titularidad individual no se puede precisar.

Bidart Campos fue pionero en esta senda aperturista que hoy renovamos. Decía el maestro que

> … una cosa es decidir en la sentencia que quien en su pretensión sustancial alegó un derecho suyo no tiene la titularidad de ese derecho; o que quien fue señalado como demandado carece de relación jurídica que lo grave con un débito frente al actor; o que debe darse prioridad a un derecho que en la escala axiológica es superior al invocado por el actor; y otra cosa, harto distinta –y en principio disvaliosa– es resolver el rechazo de la pretensión so pretexto de que quien la articuló no ostenta legitimación (si es que tal denegatoria se escuda superficialmente en alguno de aquellos *slogans* ya citados: carencia de interés concreto, propio, inmediato, y diferente al de cualquier otro sujeto). […] Estamos aludiendo directamente a los casos en que, sin tipificarse un claro derecho subjetivo o un interés legítimo, el justiciable ha fundado su pretensión en un interés difuso, o colectivo, o compartido con otros, o igual al de otros o, acaso, usando terminología del actual artículo 43 de la Constitución, un derecho de incidencia colectiva en general.[830]

La renovación de la Ley de Defensa del Consumidor también permite llamar a la litis a quienes se interpreta que la sentencia puede alcanzar, ya sea para constituirlo en parte o fiscal de la Ley (caso del Ministerio Público) o para controlar el régimen de ejecución y cumplimiento de la condena (*v. gr.* intervención de las asociaciones de protección de los derechos de usuarios y consumidores).

En suma, no tratamos de confundir al lector proponiendo que el proceso se inicie desde la jurisdicción, sino mostrar cómo la teoría de la legitimación procesal que se funda en la pertenencia exclusiva del derecho subjetivo ha quedado en desuso, permitiendo al juez abrir las puertas del tribunal a la pretensión material suficientemente motivada sin importar el estudio de la personalidad procesal que, en todo caso, se verá al tiempo de dictar sentencia.

830. Bidart Campos, Germán, "El acceso a la justicia. El proceso y la legitimación", en *La legitimación*, (libro homenaje al profesor Doctor Lino Enrique Palacio), Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 19.

161. El principio dispositivo y la iniciativa probatoria

Cappelletti examina esta característica y señala lo siguiente:

> La abolición, aun total del poder monopolístico de las partes respecto de las pruebas, es un aspecto –quizás el más importante– de la sustracción a las partes del poder de dirección "formal" del proceso. Este no es ya cosa de las partes, como era típicamente el lento proceso común y el proceso "liberal" del siglo XIX. Les queda a las partes (normalmente) privadas, el poder exclusivo de elegir entre pedir o no la tutela jurisdiccional de un (pretendido) derecho suyo; les queda a ellas el poder exclusivo de determinar los límites esenciales de la acción –límites subjetivos (personal), objetivos (*petitum*), causales (*causa petendi*)– y por consiguiente los límites esenciales de la decisión y del fallo. El juez no puede, en principio, ni obrar de oficio, ni sobrepasar aquellos límites queridos y determinados por las partes privadas. Subsiste, por consiguiente, en sustancia, para el proceso civil su núcleo o, si se prefiere, su objeto privado. Pero sobre este núcleo, dejado a la exclusiva potencia de disposición del sujeto (normalmente) privado, se construye una "cáscara", una envoltura –un proceder–, que está en cambio sustraído a aquella potencia de disposición; una vez instaurado un proceso civil, el modo, el ritmo, el impulso del proceso mismo son separados de la disponibilidad, inmediata o mediata de las partes, y por consiguiente también de las maniobras dilatorias y retardatarias de alguna de las partes, regulados en cambio por la ley misma con normas absolutas, o bien –y más a menudo– por el juez con poderes discrecionales, en el ejercicio de los cuales él podrá y deberá tener en cuenta las concretas exigencias del caso, en un espíritu no de vejación, sino de activa colaboración con las partes.[831]

Por eso, el eje central de la controversia radica en la iniciativa probatoria del juez, pues allí se argumenta que suple una tarea propia de las partes, teniendo en cuenta que el proceso no persigue investigar ni descubrir la verdad, sino –afirman– se conforma con la certidumbre lograda tras la producción de la prueba que las partes han actuado.[832]

831. Cappelletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, Buenos Aires, Ejea, 1972, pp. 122-123.

832. Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Problemas actuales del Derecho Procesal. Garantismo vs. Activismo Judicial*, *op. cit.*, p. 67 y ss. Podemos reconocer aquí el riesgo de una actuación parcial del juez, que se concretaría si él ejercitare sus poderes en el interés exclusivo de una de las partes. Más el riesgo de la parcialidad ronda al juez, que es y no puede dejar de ser humano, a lo largo de toda su actividad; y la única manera de eliminarlo

Ello sin olvidar que la carga de la prueba reposa en quien afirma los hechos que alega.

Sin embargo, si volvemos al punto de origen, es probable que no sea dentro del principio dispositivo donde se pueda discutir el alcance que se quiere encontrar.

En efecto, recordemos que el principio dispositivo (presente ya en el derecho medieval) acentúa el carácter privado para la iniciación del juicio. Al juez le está prohibido proceder sin petición de parte. La pretensión señala el marco de actuación, pero el objeto del proceso es el que se modifica con la publicización. No es la iniciativa ni la puesta en marcha lo que se transforma.

Si antes fue el interés particular, ello no cambia, pero la función jurisdiccional no descansa ahora en la sola aplicación de la ley, sino en la misión de hacer justicia sobre los hechos reales de la causa.

Esto que es muy claro en América, creemos confunde a los europeos, y mayormente, a quienes se apegan al procedimentalismo del siglo XIX pensando que el proceso sigue siendo una cosa entre partes, donde ellos dominan todos los aspectos del conflicto, inclusive, el propio sistema de enjuiciamiento.

Oportunamente Lascano apuntó que, teniendo en cuenta esta variación de objetivos, la cuestión se simplifica considerablemente.

> El juez no puede proceder de oficio, pero es entendido que su inhibición ha de serlo solamente en todo lo que importe contrariar su función específica. La actividad que no suponga sacarlo de su posición de juzgador como tercero imparcial, no está alcanzada por la prohibición referida. Lo que supone el principio no es tanto evitar la usurpación de facultades que pertenecen a las partes, como procurar que el órgano jurisdiccional se mantenga en el lugar que le corresponde en el proceso.[833]

---

completamente sería confiar a una máquina la dirección del proceso. Atar las manos al juez en la investigación de la verdad es pagar un precio demasiado alto por la prevención de un peligro que, aun sin tal exorcismo, normalmente permanece en "estado de peligro" y solo en casos excepcionales se convierte en daño actual. El remedio más eficaz contra el riesgo de la parcialidad no consiste en argüir obstáculos en la investigación de la verdad. Consiste sí, en imponer al juez el respeto escrupuloso de la contradicción en la actividad instructora y la estricta observancia del deber de motivar sus decisiones, mediante el análisis cuidadoso de la prueba producida y la indicación de las razones de su convencimiento acerca de los hechos.

833. Lascano, David, *Jurisdicción y competencia*, Buenos Aires, Guillermo Kraft, 1941, p. 10.

Por entonces Calamandrei, al explicar las orientaciones del nuevo Código italiano, después de ratificar que se habían conservado todos los aforismos de la antigua sapiencia, dijo:

> Sin embargo, se debe poner de relieve que, si bien el principio dispositivo ha sido mantenido, ha encontrado, no obstante, en el nuevo Código, atenuaciones y limitaciones notables, respecto de las cuales no se puede aquí guardar silencio [...].
> Tales atenuaciones y limitaciones se refieren, sobre todo, a la elección y a la proposición de los medios de prueba, en relación a los cuales los poderes de iniciativa del juez han sido notablemente ampliados respecto de aquellos, mucho más restringidos, admitidos por el código anterior. En realidad, mientras para el ejercicio de la acción y para la concreta determinación del tema de la demanda, todo poder de iniciativa reconocido al juez sería incompatible con la naturaleza misma del derecho privado, no se puede decir igualmente que el carácter disponible de la relación sustancial controvertida lleve necesariamente a hacer depender de la iniciativa de parte la elección y la puesta en práctica de los medios de prueba [...] Se puede, para concluir, poner de relieve que el nuevo Código ha hecho corresponder a la naturaleza disponible de la relación sustancial controvertida la adopción en el proceso del principio dispositivo: pero ha considerado que el mantenimiento de este principio no es, en general, inconciliable (como tradicionalmente se enseñaba) con el poder del juez de escoger por sí los propios métodos de investigación.[834]

Quizás el gran cambio que marca el centro de gravedad del principio está en la copernicana variación realizada en el objeto del proceso civil contradictorio, pretendiendo que el clásico debate dialéctico abandone la naturaleza de ser una lucha entre partes, para ubicarse en el plano del deber de colaboración de los contradictores, y encontrar una solución justa, afirmada sobre la verdad de los hechos.[835]

834. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, Vol. 1, p. 405 y ss.

835. Ibídem, p. 413. No está de más regresar a Calamandrei, que es el gran responsable –según los garantistas– del cambio de tornas. Sostenía el maestro florentino que, "en la concepción tradicional del proceso civil de tipo dispositivo el resorte de todo mecanismo procesal estaba constituido por el conflicto de los intereses individuales de las partes, que encontraba su terreno de lucha en el contradictorio. A cada parte se le dejaba plena libertad de comportarse en el proceso tal como le era sugerido por su propio interés; pero este estímulo del interés individual se encontraba en definitiva dirigido, sin que la parte se diera cuenta de ello, a la satisfacción del interés público, porque la actividad de cada litigante encontraba frente a sí el control y la reacción de

Desde esta perspectiva, no solo queda modificado el sentido del principio dispositivo, sino también el de igualdad y, en definitiva, alcanza a lo que se debe interpretar por debido proceso. Era obvio que no se postulaba la amistad entre adversarios, sino que el procedimiento no aumentara la hostilidad (por ello la aparición de los principios de lealtad, probidad y buena fe) y dejara de ser un sofisma actuado sobre versiones procurando la auténtica exposición de los hechos y sus consecuencias. Con estos parámetros puede hablarse de un "proceso social", pero es extremadamente capcioso decir que la socialización del proceso significó amputarle a las partes la libertad y señorío sobre el objeto a resolver.[836] En consecuencia, no es en el campo de los *principios* donde deben quedar las respuestas, sino, en nuestro parecer, en el terreno de las *garantías*.

---

la parte contraria, de suerte que este choque de esfuerzos individuales contrapuestos, del que nacía para el juez imparcial la verdad, se resolvía involuntariamente en una colaboración a los fines de la justicia. Aquel delicado mecanismo de precisión que era, en su concepción tradicional, el principio dispositivo, estaba destinado a funcionar como una ingeniosa combinación de libres cargas, sin necesidad de recurrir a la presión de obligaciones, que forzasen a las partes a realizar, en interés de la justicia, algo que estuviese en pugna con su interés individual. Esto tenía aplicación, sobre todo, para la constatación de la verdad en el proceso de cognición: la parte no tenía, por lo general, la obligación de decir la verdad, sino que tenía solamente la carga de probar, con los medios proporcionados por ella, que sus afirmaciones eran verdaderas…".

836. No es cierta esa derivación porque es diferente el principio dispositivo respecto de la regla de "aportación de los hechos por las partes". Un fallo del Tribunal Supremo español se hace cargo de la distinción al señalar que […] "aunque ambos aparezcan muy interrelacionados entre sí, el principio dispositivo, mejor poder dispositivo, significa que en el campo del proceso civil las partes disponen del objeto del proceso, en el sentido de ejercitarlo o renunciarlo a su voluntad. Comenzando, respecto del demandante, con la libertad de accionar y en cuanto a la elección de la oportunidad del momento de realizarla, limitado en el orden temporal a la prescripción de la acción y asimismo, iniciado el proceso con el poder de disposición sobre la pretensión, renunciándola o transigiendo, y en cuanto al demandado con la libertad de comparecer o no y de allanarse o transigir la pretensión adversa. En íntima relación con tal principio, pero con independencia o al menos autonomía, figuran los de justicia rogada y de aportación de parte, el primero en cuanto a que el actor determina la iniciación del proceso (*ne procedat iudex ex officcio y nemo iudex sine actore*) y puede desistir. En cuanto al de aportación de parte, significa la asunción por cada parte de los elementos de alegación, petición y prueba que vinculan al juez dentro del margen de la pretensión y de su oposición (ST, sentencia del 7 de diciembre de 1999; cfr. Picó i Junoy, Joan; Lluch, Xavier Abel (coords.), *Los poderes del juez civil en materia probatoria*, Barcelona, J. M. Bosch, 2003, p. 22, nota 8).

162. Conclusiones

Al llegar al final de estas reflexiones de inmediato advertimos lo profundo de los cambios, el esfuerzo de adaptación que los jueces han realizado en el curso de los tiempos, y la poca sintonía de los códigos procesales que han mantenido un esquema de debate aplicado rigurosamente al principio dispositivo clásico, sin advertir que desde Chiovenda (1903) las variaciones fueron significativas.

La misión constitucional de los jueces en el proceso ha desplazado las formalidades propias del procedimentalismo para centrar la función en la eficacia y en el sentido de "lo justo".

Para ello, el rigor de los principios y la poca permeabilidad de las reglas se convierten en obstáculos al criterio principal que ahora se afirma; por eso, tanto el principio dispositivo como su influencia en la congruencia procesal contienen las extensiones que este capítulo resume desde la dogmática y que bien puede explanarse, con la constante prédica jurisprudencial. En resumen, hablamos de derechos y garantías, nada más.

Capítulo XXII
El principio de congruencia

163. Significados de la congruencia

El juez no puede actuar fuera del marco de lo pedido por las partes. La aplicación práctica del principio significa que le está prohibido resolver sobre cuestiones no propuestas.

Tampoco puede dar una solución distinta o diferente a la que se planteó entre el objeto de la demanda y la resistencia; ni tiene la posibilidad de ampliar la condena superando la expectativa que se expuso en los escritos postulatorios.

Una incursión distinta genera los llamados "defectos de congruencia", que se relacionan con los deberes del juez al tiempo de dictar sentencia, los que si bien se vinculan con la pretensión y los sujetos procesales, en materia probatoria puede ser extendido. Así lo permite, por ejemplo, el artículo 163 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, cuando dice que: "La sentencia podrá hacer mérito de los hechos constitutivos, modificativos o extintivos, producidos durante la sustanciación del juicio y debidamente probados, aunque no hubiesen sido invocados oportunamente como hechos nuevos".

También la congruencia puede quedar afectada si los hechos que se reciben en el proceso son ampliados o replanteados, y con ello se permite modificar o transformar la demanda.

Si bien es cierto, en la mayoría de los ordenamientos procesales rige la regla de preclusión, por lo cual todo tiene su tiempo y ocasión para quedar en el proceso; también lo es que en un sistema que no sea rigurosamente preclusivo, existe la posibilidad de deducir nuevas pretensiones,[837] modalidad que no se da en ninguno de los códigos procesales de nuestro país.

837. Calamandrei, Piero, *Instituciones, op. cit.*, p. 310. En la historia del proceso civil el principio de la *preclusión elástica* de las deducciones (cfr. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 377) fue explicada por Calamandrei sosteniendo que tenía nacimiento en el código de procedimiento civil italiano. En la Relación de Grandi se

En suma, el principio de congruencia es una proyección del principio dispositivo exigiendo que la sentencia definitiva se refiera estrictamente al objeto procesal planteado como pretensión de las partes; por lo cual, solo estas podrán quedar alcanzadas por el pronunciamiento; y los hechos referidos serán, únicamente, los alegados por las partes.[838]

164. Ampliaciones de la congruencia hacia sujetos que no son partes

No obstante la afirmación que cierra el parágrafo que precede, es posible constatar que, sin que signifique quiebre alguno en el derecho de defensa en juicio, la sentencia puede alcanzar a terceros que no fueron "parte" en sentido procesal.

164.1 Intervención adhesiva simple del tercero

Un caso posible surge del artículo 96 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación cuando tolera que la sentencia dictada en los autos principales afecte a terceros como a quienes son partes originarias en el proceso.

Esta disposición ha generado interpretaciones distintas. Un sector de la doctrina indica que hay que distinguir, a los fines de estable-

dijo: "Reiteradas experiencias históricas han demostrado que, si son graves los inconvenientes derivados de adoptar el principio de libertad de las deducciones, no son menos serios los que pueden provenir de la rígida aplicación del principio de preclusión y de eventualidad. También aquí están en juego dos exigencias opuestas: por una parte, está el interés en la consecución de la verdad, el cual aconseja dejar, hasta el momento de la decisión definitiva, abierta la puerta a todas las deducciones, incluso tardías, ya que ellas pueden aportar al juez elementos de convicción útiles a los fines de la justicia; por la otra, está el interés en la rapidez y en la buena fe procesal, que exige que las partes no prolonguen el proceso con una bien dosificada destilación de las deducciones mantenidas en reserva, y quiere que desde el principio vuelquen ellas el saco de sus razones, sin preparar los expedientes para las sorpresas de última hora. En un sistema procesal que satisfaga plenamente la primera exigencia, se corre el riesgo, por amor a la verdad, de dejar libre el campo a la táctica dilatoria; mientras que si se satisface plenamente la segunda exigencia, hay peligro, en gracia a la rapidez de sacrificar la justicia".

838. Dice el art. 364 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación: "No podrán producirse pruebas sino sobre hechos que hayan sido articulados por las partes en sus escritos respectivos. No serán admitidas las que fueren manifiestamente improcedentes o superfluas o meramente dilatorias".

cer el alcance de la condena, si el tercero que concurre el proceso llega por citación de la parte actora o del demandado.

Si fuera el demandante quien lo emplaza, no hay dudas que la decisión lo comprende con la extensión que adquiere al convertirse en parte. Mientras que si el comparecimiento proviene por el pedido del demandado, al que no adhiere el actor, la sentencia no lo puede afectar, toda vez que el actor no ha hecho extensiva la demanda (principio dispositivo); y si al tercero se le aplica el efecto del artículo 96 se alteraría el principio de congruencia según el cual no se puede dictar sentencia más allá de lo pedido.

Cuando se trata de citación directa, el emplazamiento en los términos de los artículos 94 a 96 del Código Procesal supone convertir en una verdadera parte al tercero citado.[839]

En consecuencia, la participación del tercero en el juicio estaría limitada a su interés, sin que pueda extenderse fuera de lo que afecta a su derecho.

La Cámara Nacional en lo Civil, en pleno, ha resuelto que "no es factible dictar condena contra el tercero obligado, que fuera citado al proceso a propuesta del demandado y que constituye con este un litisconsorcio pasivo facultativo" ("Balebona, Manuel c. Storzi, Daniel", 04/03/1992, DJ 1992-1, 961).

839. CNFed. Civ. y Com., Sala III, 16/12/1999, "Avellaneda Coop. de seguros Ltda. c. Capitán y/o Arm. y/o Prop. Buque Prosperity", LL 2000-C, 901 [42.655-S] - DJ 2000-2-222. Si la concursada es demandada principal en el proceso y ha contestado demanda; al igual que la citada en garantía en los términos del art. 118 de la Ley N° 17418 –antecedente que la convierte en parte obligada e inescindible del proceso– rige el art. 133, párrafo 2º, de la Ley N° 24522 que establece que existiendo litisconsorcio necesario respecto de los demandados, la acción debe proseguir ante el tribunal donde esté radicado el proceso universal con la intervención del síndico, y es aplicable el fuero de atracción (art. 21 de dicha ley), en cuanto determina la radicación ante el juez del concurso de todos los juicios de contenido patrimonial contra el concursado. –Del dictamen de la Procuración General, al que remitió la Corte Suprema–. (Fallos: 327:914) La intervención de la aseguradora citada en garantía constituye un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario pues el tercero está coactivamente obligado mientras esta intervención es de carácter accesoria; solo puede hacerse en el juicio contra quien será civilmente responsable y conforme con el principio de que lo accesorio sigue la suerte de lo principal. En este caso no hay dudas que la sentencia dictada lo alcanza plenamente. Por eso se afirma que: "Cuando se trata de supuestos de intervención simple, se argumenta que el tercero convocado a juicio a pedido del demandado en los términos del art. 94 del Código Procesal no puede ser objeto de condena, pese a lo dispuesto en el último párrafo del art. 96 del mismo cuerpo legal".

No obstante, la Corte en votos disidentes ha dicho que el tercero citado a juicio en los términos de los arts. 94 y 96 del Código Procesal debe ser admitido como parte demandada si contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones del actor y solicitando su rechazo. Por tanto, en la medida del alcance de su responsabilidad, corresponde incluirlo en la sentencia, que deberá afectarlo como a los litigantes principales (del voto del doctor Vázquez).[840]

Ahora bien, si nos guiamos por los principios procesales aplicables a todo tipo de procesos, la demanda se dirige contra quienes el actor menciona en el escrito constitutivo y persigue alcanzar y comprometer con sus pretensiones. Por su parte, el demandado resiste a la pretensión, es decir, no tiene una demanda propiamente dicha contra el actor; solo se defiende.

En consecuencia, la *litiscontestatio* supone el enfrentamiento entre partes conocidas y libremente dispuestas por quienes son "justas partes"; mientras que la incorporación de terceros es un fenómeno extraño pero necesario para la regularidad de la instancia y el derecho a obtener una sentencia útil y efectiva.

Por ello, la expresión del artículo 96, huidiza e imprecisa, que supone hacer extensiva la sentencia a los terceros como si fueran los litigantes principales, debiera interpretarse de acuerdo con las modalidades del comparecimiento.

Si es parte, con iguales facultades que el actor, y sin sujeción alguna respecto a este, es obvio que la decisión lo afecta como a los demás. Si es un tercero adhesivo simple, la sentencia no lo puede alcanzar, porque la decisión tiene a su respecto efectos declarativos.

840. Si el tercero es citado a través de una decisión fundada del juez, comparece a juicio, contesta demanda, se opone a las pretensiones del actor, solicita su rechazo y a su vez reclama, en caso de corresponder, la citación en garantía de su asegurador, todo lo cual le es proveído de conformidad teniéndoselo por parte, tanto sea por un principio de economía procesal como por virtud de disposiciones legales, cabe admitirlo como parte demandada en el pleito y en la medida del alcance de su responsabilidad incluirlo en la sentencia, la que debe afectarlo como a los litigantes principales de conformidad con lo que establece el art. 96 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Fallos: 319:1569). También ha dicho la Corte (La Ley, 1997-C, 502) que [...] "Los tribunales inferiores sostienen que la regla por la cual la sentencia afecta al tercero como a los litigantes principales no significa que pueda hacerse recaer el pronunciamiento condenatorio sobre aquél, sino que el mismo puede constituir un antecedente favorable para la fundabilidad de la pretensión de regreso que el demandado pueda interponer frente al tercero" (Fallos: 298:341).

Si el tercero resulta emplazado por el demandado y el actor no adhiere a la citación, la concurrencia de aquél al proceso significará asumir la posición que le corresponda como parte, pero la sentencia tendrá sobre él efectos declarativos y no constitutivos.

El párrafo final del artículo 96 es un agregado de la Ley N° 25488. Por él se deja en claro que la discusión antes expuesta se resuelve en favor de la ejecución de la sentencia contra el tercero, siempre que sus posibilidades de alegato y prueba no se encuentren disminuidos en el proceso donde interviene, o se trate de cuestiones donde no pudiera argumentar y obtener una sentencia exclusiva pues le estaría vedado por la materia de debate y decisión donde interviene.[841]

La reforma introduce la ejecución directa contra el tercero, evitando lo dicho respecto a que tenga la sentencia efectos declarativos que obligan a sustanciar otro procedimiento persecutorio de condena.

164.2 Terceros alcanzados por la sentencia

¿Puede la sentencia alcanzarlos sin mella a la garantía del debido proceso?

Observemos un ejemplo común: se demanda por los daños y perjuicios habidos por la pérdida de una vida humana ocasionada al caer en una alcantarilla no tapada que queda cubierta en días de lluvia. La pretensión persigue solamente una indemnización dineraria. Luego, probados los hechos y determinada la culpa de los responsables, se decide dictar sentencia favorable, pero al mismo tiempo, se ordena que la alcantarilla sea cubierta para evitar perjuicios similares. La obra debe llevarla a cabo quien no fue parte procesal.

La actuación judicial es preventiva y, a pesar de estar fuera del marco de la congruencia objetiva (pretensión material) y subjetiva

841. De los Santos, Mabel, "Postulación y flexibilización de la congruencia", en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, año IV, N° 6, 2004, p. 245. Afirma que si bien es cierta la íntima vinculación entre el principio de congruencia y la garantía de la defensa en juicio; también lo es que esta relación no siempre se presenta tan estricta, sobre todo, cuando es necesario acordar a los principios procesales un rango prevalente. Precisamente las excepciones legisladas al principio de congruencia tienen por finalidad suministrar instrumentos al juez para la correcta armonización de los principios y garantías vinculados al debido proceso. Pero además de los casos legislados, el juez puede flexibilizar la congruencia cuando sea menester a los fines de cumplir con la garantía de la tutela efectiva en tanto con ello no resulte afectado el derecho de defensa.

(partes del proceso), no afecta la garantía señalada pues se ha modificado el eje normativo de atención.

En efecto, existe un tránsito de la reparación *ex post facto* a la prevención del daño, que supone al mismo tiempo, alterar sin fisuras las reglas de la bilateralidad y contradicción para lograr así una solución justa.

Mientras *ab initio* se castigó al autor del ilícito, actualmente se atiende la situación de la víctima. De este modo, el derecho a la indemnización que era un valor equivalente a la ponderación del daño sufrido, ahora se convierte en un derecho creditorio que persigue garantir en su integridad al derecho en sí mismo.

El carácter de *mandamiento de abstención* o *la orden de hacer o no hacer* que con la extensión del fallo se propicia enfrenta un conflicto natural con la idea de reparar sin daño causado, porque la decisión judicial que en tal sentido pudiera ser dictada, tendría que elaborar un fundamento diferente a la definición clásica del hecho ilícito contractual, delictual o cuasidelictual.

Afirma Lorenzetti que la doctrina se ha concentrado en la redefinición de la causa fuente del crédito:

> … si en el derecho clásico era el hecho ilícito contractual, cuasidelictual o delictual, ahora se avanza hacia la unificación y la sustitución de estos principios por la noción de daño injusto. A ello se le agrega un nexo adecuado de causalidad y un factor de atribución de responsabilidad, a fin de configurar finalmente el crédito indemnizatorio.[842]

Probablemente desde la pura dogmática tal decisión esquive principios procesales muy arraigados; e inclusive, se podrá afirmar que altera la función judicial al provocar una decisión que se parece demasiado a un acto administrativo. No obstante, cómo negar que con ella se está dando una solución justa.

164.3 La cosa juzgada en los procesos constitucionales o el efecto *erga omnes*

Hay aun más supuestos donde la congruencia no se afecta más allá de condenar a sujetos que no han sido partes en el proceso que dicta la sentencia que los vincula.

842. Lorenzetti, Ricardo, *La tutela civil inhibitoria*, Buenos Aires, La Ley 1995-C, 1217.

Uno de ellos radica en los procesos constitucionales que permiten extender la cosa juzgada a terceros; supuesto lógico que solo enunciamos para no confundirlos con la extensión que queremos señalar para el proceso civil.[843] Otros ocurren con los denominados procesos sociales, en los cuales el juez o tribunal deben trabajar sobre un concepto diferente.

Nos referimos a la función social que se reclama de los jueces. De hecho son múltiples las manifestaciones que dan muestras suficientes de la adaptación permanente de las sentencias a la realidad donde se insertan,[844] morigerando con ellas el rigor técnico de algunos principios procesales.

843. El Código Modelo Tipo para acciones colectivas, aprobado en 1998 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, dispone: *Art. 33.- Cosa juzgada*: En los procesos colectivos de que trata este Código, la sentencia hará cosa juzgada *erga omnes*, excepto cuando la pretensión fuere rechazada por insuficiencia de pruebas, caso en el cual cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, si se valiere de nueva prueba.
Par. 1º - Asimismo, en la hipótesis de rechazo basado en las pruebas producidas, cualquier legitimado podrá intentar otra acción, con idéntico fundamento, en el plazo de 2 (dos) años contados desde el conocimiento de nueva prueba superveniente, que no hubiera podido ser producida en el proceso, siempre que ella sea idónea, por sí sola, para modificar el resultado del proceso.
Par. 2º - Tratándose de intereses o derechos individuales homogéneos, en caso de rechazo de la pretensión, los interesados podrán deducir la acción de indemnización a título individual.
Par. 3º - Los efectos de la cosa juzgada en los procesos de tutela de intereses o derechos difusos, no perjudicarán las acciones de indemnización por daños personalmente sufridos, propuestas individualmente o en la forma prevista en este Código, pero si hubiera sido declarado procedente el pedido, tales efectos beneficiarán a las víctimas y a sus sucesores quienes podrán solicitar la liquidación y la ejecución en los términos de los artículos 22 a 24.
Par. 4º - Lo dispuesto en el parágrafo anterior, es aplicable a la sentencia penal condenatoria.
Par. 5º - La competencia territorial del órgano juzgador no implicará una limitación para la cosa juzgada *erga omnes*.

844. CNSeg. Social, Sala II, "Hussar, Otto c. ANSeS", 27/09/1995, LL 1996-B, 83, con nota de María del Carmen Besteiro - DJ, 1995-2-821 - DT, 1995-B, 2157. Por ejemplo, para analizar la constitucionalidad del art. 24 de la ley 24.463, que establece su aplicación inmediata a las causas en trámite y la conversión de las radicadas ante la Cámara de Apelaciones de la Seguridad Social que se encuentren pendientes de sentencia al procedimiento previsto en esa ley, debe considerarse que la naturaleza alimentaria de los créditos previsionales exige una consideración particularmente cuidadosa para que no se afecten sus caracteres de integrales e irrenunciables. Asimismo, no debe olvidarse que el tema se relaciona con la justicia de protección o acompañamiento y que el derecho a obtener una rápida y eficaz decisión judicial integra la garantía de la defensa en juicio.

El análisis que se propone para convalidar este criterio es diferente al tradicional. Consiste en dar una pauta de conducta cuando la solución del conflicto necesita eludir alguna regla o pauta del proceso; sea formal (*v. gr.* un plazo), o sustancial (*v. gr.* dar patrones de cumplimiento en un contrato), y hasta constitucional (*v. gr.* extender los alcances de la cosa juzgada a quienes no han sido partes).

La justicia suele presentarse como "de acompañamiento", donde la razón de la crisis permite eludir reglas estrictas para alcanzar una solución justa y proyectada al clamor social.

> Es que, por debajo de lo que las leyes parecen decir literalmente, es lícito indagar lo que quieren decir jurídicamente y si bien no cabe prescindir de las palabras de la ley, tampoco hay que atenerse rigurosamente a ellas cuando una interpretación sistemática así lo requiera, dado que la misión judicial no se agota con la remisión a su letra, ya que los jueces, en cuanto servidores del derecho y para la realización de la justicia, no pueden prescindir de la *ratio legis* y del espíritu de la norma (del dictamen del Procurador General).[845]

Esta es una primera lectura en un asunto común. Interpretar la ley es una potestad del juez que no se puede controvertir ni limitar, y el sentimiento de hacer justicia se vincula directamente con este poder.

Desde esta posibilidad abierta, se continúa con la potestad de modificar cláusulas inconvenientes con la libertad de contratar, o cuando la manifestación de voluntad no sea libre o esté previamente condicionada, o directamente se evidencia abusiva, tal como veremos en el parágrafo siguiente.

Finalmente, la función ha de estar atenta a toda alteración que esté en sus manos corregir.

> Se ha dicho que, episodios como el del *sub judice* en que empleados policiales exigen dinero para no llevar adelante un procedimiento merecen severo repudio y ejemplificadora sanción, para desalentar a quienes no quieren aún comprender que no pueden agraviar impunemente a las instrucciones sobre las que se asienta la paz y la seguridad de todos. Hechos de esta naturaleza, de reiteración desafortunada en los últimos tiempos producen alarma social, pues se ha corrompido la conciencia del servicio público y se ha adulterado hasta lo profundo la responsabilidad

845. CSJN, Fallos: 305:973.

de aquellos a quien el Estado arma para defensa de sus conciudadanos. Ocasiona ello hondo deterioro que salpica a los que cumplen fielmente con su deber, al envolverlos en la generalizada desconfianza que se despierta en el hombre común cuando precisamente aquellos destinados a custodiarlo, lo esquilman y escarnecen con la alta misión que les fuera conferida (en el caso, se imponen cuatro años de prisión, ocho de inhabilitación especial, accesorias legales y costas para cada uno de los condenados, habiéndose absuelto a uno de los procesados por aplicación del art. 13 del Código de Procedimiento Criminal.[846]

165. Ampliaciones de la congruencia en la pretensión

La posibilidad de resolver fuera del marco de lo pedido no agravia el derecho de defensa ni conspira con la garantía del debido proceso.[847]

No se trata de cambiar el interés puesto de manifiesto en la demanda, ni de socavar el derecho del litigante a satisfacerlo en la misma proporción que ha propuesto, sino de advertir que la cosa demandada no es

846. CNCrim. y Correc., Sala IV, "Lepera, José A.", 12/10/1979, LL 1980-A, 531. Claro es que esta posición es resistida por un sector polémico de la doctrina.
Montero Aroca, Juan, *Los principios políticos de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española*, *op. cit.*, p. 76. En esta obra el autor afirma que después de casi todo un siglo de entrecruzamiento de concepciones sobre el proceso civil, en el que lo más destacado ha sido el intento de desvirtuación de la realidad de que por medio de él se pretende la tutela judicial efectiva de derechos e intereses de naturaleza privada, para intentar convertirlo en un instrumento del Estado, por medio del juez, para atender a la mejor protección de los intereses públicos, con lo que evidenciaba que se trataba de someter lo privado a lo público, lo que era claramente revelador de una ideología autoritaria, se está acabando de comprender que el proceso civil tiene que seguir siendo el instrumento para la mejor protección de los derechos de naturaleza privada.

847. Oteiza, Eduardo, "El juez ante la tensión entre libertad e igualdad", en *Revista de Derecho Procesal (número extraordinario en homenaje a J. Ramiro Podetti)*, Buenos Aires - Santa Fe, Rubinzal - Culzoni, 2004, p. 226. Afirma el autor que el juez llamado a decidir el conflicto puede enfrentarse a la necesidad de indagar sobre lo realmente pedido, lo cual no significa que haga suya la petición o la desarrolle a su gusto. En una contienda referida a derechos privados la decisión debe guardar correspondencia con el pedido de reconocimiento de esos derechos, lo cual no soluciona el problema de la falta de claridad en el lenguaje utilizado en el proceso. Cierta flexibilidad otorgada al juez a la hora de meritar el alcance de lo pedido y su correspondencia con el eje del debate no supone una injerencia del Estado en la esfera de la autodeterminación, sino la capacidad de moderar las formas empleadas para discutir con mayor libertad en el campo favorable a la fiel expresión de las posiciones de las partes.

un objeto estanco y acotado, sino un marco de referencia donde el poder del que pide e inclusive, la misma negociación entre las partes, permite reconducir o replantear la pretensión llevándola a una flexibilidad que el principio de congruencia, en los parámetros actuales, no admite ni tolera.

Tampoco referimos, claro está, a alterar la pretensión sin que la parte interesada resuelva el cambio o la reversión, sino de impulsar la transformación del objeto pedido cuando de las propias contingencias de la causa se advierte la eficacia de propiciar soluciones alternativas.

Este fenómeno se visualiza en diversas variables, como puede ser la determinación en la sentencia condenatoria de una reparación en cuotas; o en especie. O bien, cuando se restituye el derecho alterado y se promueve entre las partes la negociación para evitar conflictos futuros. También, cuando se interpreta la conducta de las partes y se altera el sentido de la pretensión sin quebrar la índole de la satisfacción y el derecho a una sentencia justa.[848]

848. El voto de Eduardo De Lázzari en los autos "L., F. F. c/ Municipalidad de La Plata s/ Demanda contencioso administrativa", causa B.58.760 (SC Buenos Aires, 07/03/2007) testimonia cómo se puede variar la pretensión haciendo verdadera justicia. Sostiene entre muchos y variados fundamentos el profesor de La Plata que [...] las normas deben ser interpretadas de un modo que permita descubrir su armonía con los derechos por cuyo ejercicio velan. Que existe una coherencia de contenido entre los requerimientos procesales y los derechos fundamentales. Y que unos y otros no pueden ser entendidos aisladamente, sino leerse como una conjunción sistémica de resguardos a la dignidad personal (conf. mi voto en Ac. 35.064, sent. del 22/10/1985; Ac. 52.544; sent. del 07/02/1995; Ac. 75.329, sent. del 18/05/2001, entre muchas otras). Es tiempo una vez más de recordar y aplicar esa doctrina, sobre todo cuando se trata, como en el caso, de restaurar la vigencia de los derechos de la parte manifiestamente más débil en la relación sustancial. 3. Decidir que al actor le cabe razón pero, en vez de restituirlo adonde trata de volver para ejercer su actividad injustamente impedida, abrir un prisma de posibilidades inciertas que en definitiva tendrá que ofrecer la misma entidad a la que demandó, me parece que solo sirve para que permanezca la situación de conflicto.
Si la decisión a la que arriba luego de todo este largo tiempo resulta ser que las propias partes deben acordar la solución a su controversia (aunque se le dé sentido imperativo a esa necesidad): ¿qué pasará si, como hasta ahora, siguen sin lograrlo? ¿se reiniciarán las actuaciones fenecidas?
Podrá decirse que comportará flagrante violación del principio de congruencia, estrepitoso desborde del juzgador extra, *infra* y *ultra petita*, instalación en un terreno no querido por las partes, quebrantamiento de principios procesales consagrados desde siempre. Sin embargo no me arredran tales objeciones en esta insoslayable misión de hacer justicia. Sostengo la posibilidad de trascender en las especialísimas circunstancias del caso el marco estricto y a la vez estrecho –si se lo interpreta cerradamente– de la pretensión y su réplica, aprehendidas en forma literal. Sobre la base de los ya recorda-

dos principios fundamentales contenidos tanto en la Constitución de la Nación como en la de la Provincia, que exigen prioritaria atención al problema de la discapacidad, al cobijo de la tutela judicial continua y efectiva que consagra el art. 15 de la Carta Magna local, entiendo que una particularísima circunstancia acaecida en la causa permite hacer pie en ella para otorgar el sentido que postulo a la decisión a adoptarse. Me refiero a la conducta de la propia Municipalidad, que precedentemente ha quedado debidamente esclarecida mediante la transcripción de lo que expresara en su presentación de fs. 172 vta. Allí ofreció un permiso de uso de espacios públicos en diversos lugares alternativos, atendiendo a la discapacidad del demandante y procurando hallar salida a su problema. Mediante esa propuesta superadora, ha tenido lugar una suerte de allanamiento parcial al sentido último de la pretensión, exteriorizando una voluntad razonablemente componedora. A todo esto, la conducta de las partes en el proceso es pauta primera de interpretación (doctrina del art. 163 inc. 5º del C.P.C.C.N.).
En esa línea, de lo demandado debe extraerse el verdadero núcleo, soslayando la ya demostrada improcedencia de atribución de un puesto determinado en un lugar determinado [...].
La evolución de nuestros tiempos procesales demuestra acabadamente que es posible la solución que procuro. Repasando sucintamente distintos fenómenos, puede apreciarse por ejemplo que la Corte Suprema ha dado cabida desde hace décadas a la doctrina de la arbitrariedad, sin texto alguno que la consagre y aun en contra de los textos que explícitamente discriminan las hipótesis de admisibilidad del recurso extraordinario federal. Nuestro propio Tribunal, constreñido legalmente al tratamiento de cuestiones de derecho, interviene cotidianamente en las de hecho y prueba sobre la base del concepto de absurdo. La misma Corte Federal, en el desgraciado caso "Morales, María Soledad", (07/07/1992), ha expresado que "la utilización de los poderes destinados a salvaguardar el correcto y eficaz ejercicio de la función jurisdiccional por parte de los magistrados intervinientes, constituye un imperativo categórico". Agregando en el mismo precedente que la necesidad de "afianzar la justicia" impone la exigencia de encauzar las actuaciones de modo que ambas partes puedan alcanzar rápidamente el objetivo que persiguen mediante su actuación en el proceso.
El soporte, entonces, de esta manera de situar el litigio, proviene de la propia Constitución. Ha expresado Morello, en este sentido, que ella es una norma cualitativamente distinta porque incorpora el sistema de valores esenciales que ha de contribuir al orden de conveniencia social. Se adapta, vía interpretación, a todos los tiempos y circunstancias e informa y orienta a la totalidad del ordenamiento. Es el espejo en el que al cabo se refractan las libertades y sus razonables limitaciones. La observancia del sistema de valores incorporados en la Constitución requiere la más exquisita, prudente y lúcida interpretación teleológica (*El proceso justo*, *op. cit.*, p. 567 y sgts.). En el área de la justicia de protección –nada menos que a la discapacidad– la flexibilidad llega al máximo, vedándose cualquier frustración de derechos de hondo contenido social. La dignidad de la persona humana constituye el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales del orden constitucional (CSJN, Fallos: 314:424, 441/442). El art. 22 de la Declaración Universal de Derechos Humanos establece que toda persona tiene derecho a la satisfacción de los derechos económicos y sociales "indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad". Todo lo cual armoniza con otro principio señero de nuestra Constitución nacional y del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: la Justicia Social, conceptuada por el Máximo

En definitiva, hablamos de "hacer justicia", y a sabiendas de que el principio de congruencia se instala entre las garantías propias del derecho de defensa, no existirá contraste si quien peticiona una cosa, y encuentra que en la sentencia no hay conformidad, adecuación o correlación con ella, pero se le da el sentido de lo justo, no importará el defecto o el exceso.

Tribunal de la Nación como "la justicia en su más alta expresión", consistiendo "en ordenar la actividad intersubjetiva de los miembros de la comunidad y los recursos con que ésta cuenta con vistas a lograr que todos y cada uno de sus miembros participen de los bienes materiales y espirituales de la civilización", "por medio de la cual se consigue o se tiende a alcanzar el bienestar, esto es, las condiciones de vida mediante las cuales es posible a la persona humana desarrollarse conforme con su excelsa dignidad" (CSJN, Fallos: 289:430, 436; 293:26,27; art. 75 inc. 19, CN).

En resumen, el camino esbozado ciertamente no refleja la ortodoxia procesal. Pero los jueces deben juzgar las cuestiones meramente formales con criterio amplio a fin de no perjudicar un reclamo que se vincula con un beneficio de naturaleza alimentaria (CSJN, Fallos: 280:75; 294:94). Un estricto apego al principio de congruencia conduciría a la ya enunciada repulsa. Sin embargo, los conceptos procesales admiten flexibilización en supuestos excepcionales como el que nos ocupa. De allí que corresponda armonizar aquellas exigencias de tipo formal con las particularidades que se presentan, para que las decisiones judiciales sean verdaderamente útiles. Hay un verdadero principio de utilidad de la sentencia, que se vincula con otro preponderante que es el valor eficacia del servicio de justicia, que ha de servir verdaderamente para cumplimentar el auténtico rol de la jurisdicción de suprimir los conflictos y lograr la paz social. En otras palabras, debe tenerse clara conciencia de la función instrumental del proceso, cuyo objeto radica en la efectivización de los derechos (conf. L. 81.216, "Castro", sent. del 22/10/2003; L. 82.888, "Adasme", sent. del 18/02/2004; L. 79.806, "Pungitore", sent. del 01/03/2004, entre otras).

Pesa sobre los jueces un específico deber: el de ponderar qué es lo que se seguirá de su fallo, cuáles consecuencias o efectos, el sentido, alcance y derivaciones del resultado al que arriben. No pueden permanecer indiferentes a esos resultados. Habrán de representárselos formulando una tarea de verificación de los mismos en función del valor justicia. Esta ponderación de las consecuencias de la decisión ha sido sostenida reiteradamente por la Corte Suprema: "Si la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de sus términos, conduce a resultados que no armonizan con principios axiológicos superiores, arriba a conclusiones reñidas con las circunstancias del caso o a consecuencias notablemente disvaliosas, la interpretación de la ley debe integrarse a su espíritu, a sus fines y a los principios fundamentales del derecho en grado y jerarquía en que estos son valorados por el todo normativo" (CSJN, Fallos: 302:1284). "La aceptación de soluciones disvaliosas es incompatible con la misión de los jueces" (CSJN, Fallos: 313:1238).

Es por ello que existe un compromiso y una responsabilidad social de la justicia en cumplimentar tales objetivos y en desarrollar acciones que prevengan, eviten o hagan cesar determinados daños o circunstancias disvaliosas, lo que emerge de la propia Constitución (Preámbulo, arts. 14, 28, 33, etc.).

En otros términos, no existirá incongruencia cuando se decida sobre una pretensión que, aunque no fue formal o expresamente ejercitada, estaba implícita o era consecuencia inescindible o necesaria de los pedimentos articulados o de la cuestión principal debatida en el proceso. Porque para que el vicio afecte el derecho de defensa deberá mostrar un absoluto desvío de la pretensión con consiguiente indefensión y sustracción a las partes del verdadero debate contradictorio produciéndose un fallo extraño a las respectivas pretensiones de las partes, de forma que la decisión judicial se haya pronunciado sobre temas o materias no debatidas oportunamente en el proceso y respecto de las cuales, por consiguiente, las partes no tuvieran oportunidad de ejercitar adecuadamente su derecho de defensa, formulando o exponiendo las alegaciones y argumentos que tuvieran por conveniente en apoyo de sus respectivas posiciones procesales.[849]

849. Cfr. González Malabia, Sergio, "La congruencia como requisito de la sentencia en la jurisprudencia constitucional del año 1998", en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, N° 3, Universidad de Valencia, septiembre-diciembre de 1999.

Capítulo XXIII
El principio de la buena fe en el proceso civil

166. Introducción

El principio de la buena fe aplicado al desarrollo del proceso civil ha tenido a lo largo de la historia una lectura variable que se fue modificando con la propia evolución de la ciencia. Por eso, aunque la regla moral en el derecho es de antigua prosapia, en el Derecho Procesal se podría afirmar que es casi novedosa, porque teniendo presente que el Derecho Romano[850]

850. En el *derecho romano*, el principio de la *bona fides* era consagrado como un deber divino. Obedecer las leyes era, según Platón, rendir culto a los dioses. Por eso, para los antiguos, más que humana, la de las leyes era obra divina. La jurisdicción contenciosa importaba entender en un conflicto de intereses privados, de carácter moral o económico, en el cual, tanto en la época de las *legis actionis*, como en el proceso formulario, establecieron "penas procesales" (*poenae temere litigantium*) cuya finalidad era influir a las partes para litigar sin ligerezas o valerse de "chicanas". La *legis actio sacramento* constituía un mecanismo por el cual las partes debían depositar, en confianza por la verdad de sus afirmaciones, una prenda que solo retiraba luego el vencedor. Este procedimiento, denominado "de la apuesta" (*actio per sacramentum*), fue evolucionando y la consignación del valor pasó a suplirse por la exigencia de constituir un *sponsio*, es decir, la acción por la cual un tercero debía garantizar el cumplimiento de la obligación. En la faz siguiente, la *actio per condictionem* o acción que tiene por fin el cobro de una suma de dinero, el deudor reclamado que negaba su deuda era condenado a una multa igual al tercio del monto debitado (*restipulatio tertia partis*).
Arangio Ruiz entiende que este sistema obedece a la siguiente evolución: 1) Antes de la Ley de las XII Tablas, la estipulación de una suma de dinero se reclamaba mediante el *sacramentum* o apuesta; 2) Por medio de la *iudicis postulatio*, la ley puso a disposición de las partes un medio más lógico para que el promitente cumpliera su obligación de entregar el dinero o cuerpo cierto; 3) Mediante la Ley Silia fue establecido, primero, que la apuesta no sería entregada al tesoro público sino al vencedor y, segundo devolver a este la suma prometida (Cfr. Zeiss, Walter, *El dolo procesal*, Buenos Aires, Ejea, 1979, p. 34 y ss.). Esta multa podía ser incrementada cuando el demandado obraba con imprudencia o maliciosidad (*litiscrecrescencia por infitatio*) (Cfr. Cuenca, Humberto, *Proceso civil romano*, Buenos Aires, Ejea, 1957, p. 45).
Abandonado el sistema de las *legis actionis*, la función de advertencia que cumplían las penas procesales, fue a cumplirse por el "juramento de calumnia". Este requerimiento

fustigó las conductas atípicas, la interpretación de la *bona fides* como principio autónomo del proceso es relativamente reciente.[851]

Es más, recién se instala la discusión sobre la necesidad de obrar con lealtad y probidad, cuando se advierten los desatinos de la conducta de las partes, y las continuas posibilidades de exceso que facilitaba el principio dispositivo, interpretado sin otro límite que el "interés de los litigantes", o el "ejercicio del derecho de defensa".[852]

---

consistía en la promesa de litigar con buena fe, absteniéndose de toda tergiversación o fraude. El *iusiuriandum calumniae* se encuentra receptado en las Instituciones de Gayo (IV-172): *Quood si necque sponsionis necque duplin actionis periculum ei, cum quo agitur, iniugatur ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permitit praetor iusiuriandum exigere non calumniae causa infitias ire* (Pero si no hay peligro con quien se litiga, ni de suspensión ni de acción por doble pago, ni tampoco haya acción desde un principio, entonces el pretor permite exigir el juramento y no replicar por razón de calumnia). Asimismo, en IV-17 se dice: *Liberum est autem ei, cum quo agitur…iusiuriandum exigere non calumniae causa agere* (Aquel con quien se litiga tiene libertad para exigir el juramento y no litigar por razón de calumnia).
En la época de Justiniano, el Código establecía que el juramento de calumnia debía prestarse con las manos puestas sobre las sagradas escrituras y afirmar que no se tenían otros medios de inquirir o manifestar el verdadero estado de las cosas hereditarias (Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *La conducta en el proceso*, La Plata, Librería Editora Platense, 1988, p. 19 y ss.).

851. Esguerra Portocarrero, Juan Carlos, *La Protección Constitucional del Ciudadano*, Bogotá, Legis, 2004, p. 63. No obstante nuestra afirmación, sostiene el citado autor, que la inclusión de la buena fe dentro del conjunto de los instrumentos internacionales de los derechos, en modo alguno significa que se haya hecho una construcción jurídica novedosa. Para sostener lo contrario afirma que la noción de buena fe fue obra de los romanos y constituye una de las más notables creaciones de su genio jurídico. De este modo, la palabra *fides* se predica como la confianza que logra inspirar en los demás aquellos que han sabido hacer honor a sus compromisos; y con el tiempo fue ampliando su concepción para comprenderlo como una exigencia de la conducta (origen de la *bona fides*). Así se consolidó la buena fe como una idea dotada de claro sentido jurídico; como un mandato perentorio que forzosamente debe regir las relaciones sociales gobernadas por el derecho y, de modo particular, todas aquellas que requieren un cierto grado de fe recíproca, en las cuales no pueden estar presentes ni el engaño ni el recelo. Pese a ello, Montero Aroca dice que […] "Ni en el *Liber iudiciorium*, ni en Las Partidas, ni en la Nueva ni en la Novísima Recopilación, esto es, en ninguno de los más importantes cuerpos legales que van desde el año 654 con Recesvinto hasta el año 1805 con Carlos IV y Reguera Valdelomar, se encuentra norma alguna que contenga una regla legal del proceso, de cualquier proceso, que asuma ese pretendido principio de la buena fe procesal […]" (Montero Aroca, Juan, "Ideología y proceso civil. Su reflejo en la "buena fe procesal", en *El Debido Proceso*, AA. VV., Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 252).

852. Por eso suele mencionarse el Código italiano de 1940 como un precedente válido. El art. 88 estableció una regla general en cuya virtud "las partes y sus defensores deben

Es cierto que la aparición de un estándar para la conducta en el proceso no fue bien visto por algún sector de la doctrina; pero también lo es que, prontamente, se expandió la regla para quedar instalada en un importante conjunto de códigos procesales.[853]

El precedente se encuentra en la Ordenanza Procesal Civil alemana de 1933 que, siguiendo la inspiración del modelo austriaco proyectado por Franz Klein, estableció en el art. 138 (Deber de declaración sobre hechos: deber de decir la verdad) la prescripción siguiente: *1) Las partes deben hacer sus declaraciones sobre cuestiones de hecho en forma completa y adecuadas a la verdad*.[854]

Después fue el Código italiano, y aquellos que siguieron sus aguas. En suma, como dice Liebman, la regla significa, en sustancia, que si bien en el proceso se desarrolla una lucha en la que cada uno se vale

---

comportarse con lealtad y probidad". Palacio, Lino, "Los deberes de lealtad, probidad y buena fe en el proceso civil", en Córdoba, Marcos, (dir.), *Tratado de la buena fe*, Buenos Aires, La Ley, 2004, T. I, p. 813 y ss.).
Afirma Palacio que esta norma no instituye un verdadero deber si no se la coordina con los arts. 92 y 96 del mismo ordenamiento: "El primero faculta al Juez para imponer el pago de las costas a la parte vencedora respecto de los actos procesales que aquélla ha cumplido transgrediendo los referidos deberes, y el segundo dispone que si resulta que la parte vencida ha accionado o resistido con mala fe o culpa grave, el Juez a instancia de la otra parte, la condenará, además del pago de las costas, al resarcimiento de los daños que liquidará, incluso de oficio, en la sentencia".

853. Montero Aroca, Juan, "El proceso civil llamado 'social' como instrumento de justicia autoritaria" en *Proceso civil e ideología*, *op. cit.*, p. 161.
En este sentido Montero Aroca afirma que las referencias en las leyes a la buena fe se han producido normalmente en normas dictadas por regímenes políticos por lo menos autoritarios; y así ha ocurrido desde la alemana Ley de 23 de octubre de 1933 hasta el *Codice* italiano de 1940, pasando por todos los códigos y leyes socialistas. Este es un dato que no puede olvidarse porque significa que estas referencias a la buena fe o a la probidad o a la lealtad se producen en una base ideológica que hace al juez, no a un tercero imparcial entre dos partes parciales que pelean por lo que creen su derecho con todas las armas que el ordenamiento jurídico pone en sus manos, esto es, por lo que estiman es la justicia (sin comillas y en redonda) que les reconoce la ley material, sino una especie de ser superior revestido de todas las virtudes imaginables cuya misión es lograr una especie de "justicia" que está más allá de la ley y en la búsqueda de la cual deben colaborar activamente las partes y sus abogados. Estamos en la esencia del autoritarismo, en la que el ciudadano no tiene verdaderos derechos frente al Estado sino deberes, y en la que el juez tratará a ese ciudadano como un menor de edad intelectual, de modo que todo lo que haga para defender su interés serán artimañas ...

854. Cfr. *Código Procesal Civil alemán (ZPO)* (trad. de Álvaro J. Pérez Ragone y Juan Carlos Ortiz Pradillo), Montevideo, Konrad Adenauer Stitfung, 2006, p. 195.

libremente de las armas disponibles, esta libertad encuentra un límite en el deber de observar las "reglas del juego"; estas exigen que los contendientes se respeten recíprocamente en su carácter de contradictores en juicio, según el principio de la igualdad de sus respectivas posiciones; por eso cada parte debe evitar recurrir a maniobras o artificios, que podrían impedir a la otra hacer valer sus razones ante el juez en todos los modos y con todas las garantías establecidas por la ley.[855]

167. Planteos que genera la consagración del principio de buena fe

El principio de la buena fe nace en el Derecho Civil. Desde aquí se transporta a los procedimientos judiciales, y con ella van influjos y particularidades, que con el paso del tiempo, provocaron un cambio importante en el control jurisdiccional pensado originariamente para la dirección formal del litigio.

Recuérdese que, en sus comienzos, el denominado estándar de la buena fe fue previsto para evitar las conductas irrespetuosas hacia el contrario que evidenciare una actuación desleal, deshonesta, o de poca seriedad. La penalización era para el comportamiento, sin alcanzar al derecho material controvertido. Pero el progreso ideológico permitió considerar a la conducta de las partes como prueba (art. 163 inc. 5º, CPCC); a generar un cartabón en el lenguaje a utilizar en el proceso (art. 35 inc. 1º, CPCC), e inclusive, a provocar la intervención de los tribunales profesionales de ética desde las constancias de las irregularidades cometidas en el litigio (art. 45, CPCC).

Por tanto, si se acepta el predominio de los cambios, puede darse una primera conclusión: la buena fe se exige para el ejercicio de cualquier acción y derecho. Este principio fundamenta todo el ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al enraizarlo con las más sólidas tradiciones éticas y sociales de la cultura.

Por eso, ni el individuo que acude al proceso para solucionar su conflicto ni el abogado que planifica la estrategia, se pueden mostrar desinteresados de esas notas que vienen a ser constitutivas de una re-

855. Liebman, Enrico Tullio, *Manual de Derecho Procesal civil, op. cit.*, p. 89.

gla de convivencia; de este modo, la buena fe procesal destaca el íntimo parentesco que existe entre la moral y el derecho.[856]

Ahora bien, si a la buena fe se la adopta como un principio general del derecho, e inclusive, como una garantía constitucional,[857] la cuestión sobre el alcance que tiene este deber de comportarse a tono necesita de adecuaciones al medio donde se desarrolla y exige. Porque si el proceso civil se colige como un problema entre partes donde un tercero actúa solamente para decir el derecho que a cada uno le corresponde, y en el que tras el devenir del conflicto resulta un ganador y un derrotado, con este emplazamiento el principio de buena fe debería ser nada más que una regla del juego.

En cambio, si el proceso se mide por su eficacia y trascendencia, no habrá que analizar únicamente la victoria de uno o el sinsabor de otro, porque la sociedad toda estará interesada en ese resultado, y la buena fe entre partes será un principio superior a la ética a cumplir.

Pero cuidado, porque deducir de ello que el principio de moralidad (por ahora, como sinónimo de la buena fe en el proceso) alcance al ejercicio del derecho de defensa puede ocasionar disfunciones; en cuyo caso es mejor interpretar que la regla pervive para evitar situaciones de abuso (*con* el proceso o *en* el proceso).

168. La penalización del proceso civil

No hay que perder de vista en ambas situaciones que el proceso es, antes que un método de debate, una *garantía fundamental* del hombre que encolumna tras las condiciones del debido proceso un conjunto de reglas y principios que acondicionan la seguridad del derecho.

Tal como dice Ramos Méndez:

> … es el mecanismo de tutela que se ofrece al ciudadano, a cambio de su renuncia a la autodefensa. La forma de tutela civilizada pasa por el sistema

856. Gozaíni, Osvaldo, *Temeridad y malicia en el proceso, op. cit.*, p. 38.

857. El art. 83 de la Constitución de Colombia establece que: *Las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe, la cual se presumirá en todas las gestiones que aquellos adelanten ante estas*. Cfr. también, Bidart Campos, Germán, "Una mirada constitucional al principio de buena fe", en Córdoba, Marcos (dir.), *Tratado de la buena fe*, 2004, p. 43 y ss.

> procesal, que en la mayor parte de los casos aparece como de uso obligatorio. Desde este punto de vista, hay que ser sumamente cautos en poner trabas al uso libre del sistema, sin cortapisas que lo hagan impracticable.[858]

Esta claro así, que establecer en los procedimientos un sistema punitivo es un contrasentido con el mismo mecanismo de funcionamiento del proceso. Obsérvese, por ejemplo, cómo se presentan los hechos (donde muchas veces la verdad queda sorteada por la alegación de versiones), se ofrece y desarrolla la prueba (confirmando alegatos o demostrando verdades que no son tales), y se concreta la sentencia (donde el juez está obligado a respetar el principio de congruencia y resolver *secundum allegata et probata*).

En pocas palabras, ¿cómo se puede exigir a las partes una conducta monacal, cuando la técnica procesal es un juego de ficciones?

Por eso, postulamos la necesidad de esclarecer y delimitar el principio general de la buena fe como fundamento del ordenamiento jurídico, de los distintos modos en que aparece en el curso del proceso; pues no se trata de buscar su consagración en una norma jurídica positiva, sino de encontrar un rigor conceptual que dibuje los rasgos definitorios, que entrelace los parentescos que se definan y que, en suma, evite el desprolijo entender la buena fe, el abuso del derecho o el fraude a la ley, como figuras de una misma entidad.

De otro modo, existen riesgos que no siempre se quieren correr. El primero es convertir el proceso en lo que no es, porque si se aplican reglas de cortesía y honestidad exigible a las partes, habría que cambiar sortilegios ambivalentes como son los que el propio proceso judicial establece. Así las cosas, mientras las partes luchan entre sí con lealtad, probidad y buena fe, en concreto lo hacen en un juego sofista donde la realidad es distante y la confianza de la gente prácticamente nula.

Otro riesgo es transformar al magistrado en un árbitro del espejismo de lealtad y un represor de la infidelidad con las reglas. Establecido este criterio, habría que eludir numerosas posibilidades de defensa que pueden verse como excesos en su ejercicio (*v. gr.* recusación sin causa, desconocimiento de la firma que es propia, recursos insistentes, planteos insustanciales, etc.).

858. Ramos Méndez, Francisco, "¿Abuso de derecho en el proceso?", en *Abuso dos direitos processuais*, *op. cit.*, 2000.

La confusión se observa, también, en la opinión de la doctrina. Oteiza, por ejemplo, sostuvo en el relatorio presentado en octubre de 1998 en la Universidad de Tulane (Nueva Orleans) que el principio de moralidad incluye el deber de evitar situaciones de abuso procesal, porque con ellas se vulnera el derecho que tiene toda persona al debido proceso. Inclusive, interpreta que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (OC Nº 09/87) afirma que el principio queda inmerso dentro de las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo la consideración judicial.[859]

Mientras otros, como Ramos Méndez en el mismo simposio, dijo que

> … en el proceso, que encarna la lucha por el derecho, se reflejan las mismas tensiones que en el resto de la sociedad. Lo razonable es asumirlas. Los verdaderos protagonistas del litigio son los ciudadanos, no los Tribunales. Dejémoslos desahogarse a sus anchas. No estrechemos innecesariamente el marco de las garantías procesales.[860]

La ambivalencia es manifiesta: en un extremo se instala como regla del debido proceso; y en otro como un deber de conducta formal sin demasiadas exigencias.

169. La buena fe como "hecho" (buena fe-creencia)

Para comprender cómo funciona la buena fe en el proceso conviene mostrar dos aspectos de ella. Una perspectiva es observar la conducta que las partes desenvuelven en el proceso para derivar de ella consecuencias jurídicas; otra asienta en establecer un principio superior al que se deben ajustar todos aquellos que intervienen en un conflicto judicial. Vale decir que puede ser entendida como un *hecho* (creencia de obrar con derecho) o como un *principio* (lealtad y probidad hacia el juez y su contraparte), teniendo cada una explicaciones diferentes.

En lo sustancial, el primer aspecto se releva como *buena fe subjetiva*, y consiste en la convicción honesta de obrar con razón y sin dañar un interés ajeno protegido por el derecho.

859. Oteiza, Eduardo, "Abuso de los derechos procesales en América Latina", en *Abuso dos direitos processuais, op. cit.*, p. 8.

860. Ramos Méndez, Francisco, "¿Abuso de derecho en el proceso?" *op. cit.*, p. 6.

Es la corriente que se adopta cuando se trata de condenar en costas eludiendo el principio objetivo de la derrota. Aquí se corrobora la senda que permite interpretar el comportamiento de las partes, para advertir si la creencia de actuar asistido de razón es sincera y sin intenciones malignas o dolosas.

Estas acciones obligan al juez a estudiar las conductas y derivar sanciones cuando entiende que con aquéllas se incurre en desatinos, como son las acciones temerarias (actuar a sabiendas de la propia sinrazón) o maliciosas (conductas obstruccionistas del orden regular del proceso). En estas se expresa como una facultad jurisdiccional, o poder disciplinario del juez.

La convicción fundada de obrar ajustado a derecho significa que el argumento que porta la pretensión lleva consigo una razonable causa para pedir la actividad jurisdiccional. De otra manera, la simple necesidad de recurrir a los jueces no es suficiente para revertir una condena en costas.[861]

La jurisprudencia, en este aspecto, cubre numerosos ejemplos de esta aplicación. La Suprema Corte nacional sostiene que

> En materia de costas la regla del vencimiento no es absoluta pues, si bien es cierto que el art. 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece el principio general de que las costas deben ser impuestas al vencido, no se trata de algo mecánicamente objetivo porque el mismo precepto manda al juez a eximir de los gastos –total o parcialmente– cuando encontrare mérito para ello.[862]

Se ha dicho también que

> … no obstante la plena vigencia del criterio objetivo para la imposición de las costas en los procesos de ejecución, en cuya virtud corresponde que ellas sean soportadas por quien sucumbe en sus pretensiones, no es posible desconocer que el hecho de la derrota no es siempre expresivo o indicativo de dicha pauta objetiva instituida por el legislador (arts. 539 y 588, Cód. Procesal), habida cuenta que el resultado ocasionalmente no traduce la procedencia o improcedencia de un temperamento propuesto oportunamente o, como podría ser el caso, el pleito entablado puede ser

861. Gozaíni, Osvaldo A., *Costas Procesales*, Ediar (3ª ed.), Buenos Aires, 2007, en especial el Capítulo VI.

862. CSJN, Fallos: 339:1691.

> el resultado de diversas alternativas más o menos fortuitas o no enteramente imputables a una sola de las partes involucradas.[863]

También se establece en el artículo 34 inciso 5° apartado d) que el juez debe *prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe,* que se integra con el inciso 6º al disponer que se debe *declarar, en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieran incurrido los litigantes o profesionales intervinientes*.

Con ellas el ordenamiento procesal colige que la conducta de las partes en el proceso será objeto de atención como un "hecho" que no se podrá amparar, únicamente, en la convicción auténtica de sentirse con derecho a litigar.

Aparece así una suerte de "regla moral" desde la cual imperan las políticas del juego limpio. Bien recordaba Palacio que, por esta vía,

> … no se condena la habilidad o la astucia, pero repudia la maniobra artera o cualquier artificio o trapisonda que impida al adversario el legítimo ejercicio de sus facultades procesales, o que la coloque en la necesidad de desplegar una actividad superflua u onerosa. Parece claro que, en tales casos, la cooperación procesal pierde su signo axiológico positivo y resulta excluida, por consiguiente, la base que brinda sustento a los deberes de que se trata, ya que estos difícilmente son conciliables con la actitud disgregante de una de las partes.[864]

En suma, la buena fe como "hecho" importa considerar la apariencia cierta de obrar de buena fe; ello significa reflexionar sobre la lealtad de la conducta, lo cual, en definitiva, debiera llevar a enunciar la regla de una manera diferente. Antes de indicar un deber típico de conducta, debiera desterrarse la mala fe estableciendo un deber de abstención.

---

863. CNCiv., Sala D, "Municipalidad de la Capital c. Maulhardt y Cía., S. A., Juan H.", 04/14/1983, LL 1983-D, 135 - ED 104-767. De conformidad con el artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, es la parte vencida la que debe pagar todos los gastos de la contraria y los jueces solo pueden eximirla de esa responsabilidad mediante un pronunciamiento expreso respecto de dicho mérito, bajo pena de nulidad, condición que no fue cumplida por el *a quo*, que se apartó del principio general en materia de costas sin justificar su decisión (Fallos: 339:1045).

864. Palacio, Lino, "Los deberes de lealtad, probidad y buena fe en el proceso civil", en *Tratado de la buena fe*, Córdoba Marcos A. (dir.), *op. cit.*, p. 814.

Así, por ejemplo, lo establece el art. 45, párrafo final, del Código Procesal de la Nación, cuando sanciona que

> Sin perjuicio de considerar otras circunstancias que estime corresponder, el juez deberá ponderar la deducción de pretensiones, defensas, excepciones o interposición de recursos que resulten inadmisibles, o cuya falta de fundamento no se pueda ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad o encuentre sustento en hechos ficticios o irreales o que manifiestamente conduzcan a dilatar el proceso.[865]

170. La buena fe objetiva: el principio de moralidad

El segundo aspecto a analizar se relaciona con la *buena fe objetiva*, entendida como *comportamiento de fidelidad*; es decir, situada en el mismo plano que el *uso de la ley*.

Para De los Mozos, adquiere función de norma dispositiva, de ahí su naturaleza objetiva que no se halla basada en la voluntad de las partes, sino en la adecuación de esa voluntad al principio que inspira y fundamenta el vínculo negocial.[866]

Llevado al proceso civil, esta tendencia muestra que la conducta de las partes tiene un patrón o regla de conducta inspirada por la buena fe, que supone esperar de los litigantes un desempeño con lealtad y probidad. Este aspecto no tiene presupuestos ni condiciones, porque es un principio amplio que podríamos denominar: *principio de moralidad*.

865. Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Nuevos límites de la temeridad y malicia en el proceso*, LL 2007-C, Boletín del 15/05/07. El proyecto de modificación al art. 45 del Código Procesal Civil que aprueba la Cámara de Diputados de la Nación, en la parte nueva dice: "... En todos los casos el juez deberá señalar detalladamente cada una de ellas, y fundamentar el motivo por el cual la considera incursa en tal irregularidad. Si entendiera que el letrado incurrió en tal conducta, deberá remitir las actuaciones correspondientes a las autoridades competentes establecidas por las leyes 22.192 y 23.187 a fin de que proceda a su juzgamiento". La reforma introduce dos cuestiones de importancia en la aplicación del precepto. El primero establece la obligación de fundar la imposición de la multa por temeridad y malicia, debiendo indicar el motivo por el cual encuentra responsable a la parte o al abogado. De este modo, no se podrá sancionar en más con remisiones genéricas, porque el Juez tendrá que decir cuál es la irregularidad o el desatino. La segunda cuestión asienta en la intervención que tiene el Juez para iniciar de oficio la actuación ante el Tribunal de Ética profesional que corresponda por la jurisdicción, convirtiendo al magistrado en denunciante.

866. De los Mozos, José Luis, *El principio de la buena fe*, Barcelona, Bosch, 1965, p. 45.

El problema del principio está en que no existe un estándar de buena fe que pueda ser apreciado sin analizar la conducta en el proceso. De este modo, la buena fe como hecho y como derecho a exigir se refleja en los códigos latinoamericanos y se expande como tendencia dominante, donde el principio de moralidad del proceso establece un deber genérico que obliga a los sujetos procesales a cumplir con reglas de conducta; y sancionando los abusos o desvíos de esa regla, tornando así la creación de un nuevo principio procesal que sería la prohibición de ejercer *abuso procesal*.[867]

El principio de moralidad cobra, en este sentido, un parámetro propio que se mide con los comportamientos habidos y los efectos consecuentes. Es decir, proscribe el abuso con y en el proceso, y señala las sanciones para quienes incurren en el desatino.

Además, con el establecimiento de este nuevo principio se evita confundir aspectos de la buena fe, como son la lealtad, la rectitud, la probidad, la honestidad, que suelen aparecer en los códigos como comportamientos de consideración aislada o autónoma.

De modo tal que el amplio espectro que ocupa la buena fe perdona la falta de definiciones precisas, y razona el motivo por el cual su estudio se bifurca en su consideración como hecho y como principio.

867. Peyrano Marcos, XX Congreso Nacional Argentino de Derecho Procesal, Libro de ponencias, San Juan, 13 al 16/06/2001, T. I, p. 102. Aquí fue que quedó puesta de relieve esta figura, destacando la ponencia presentada por el citado jurista, quien agudamente dice: "A poco que ahondemos en el análisis de la recepción legislativa del principio de moralidad, podemos ver que este ha sido acogido en los diversos códigos procesales nacionales mediante el establecimiento de deberes jurídicos generales de contenido ético (*v. gr.* de lealtad, de buena fe, etc.), por lo cual resulta lógico que el legislador haya previsto sanciones de tipo general al respecto. Es que, justamente, el principio de moralidad apunta a lo genérico; busca proteger la correcta administración de justicia en su conjunto y, al efecto establece también "penas generales", que no significan una desventaja procesal para alguno de los sujetos procesales sino que afectan al penado extraprocesalmente (*v. gr* multas). Por el contrario, el principio de abuso del proceso –si bien derivado del anterior– apunta a lo específico, tipificando conductas particulares (previstas o no expresamente por las normas procesales) dentro de un proceso particular que implican un desborde o desviamiento, el cual, puede o no responder a dolo o culpa; es decir, carecer de un elemento subjetivo que lo aliente pero constituirse en un exceso al fin...".

En cambio, la buena fe como precepto concibe un entendimiento más cabal y toma cuerpo preciso en el problema que interesa a este estudio: su presencia en el proceso.[868]

Por su parte, actualmente se afirma la tendencia en encontrar, como una de las derivaciones del principio cardinal de buena fe, el derecho a que las partes se manifiesten con la verdad; sosteniendo un comportamiento leal y coherente con los actos que preceden esas conductas, sin importar ni hacer diferencia entre las acciones de particulares o del Estado.[869]

171. Actuación del juez en la aplicación del principio

La buena fe que inspira el cumplimiento y desarrollo de actos procesales se observa en el plano de los hechos. De allí surgen dos cuestiones distintas, aunque relacionadas: una es el significado de *lealtad* y el otro, qué se quiere decir cuando se pondera la *probidad* en la conducta de los litigantes.

En ambos casos la constatación es siempre objetiva, porque para afirmar que alguien se aparta de los deberes de lealtad y probidad es necesario encontrar concretamente el acto o la omisión que lo manifiesta.

Ocurre que la conducta leal y honesta cumplida en el curso de las actuaciones procesales supone la transferencia de "evidencias" de con-

868. Couture, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal civil*, Buenos Aires, Depalma, 3ª ed., 1979, T. III, p. 235 y ss. De manera acertada ha destacado el autor que el principio de buena fe y lealtad procesal debe ser de gran preocupación, en cuanto supone una pauta ética a la que deben adecuar su comportamiento los sujetos intervinientes en el debate procesal; el hecho de tener instaurado un determinado parámetro ético es la finalidad del proceso, consistente en hacer justicia en cada caso concreto, procurando que la decisión se ajuste a los hechos y al derecho vigente. Los obstáculos que alteren ese objetivo, aunque sean lícitos jurídicamente, alteran la noción de debido proceso, consagrada como derecho humano.

869. Montero Aroca, Juan, "El proceso civil llamado social como instrumento de justicia autoritaria", en *Proceso civil e ideología*, p. 164. Esta es la opinión del mencionado autor, quien desde su oposición a consagrar una regla moral en el proceso, sostiene, no obstante, que "… la regla debería enunciarse, no a favor de la buena fe, sino en contra de la mala fe, de modo que no se impusiera a la parte y a su abogado un deber positivo, sino un deber negativo, de abstención… Creo que este debe ser el sentido en que deben interpretarse algunas normas en las que se habla de la 'probidad, lealtad, veracidad en cuanto al fondo de sus declaraciones o manifestaciones'…".

ductas o actitudes, que como tales, se valoran en conjunto para resolver la calidad del comportamiento.

> Obviamente, dice Silveira, dicha actitud contiene un elemento objetivo que sirve de base a la conciencia individual, pero que es variable con la exigencia social y mutable de acuerdo a la relación jurídica que se entabla. Si recordamos –agrega– que la buena fe en el derecho es una integración compleja de elementos ético-sociales, advertiremos que, en el proceso, el primer elemento atañe a la buena intención que acompaña la conducta leal, honesta; en tanto el segundo, se compone de elementos accesorios que dependen de política y técnica jurídica.[870]

Para comprender suficientemente como actúa la *buena fe - lealtad* es necesario apuntar la diferencia que existe cuando se interpreta la *buena fe - creencia*. Mientras en esta la consideración es subjetiva y expande sus resultados al campo de lo material y procesal; en el análisis objetivo el punto de partida es distinto porque la buena fe, como principio, queda desplazada por otra regla procesal que es el principio de moralidad (preventivo del abuso).

Basados en este encuadre, el desempeño objetivo de los actos de partes y terceros, y aun del mismo órgano jurisdiccional, se confronta con los principios y presupuestos del proceso, y en particular de requerimientos específicos como son: la legalidad formal de las actuaciones; la voluntad que se declara; el deber implícito, o no, de decir verdad; entre otros que cada código procesal dispone en particular.

Asimismo, existe dentro del principio de moralidad un aspecto distinto al de la buena fe que asienta en los efectos que tienen las acciones defectuosas. Mientras en el proceso civil la regla es la validez a pesar de la irregularidad, no sucede igual con los actos jurídicos. Se distingue el vicio de los actos jurídicos de los actos que no lo son (aunque se discuta si el acto procesal es una especie del acto jurídico) y, por eso, no se transportan con plena libertad al proceso civil situaciones tales como el error, dolo, fraude, deshonestidad, abuso de derecho, retrasos desleales, etcétera, que no tienen cabida en el régimen de las nulidades procesales.

En definitiva, el principio de moralidad que se aplica estrictamente a lo procesal difiere de la buena fe como principio que regla las conductas

870. Silveira, Alipio, "La buena fe en el proceso civil", en *Revista de Derecho Procesal*, Buenos Aires, Ediar, año V, N° II, 1947, p. 226 y ss.

en los actos jurídicos o en la contratación. Lo principal acontece en el plano de los hechos y su adecuación en cada uno de los actos del proceso.

Le corresponderá al juez la calificación de las conductas, para lo cual debe apelar a la sensibilidad social y a su obligación de atribuir a las acciones de los justiciables el verdadero sentido que los anima dentro del concepto de solidaridad que debe presidir la conducta humana.

El magistrado asume función de intérprete y debe preocuparse de ver cómo entiende el común de la gente una determinada conducta, ya consista ésta en pronunciar palabras, ya en ejecutar ciertos actos, ya en guardar silencio. Su misión es observar el sentido que se atribuye al negocio de que se trate, y la intelección permitirá arribar a una justa composición.

172. La conducta leal

Ahora bien, para comprender el alcance de la función jurisdiccional, es preciso delinear el significado de los tres parámetros que el código señala: lealtad, probidad y buena fe.

La lealtad es un concepto abierto en el aspecto procesal, porque muchas veces depende de variables éticas. El *honeste procedere* es una regla moral que se considera violada cuando las exigencias de decencia y probidad no están presentes en el proceso.

La conducta se analiza con un término específico cuando se trata de controversias ante la justicia: se denomina comportamiento procesal a la representación objetiva de los actos y al análisis que el juez celebra sobre ese desempeño para medir su adaptación a las reglas del precepto de moralidad.

El principio general de la buena fe, cuando se aplica al litigio, tiene un matiz que lo diferencia, sobre todo, en el aspecto vinculado a la confianza. Quizás, precisamente, porque el proceso surge como una etapa patológica de la relación humana, y su término de enlace, puntualmente es el contrario: la desconfianza.

Dicho en otros términos, el principio general de la buena fe juega, en el orden de las relaciones humanas, como el elemento esperado en otra persona, es decir, su conducta leal, honesta y estimada.

De modo, entonces, que la relación entre derecho y moral supone un entrelazamiento entre el derecho "correcto" y la moral "correcta".

La lealtad y la probidad son propiciadas por el poder estatal, a punto tal que obtienen una suerte de institucionalización y se convierten en un deber externo, indiferente al sentir interno del individuo que puede o no conformarse al principio.

Si la parte incurre en comportamientos desleales, el fundamento moral corre el riesgo de perderse, si no cuenta con elementos coactivos que lo impongan.

En este juego dialéctico entre lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto, lo moralmente exigible y lo socialmente repudiable, existe una franja muy extensa de situaciones híbridas que solo el juez puede ponderar y calificar según su ciencia y conciencia.

Quizás sea este aspecto el de mayor trascendencia, pues en esta medida, en términos de filosofía jurídica, el ordenamiento procesal apoya a través de la coacción la libre motivación moral del individuo. Ciertas normas morales (como la lealtad y probidad procesal) son consideradas tan importantes para la sociedad, que la motivación interna no parece ser suficiente.[871]

Desde este punto de vista (naturaleza y fin del principio), la lealtad puede asumirse como una regla de costumbre que no tiene sanción jurídica fuera del proceso, pero sí una grave reprimenda ética, relevante, de desestima y reprobación por la mayoría de los miembros de la colectividad, respecto de quienes no observan tales reglas.

Las manifestaciones de deslealtad son muchas y operan desde el fraude hasta el simple equívoco (error inintencional).

871. Montero Aroca, Juan, "Ideología y proceso civil. Su reflejo en la 'buena fe procesal'", en *El Debido Proceso, op. cit.*, p. 300 y ss.). En esta obra el autor argumenta que: "Llegamos así a la conclusión de que lo que se quiere imponer a las partes y a sus defensores en el art. 247 de la LEC es un deber, y ahora debe precisarse que el mismo no debe confundirse (no ya con el abuso del derecho o con el fraude a la ley procesal, aparte de que con el fraude procesal, con los que la diferencia no se ha llegado a cuestionar), ni con lo que podríamos llamar el cumplimiento de la norma procesal, y las consecuencias de la inobservancia de la misma, ni con las multas coercitivas. El sometimiento a las normas procesales y las consecuencias de su inobservancia es algo muy distinto del pretendido deber de buena fe y la imposición de una sanción por incumplimiento. El proceso civil tiene, como es obvio, una regulación procedimental en la que cada trámite tiene un contenido determinado, de modo que si la parte no realiza el acto, o no lo realiza del modo previsto en la ley, la consecuencia no es la imposición de una sanción sino la pérdida del trámite…". Asimismo "… las multas coercitivas previstas en la LEC no guardan relación con un pretendido deber de buena fe, al ser un medio coactivo de los titulares de potestad pública para imponer a los sujetos el cumplimiento de las decisiones adoptadas por esos titulares…".

Según Silveira, por lo general, la deslealtad se asimila con la mentira procesal, aunque se pueda mentir para un fin bueno sin llamar desleal sino a quien miente en perjuicio ajeno.[872]

Como en el deber de probidad, la violación a la lealtad puede originar consecuencias penales (fraude procesal, desobediencia procesal fraudulenta, estafa procesal, etc.).

El problema de la lealtad está íntegramente vinculado también al de la responsabilidad procesal, y la violación al deber en cita importa una consecuencia agravada.

Couture ha distinguido cuatro grados de responsabilidad:

1. Responsabilidad procesal propiamente dicha, que es la condena al pago de los gastos del juicio;
2. Responsabilidad civil del litigante malicioso cuyo acto ilícito se proyecta más allá del proceso mismo;
3. Responsabilidad por el litigio fraudulento, que alcanza al orden penal;
4. Responsabilidad administrativa de los profesionales que actúan en el litigio.[873]

En suma, la conducta procesal desenvuelta en la medida del principio de moralidad consiste en encontrar el justo medio entre la habilidad y la astucia como compone el marco de exposición y/o defensa un abogado, y la argucia intencionada a buscar fines diferentes a la colaboración que deben tener las partes en un proceso. Como no se trata de quebrar el criterio de bilateralidad y contradicción permanente, los poderes del juez reclaman del mismo una ponderación con equilibrio y equidad, procurando no afectar el derecho de defensa en juicio.

173. Manifestaciones de la buena fe-lealtad

Como indicamos al comienzo, la *buena fe-lealtad* es un tema objetivo que se analiza sobre los hechos y las omisiones que las partes realizan en el proceso.

Sin embargo, no es fácil colegir cuándo y en qué oportunidades se puede aplicar la regla; en primer lugar porque en el ejercicio del dere-

872. Silveira, Alipio, *op. cit.*, p. 234.

873. Couture, Eduardo, Exposición de Motivos, *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Montevideo, 1945, p. 109.

cho de defensa cada parte ensaya su propia estrategia, y como para ello no existe la imposición concreta de ayudar al juez a encontrar la verdad, sino antes bien, de persuadirlo sobre la razón de las respectivas afirmaciones, es obvio que la colaboración tiene un tinte más formal que estandarizar una conducta modelo.

Ahora bien, en este juego dialéctico que supone el litigio, hay preceptos que se vinculan con formalidades y solemnidades que impiden auspiciar o tolerar actuaciones que no se adapten a ellas.

Aparece entonces el principio de legalidad de las formas que exige en los contradictores un modelo de expresión (que por la tradición e insistencia han llevado a encriptar el lenguaje jurídico y a alejarlo cada vez más de aquello que la gente común –no abogados– puede interpretar y entender). Quien se aparta no recibe sanciones graves, pero sufre amonestaciones, apercibimientos, y padece los efectos de esa inconducta específica como puede ser la devolución del escrito ausente de formas rituales, o el desglose provocado por la orden judicial.

Este principio de legalidad transita también por otro camino que es la forma de expresión. Habitualmente no se puede transferir al proceso la voluntad real y decirla tal como se quiere (para evitar improperios, denuestos o insultos); en realidad, afirmaba Guasp, la verdadera voluntad dicha en el proceso es la que se declara, como se debe.[874]

El profesional tiene *obligación* de cuidar su técnica y de observarla con inteligencia y constancia. No se limita, por tanto, a considerar el concepto de ciencia como punto de referencia de un deber moral específico, sino que, junto a tal poder, existe la carga jurídica de comportarse según la técnica más apropiada.

La corrección profesional impone también otros deberes tales como el tacto, la escrupulosidad, el orden, la cautela, la prevención, la seriedad, y preparación en el estudio y despacho de los asuntos que se le asignan.

En cuanto al nexo con los principios de lealtad y probidad, va de suyo que aparejan una doble intención: respetuosidad hacia la parte y hacia el órgano jurisdiccional.

El sentido de este comportamiento pretende la adecuación a las reglas del orden, decoro, corrección y buena educación. Entendiendo por orden a la tranquilidad, armonía y equilibrio que debe existir

874. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 254.

en el proceso para su normal desarrollo y por decoro, al respeto en sentido estricto que se debe tanto al Tribunal como a todos los intervinientes en el proceso.

La incorrección exhibida que figure como irrespetuosa en el sentir del juzgador tiene que ser deducida o advertida por él mismo; su experiencia en el manejo de la cuestión procedimental forma bases suficientes para poder razonar la falta al decoro.

En este aspecto, la calidad del acto cumplido solo puede controlarse y sancionarse dentro y en ocasión del proceso, pues la potestad disciplinaria del juez no puede enervar la natural jurisdicción que ejercen las entidades profesionales.[875]

En síntesis, los términos empleados en los escritos judiciales que, aun sin llegar a ser injuriosos, indecorosos u ofensivos, menoscaban el nivel de la controversia jurídica, además de ser francamente innecesarios desde que nada agregan a la eficacia con que se puede sostener una postura frente a la cuestión surgida, autorizan al Tribunal a aplicar las medidas que le competen en ejercicio de la policía procesal que cumplen.

174. La probidad en la conducta

La probidad, en sentido general, atañe a la honorabilidad y, dentro de esta, a la honestidad.

Según Lega:

> … importa una doble consideración respecto de su participación en el proceso: la *probidad en las actuaciones procesales*, como obligación ética de

875. López Blanco, Hernán, *Procedimiento Civil*, Parte General, Bogotá, Dupré, 2002, T. I, p. 104. Criterio que no pretende dividir aguas entre Jueces y Abogados, sino en consignar en sus respectivos territorios a las potestades disciplinarias. Una cosa es la cuestión ética que debe sancionarse y reprimirse por pares; y otra la cuestión disciplinaria donde es justo que el magistrado actúe con suficiente fuerza y ejecución las potestades que hagan cumplir el principio de buena fe en el proceso. Por eso compartimos la opinión de López Blanco cuando sostiene que, sin desconocer la actuación del extinguido Tribunal Disciplinario, cuyas funciones pasaron al Consejo Superior de la Judicatura, lo ideal sería dejar este aspecto del control de las faltas a la ética profesional al Colegio Único de Abogados, reforma sobre la cual se trabaja desde hace años en el Ministerio de Justicia pero nada se ha concretado.

comportamiento ritual, y la *probidad profesional* que, por su amplitud, puede extenderse a la conducta privada del abogado.[876]

Está claro que la conducta ímproba no puede ni permite al juez sancionarlo como falta ética, porque esa es una tarea de la corporación y sus tribunales propios. La actuación del juez opera en el campo de los poderes disciplinarios.[877]

Si conducta contraria a la probidad es inconducta formal, se pueden encontrar proyecciones del caso en lo dispuesto en el artículo 39 (Colombia), donde el juez actúa dichas potestades disciplinarias al multar a empleados que no cumplen órdenes impartidas; al devolver escritos injuriosos u ofensivos (similar al art. 171 del Código venezolano); o al sancionar al irrespetuoso con arresto, o aplicar al empleador obstruccionista una multa procesal.

En general, cuando so color de la defensa de los derechos se perturba el normal desenvolvimiento de las actuaciones mediante presentaciones inconducentes y manifiestamente improcedentes, estas,

876. Lega, Carlos, *Deontología de la profesión de abogado*, Madrid, Cívitas, 1976, p. 73. Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *La conducta en el proceso, op. cit.*, p. 86.

877. López Blanco, Hernán, *op. cit.*, p. 384. Dicho esto en términos generales, pues en Colombia es sabido que la condena al pago de los perjuicios impuesta al apoderado por cualquiera de las censurables conductas descriptas en el código, permitirá investigarlo, además, por violaciones del decreto 196 de 1971; por ello –dice López Blanco– cuando se configura una conducta temeraria o de mala fe por parte de un apoderado, el juez que la ha declarado deberá remitir copia a la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Seccional de la Judicatura del respectivo distrito (ley 270 del 7 de marzo de 1996) para que imponga, además, la sanción por falta a los deberes del abogado, de ser hallado responsable dentro del proceso disciplinario .
La posible reforma del art. 45 del Código federal argentino (ver nota 15) nos lleva a interrogar si al permitir que el Juez denuncie al abogado que falta a una regla ética vulnera el principio *ne procedan iudex ex officio*. Hasta hoy, el Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal ha tenido dos maneras de aceptar estas denuncias. Lo más corriente fue receptarlas y darles trámite de oficio; vale decir, supliendo la calidad de denunciante por la de instructor oficioso que debe velar por el comportamiento de los abogados. Pero también se ha planteado (así lo hicimos mientras actuamos en la Sala II del mencionado tribunal) que si el Juez denuncia debería ratificar el informe que realiza, como se le requiere toda persona que formula quejas contra un colega. En tal sentido ratificamos lo dicho mucho antes de ahora. Una cosa es que el Juez fiscalice la conducta de las partes en el proceso; lo cual es un deber de su actuación. Y otra, diferente, es que se convierta en un tutor de la ética profesional que es una actividad que no está en sus manos ni disponibilidad (Gozaíni, Osvaldo, *Sobre la hipotética derogación de las facultades disciplinarias del Juez después de la Ley 23.187*, en LL 1996-E, p. 913 y ss).

sin lugar a dudas, encuadran en las previsiones que destacan un comportamiento ausente de probidad, porque tiene una intención dañina; o sea, que cuando se advierte que se litiga sin razón valedera alguna y con un evidente propósito obstruccionista, corresponde aplicar la sanción y actuar en defensa del principio de moralidad.

175. La buena fe como principio del proceso

A esta altura de la exposición puede quedar en claro que tanto la probidad como la lealtad son manifestaciones de la buena fe. Corresponde, ahora, observar en qué tramo se ubica a la *bona fides*, debiendo considerar las dos posiciones en debate: o es un *principio del proceso* (y en su caso, si puede ser mucho más y estar en el campo de las garantías constitucionales) o se trata, simplemente, de una *regla* a cumplir.

Al Derecho Procesal civil no le corresponde calificar a la buena fe, pues esta involucra otros aspectos como la filosofía jurídica que se conjuga con otras ciencias como la del derecho y la historia.

Hemos anticipado que la alternativa de considerar la *buena fe - creencia* y la *buena fe - lealtad* supone crear pautas que faciliten al juez interpretar la conducta en el proceso; al mismo tiempo que entrega a las partes un conjunto de reglas que se sostienen en el principio de buena fe procesal.

En el proceso, la buena fe surge bajo los dos aspectos. Está en la interpretación de la creencia de obrar honestamente, como en la conducta que se desenvuelve en los límites del principio de lealtad y rectitud hacia la contraparte.

Pero en todos los casos, no será la buena fe tomada desde sus bases genéricas la que dará orientación a los temperamentos a adoptar en el proceso civil, porque este tiene un principio propio que es el de *moralidad* y consecuencias concretas cuando alguien (letrados, partes y jueces) se aparta de las reglas de conducta establecidas.

El derecho, en general, tipifica las conductas de los hombres pretendiendo en su contenido que aquellos se ajusten a las normas dispuestas, amparando con su protección a los que coinciden en el cumplimiento y sancionando a los infractores.

Esta lógica de las relaciones jurídicas provoca el natural encuentro de los hombres en el tráfico, en la convivencia diaria y en toda la

variedad que produce la comunicación humana. Es natural pensar que estas vinculaciones se ligan bajo el principio de la *buena fe - creencia*, es decir, que el desenvolvimiento cotidiano se entrelaza por las mutuas conciencias de actuar conforme a derecho.

Pero además, el principio de la confianza tiene un elemento componente de ética jurídica y otro que se orienta hacia la seguridad de las relaciones. Ambos no se pueden separar.

Deviene así conmutable con estas ideas el segundo principio donde asienta el intercambio social: la *buena fe - probidad*, o conciencia de obrar honestamente.

Transportadas al proceso estas deducciones del comportamiento, resulta difícil aplicarlas estrictamente en la medida en que el marco donde la conducta se desenvuelve es absolutamente diferente. Mientras en el negocio jurídico se parte de la base de la confianza, en el proceso la característica esencial es lo contrario. En términos estrictos significaría enfrentar un adversario y derrotarlo.

176. Significados de la buena fe

Cada una de las nociones tienen coloraciones que se deben precisar, debiendo en consecuencia destacar cinco significados corrientes, pero con singularidades al ser aplicados en su propia circunstancia:

1°. La buena fe refleja *lealtad, honestidad y fidelidad*, cuando el derecho de fondo exige acciones positivas para establecer una relación jurídica. Los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe, de acuerdo con lo que las partes verosímilmente entendieron al tiempo de contratar; esta es la consigna en la formación y cumplimiento del contrato.

En el proceso civil, la conducta leal, honesta y fiel se colige como un principio abierto que reposa en un contenido deontológico, es decir, de ética en el comportamiento profesional y como una regla que gobierna la conducta de las partes.

La deslealtad, la deshonestidad y la infidelidad encuentran normas procesales que las sancionan tomando cuerpo en multas particulares o para entender que esa conducta supone una prueba en contra de quien la practica, etcétera. De alguna

manera, tiene consecuencias que se advierten en el resultado (la sentencia), al aplicarse sanciones por temeridad y malicia, o por interpretar en contrario la prueba producida con argucias desleales, o sancionando al obstruccionista recalcitrante, etcétera.

2°. La buena fe supone *confianza*, como criterio de reciprocidad, en la cual está implícita la comunidad de intereses y los objetivos comunes. Son proyecciones de esta regla la doctrina de los actos propios y el abuso del derecho, que se acomodan tanto para los negocios como para el debate procesal.

Algunos sostienen que frente a la administración de justicia, no solo se espera que los jueces presuman la buena fe y la actuación honrada de quienes comparecen ante sus estrados, sino que como comportamiento correlativo el sistema jurídico demanda de las partes intervinientes en los procesos judiciales la exposición de sus pretensiones y el ejercicio de sus garantías y derechos con arreglo a una efectiva buena fe procesal, indispensable para que la normatividad alcance los fines a ella señalados por las normas fundamentales (en el caso de Colombia), que se sintetiza en el logro de un orden justo.[878]

La confianza que inspira los actos se transmite al desarrollo procesal; por eso, en la perspectiva del principio según el cual no se puede amparar a quien *con sus propios actos* luego se pone en contradicción con sus comportamientos anteriores, se aplica y proyecta esta regla, cuyo fundamento reposa en ese mandamiento moral que ordena no defraudar la confianza inspirada.

Cuando esta confianza suscita la vinculación contractual, es decir, cuando se crean, modifican o extinguen obligaciones jurídicas, el *venire contra factum proprium* adviene como un principio ordenador de la seguridad del tráfico.

Por su parte, la doctrina del abuso del derecho se ha imbricado dentro de la teoría general, de modo que su influencia se extiende a todas las ramas de un ordenamiento jurídico, sea derecho civil, comercial, administrativo, procesal, etcétera. El hecho de trastrocar la buena fe, entendida como regla moral

878. AA. VV., *La buena fe procesal en los juicios concursales*, Bogotá, Universidad Libre de Colombia, 2004, p. 117.

del proceso, no le otorga singularidad pues sus principios son generales y lo que interesa advertir son sus consecuencias.
Por ello el problema no apunta al proceso en sí mismo sino al curso de actos procesales regulares, válidos y eficaces que conforman el debido proceso y cuya virtualidad se pretende alterar con el uso abusivo que de ellos se hace. Abuso que consiste en utilizar una facultad procesal con un destino distinto al previsto constitucionalmente.
De manera, entonces, que si puede interpretarse autónomamente el principio general del abuso del derecho, su aplicación en el proceso no variará como principio, pero derivará el foco de atención hacia los efectos que produce.

3°. También puede manifestarse como *credulidad*, y obviamente se vincula a la confianza. Tal es el sentido de la ley penal cuando castiga los delitos que consisten en sorprender la buena fe de alguien.[879]

El caso suele presentarse como "estafa procesal" que se perpetra cuando el destinatario del engaño es el juez interviniente en una causa, de quien se persigue lograr un fallo, influido por una falsedad, que lo favorezca en detrimento patrimonial de la contraparte. Del fraude, adopta la conciencia de obrar en contra del ordenamiento adjetivo (fraude a la ley); procurando asimismo una finalidad ilícita, aunque esto sea un destino mediato. Importa aquí sí observar que es una directa agresión a la buena fe y al principio de moralidad. Con el dolo se iguala en sus elementos subjetivo y objetivo. El primero, en tanto existe la intención de engañar sin importar si con ello va a provocar un daño o no; el restante, porque también la estafa procesal constituye una expresión concreta de voluntad.[880]

En la estafa el proceso judicial es un medio y se abusa de él sometiendo con permanente engaño la voluntad del magistrado, quien llegará a un resultado injusto (disvalioso) en función del artificio que se ha desarrollado a través de la contienda de intereses. La estafa procesal pretende, entonces,

879. Cfr. Teodoro Júnior, Humberto, "Abuso de directo processual no ordenamento jurídico brasileiro", en Barbosa Moreira, José Carlos (coord.), *Abuso dos direitos processuais*, Río de Janeiro, Forense, 2000, p. 103.

880. Gozaíni, Osvaldo, *Temeridad y malicia en el proceso, op. cit.*, p. 333 y ss.

inducir a engaño al juez, reduciendo el proceso judicial a sus propios intereses, vulnerando la finalidad axiológica que está llamada a cumplir la jurisdicción.

4. *Errónea creencia o convicción* respecto de una situación de hecho ligada al derecho, es otra lectura de la buena fe. Hay aquí un presupuesto que admite en el error involuntario un elemento de justificación. En el proceso, por ejemplo, la condena en costas puede exonerarse cuando se alega que alguien ha obrado en la creencia de estar asistido de razón y derecho. Son numerosos otros ejemplos, como los de la posesión de buena fe, o el matrimonio putativo. Esa ignorancia o errónea convicción es una señal de honestidad.

   En esta dimensión, el principio de la buena fe actúa como excusa de quien la invoca. La jurisprudencia es nutrida, y entre muchos casos, sostiene que el pronunciamiento que aplica una medida disciplinaria ante la existencia de conductas que no configuran temeridad o malicia carece de fundamentación suficiente y constituye una seria ofensa a la garantía de defensa en juicio, pues implica un reproche por el solo hecho de litigar, insuficiente como fundamento de la sanción impugnada (Fallos, 303:274).

5. Finalmente, la buena fe tiene un sentido valorativo que culmina con la *equidad* que debe presidir la interpretación, la ejecución y la revisión judicial de las convenciones. De algún modo, es el principio que permite la revisión del proceso fraudulento, o que posibilita revocar la cosa juzgada írrita.
   Esta vastedad del principio no se agota en las utilizaciones descriptas. Se ha entendido que también constituye un principio de interpretación e integración del derecho.[881]
   Con tal medida, se afirma que

   … la buena fe suele significar cierta continuidad axiológica. Sin embargo, vale recordar que existen, *v. gr.*, líneas de tensión entre la buena fe justicia y la realización de la verdad, como lo expresa el parecer platónico de las "hermosas mentiras" que hacen bien a los hombres. El gran griego, respecto de cuyas opiniones es al fin ubicable todo el desarrollo de la filosofía, llegó a decir "Será pues lícito el ejercicio de

881. Silveira, Alipio, *op. cit.*, p. 288.

la mentira a los gobernantes de la ciudad, quienes podrán utilizarla para engañar a los enemigos o a los ciudadanos, en beneficio de la ciudad misma; nadie más podrá emplear la mentira".[882]

177. La buena fe y la honestidad de la conducta

Concordante con la clasificación anterior, cada significado que tiene la buena fe se traduce en la convicción de actuar conforme a derecho; en esa noción se unifican el aspecto psicológico o creencia en el propio derecho, y el ético, o voluntad de obrar honestamente.

En el marco de las actuaciones procesales, supone la seguridad o también la ignorancia de no dañar un interés ajeno tutelado por el derecho, pero no es un principio dogmático ni producto de un dogma intuitivo, pues la creencia generadora del convencimiento del sujeto debe estar fundada en elementos exteriores que le proporcionen la información suficiente para lograr tal certidumbre.

Por eso, para reconocer valor a la *buena fe - creencia* como fuente de derechos es necesario que exista un fundamento real y serio para la formación de tal credulidad, debiéndose constatar el valor de los factores externos que provocaron la apariencia del derecho.

En efecto, quien a sabiendas actúa en el litigio convencido de tener razón, no lo puede hacer por simple obsecuencia u obstinación; esa apariencia de actuar debe originarse con motivos y razones y de un modo que le sea imputable. Pero no podrá alegarse cuando el desconocimiento del verdadero estado de las cosas proviene de una negligencia culpable, y la actuación procesal se ejercita con abuso, propio del desatino o ligereza.

Cuando los códigos procesales latinoamericanos establecen entre los deberes de la parte y sus abogados el obrar con lealtad y buena fe, así como actuar sin temeridad, están indicando esa obligación moral de desempeñarse con probidad y honestidad. Con los actos se manifiesta la conducta, y por eso se faculta a los jueces a resolver en la dimensión de sus poderes de instrucción, para rechazar toda articulación manifiestamente dilatoria o improcedente; o, en el terreno de

882. Cfr. Ciuro Caldani, Miguel Angel, "Aspectos filosóficos de la buena fe", en *Tratado de la buena fe*, Córdoba, Marcos A. (dir.), *op. cit.*, p. 17.

lo concreto que se declara en la sentencia, autoriza sanciones por la actuación temeraria o maliciosa.

En el campo del derecho contractual, la buena fe solo se compadece con un error o ignorancia de hecho excusables, por lo que no puede invocar la calidad de contratante de buena fe quien no obra con cuidado y previsión de acuerdo a la naturaleza del acto y forma la creencia errónea por una actuación negligente.

Ahora bien, quien cree y actúa convencido de su derecho, se ampara en el ejercicio del derecho de defensa y en la honestidad de su comportamiento. Para ello se funda en situaciones objetivas antes que subjetivas. Es decir, quien cree actuar a sabiendas de su buena fe, debe tener fuentes suficientes de convicción para persuadir al juez que no lo está engañando.

En sus orígenes, la buena fe debía asegurarse con el "juramento de calumnia" que significaba prometer lealtad y actuación honesta, sin ánimo de injuriar ni provocar daño al contrario.

Explica Condorelli que por esta senda se pretendía evitar la temeridad, que suponía obrar con inconsideración y aturdimiento, después concebido como malicia.[883]

En síntesis, la actuación acorde con el principio de *buena fe - creencia* significa apuntalar la honestidad del comportamiento con hechos objetivos que demuestren sin fisuras que existe una razonable pauta de convicción que permite sostener con fundamentos las pretensiones expuestas.

No hablamos de *conducta leal*, sino de una actitud de razonable confianza hacia el derecho que invoca. Tampoco es una conducta que asiente en la *probidad*, porque esta difiere del criterio que se aplica a la creencia subjetiva de actuar con razón y fundamento. Lealtad y probidad, en todo caso, son figuras de la buena fe analizada objetivamente en los actos que se desarrollan en el proceso.

883. Cfr. Condorelli, Epifanio, *Del abuso y la mala fe dentro del proceso*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1986, p. 79. Al poco tiempo fue interpretada como calumnia o temeridad la forma más frecuente de su apariencia: la alegación de hechos falsos y la reclamación de créditos infundados, en el más amplio sentido de los dos conceptos. Como falsedades se consideraban, verbigracia, la relación incompleta de los hechos, es decir, la supresión de circunstancias relevantes, el recurso a documentos falsos; la pretensión de derechos no existentes; la formulación de demandas injustificadas; el exceso sobre el crédito fundado (*plus petitio*).

178. La buena fe ante la deshonestidad (mala fe)

La violación del principio de buena fe no tiene para el Derecho Procesal la misma trascendencia que adquiere en el derecho privado. La diferencia radica en los efectos que siguen al desvío y en la respuesta que tiene el ordenamiento jurídico para la represión de ese acto contrario a la moral.

Para el derecho de fondo, el principio de buena fe encuentra diversas aplicaciones, presentándose al intérprete como una norma necesitada de concreción que oscila entre la equidad y el derecho.

En cambio, en el Derecho Procesal, la *bona fides* tiende a la aplicación de una regla de conducta honesta en el curso de la litis, e incluso las variadas manifestaciones que encuentra, como el dolo, el fraude o la simulación, no coinciden exactamente con los conceptos que para estas figuras tiene el derecho civil.

Por otra parte, el proceso es una relación de tres personas: las partes y el juez, hecho que denota otro matiz distintivo. La consecuencia normal y habitual de toda irregularidad jurídica es la nulidad y la sanción por responsabilidad emergente.

Podríamos utilizar un concepto opuesto para tratar de explicar mejor el alcance que tiene. La mala fe también es una noción compleja. Para advertirla en el litigio, es menester atender su componente subjetivo, consistente en la intención o conciencia de perjudicar o engañar, y su elemento objetivo, es decir, la imprescindible manifestación externa de esa conciencia dolosa.

Ambas relaciones coinciden con el concepto ético social que comprende la buena fe. El elemento ético sería la mala intención o conciencia de la propia sinrazón; y el valor social, la actuación de la parte demostrada en sus propios actos.

Por eso, en el Derecho Procesal, la intención no es causa bastante para sancionar, aunque debe recordarse que "la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones" (art. 163 inc. 5° párrafo agregado por la Ley N° 22434 al Código Procesal de la Nación Argentina).

Ahora, si la buena fe es la justa opinión de que lo que se ha hecho o se tenía el derecho de hacer; la presunción de buena fe, no

es más que un principio general, del cual cabe apartarse, no solo cuando se proporciona la prueba de la mala fe –que puede ser a través de presunciones graves, precisas y concordantes– sino también cuando las circunstancias del caso demuestren que la *bona fides* no puede haber existido.

El sistema colombiano tiene una aplicación concreta de este matiz, lo dispuesto en el art. 71 que dispone los deberes de conducta del abogado. No es solamente la exigencia de probidad y buena fe, también tiene que colaborar, actuar con corrección y evitar acciones o subterfugios obstruccionistas o meramente dilatorios.

Igual sucede con el art. 170 del Código de Procedimiento Civil de Venezuela, que impone la actuación con lealtad y probidad, estableciendo la obligación de decir verdad en los hechos (coincidente con el deber de exposición del art. 45 del CPCC argentino); la prohibición del obstruccionismo provocado (malicia) o la dilación innecesaria.

No obstante, instalar en una misma norma todos los deberes sin establecer las consecuencias puede llevar a confusiones respecto de las sanciones aplicables, que es preciso diferenciar; no tiene igual entidad el comportamiento incoherente respecto del que se presenta doloso o fraudulento. No significa lo mismo ocultar una prueba que destruirla; ni ocultar la verdad respecto de mentir.

Por eso, el sistema venezolano es mejor aunque insuficiente, porque dispone que quien actúe con temeridad o mala fe es responsable por los daños y perjuicios que causare.

179. La conducta temeraria y maliciosa

La mala fe objetivamente comprobada tiene sanciones y origina responsabilidades. Es la faz sancionatoria para quienes se apartan del principio de moralidad.

Tanto la temeridad como la malicia conforman tipos de conductas disvaliosas que enfrentan al principio de moralidad procesal. Ambos comportamientos no se identifican, por lo cual es preciso distinguirlos. La temeridad alude a una actitud imprudente o desatinada, echada a los peligros sin medir sus consecuencias. Es un dicho o

hecho sin justicia ni razón y designado, especialmente, a aprender valores morales del prójimo.[884]

La malicia se configura por la omisión deliberada de un acto procesal, o cuando se lo ejecuta indebidamente para que pueda producir el mismo resultado. En general, expresa un propósito obstruccionista y dilatorio tendiente a la paralización o postergación de la decisión final que debe dictarse en el proceso.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece en el artículo 45, primera parte, que

> Cuando se declarase maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por alguna de las partes, el juez le impondrá a ella o a su letrado conjuntamente, una multa valuada entre el diez y el cincuenta por ciento del monto del objeto de la sentencia.

Como se advierte, la norma procesal no particulariza las figuras, estableciendo solamente la posibilidad de una sanción (multa) para la parte y/o su letrado que niegue la calidad moral exigida en sus actos.

No obstante, la doctrina diferencia entre una y otra; mientras la temeridad se vincula con el contenido de las peticiones o la oposición, la malicia se halla referida al comportamiento observado en la ejecución material de los actos procesales.

En consecuencia, conducta temeraria es la actuación a sabiendas de la sinrazón. Es una aplicación del principio de la *buena fe - creencia* (creencia subjetiva de actuar con derecho); en cambio, la malicia ocasiona acciones desleales o deshonestas, que representan obstruccionismo en la marcha regular del proceso, o dilación provocada con actuaciones inoficiosas.

La demanda es temeraria si, además de carecer de todo sustento fáctico o jurídico, es arbitraria por basarse en hechos inventados o jurídicamente absurdos, de manera que es evidente el conocimiento de la sinrazón. En cambio, por malicia (mala fe) se entiende la utilización arbitraria de los actos en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente, si el cuerpo legal los conmina con una sanción especial (inconducta procesal específica). Así, es malicioso el empleo de las facultades otorgadas por la ley en contraposición con los fines del proceso, en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe, con el

884. Gozaíni, Osvaldo, *Temeridad y malicia en el proceso, op. cit.*, p. 77.

objeto de dilatar indebidamente el cumplimiento de las obligaciones reconocidas por la sentencia.

Del mismo modo, la temeridad consiste en la conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad.

En fin, temeraria es la conducta de quien sabe o debe saber que no tiene motivos para litigar y, no obstante, lo hace. La mala fe (malicia), en cambio, se configura por el empleo arbitrario del proceso o de actos procesales, utilizando las facultades que la ley otorga a las partes en contraposición a los fines de la jurisdicción, obstruyendo o desplazando el curso del proceso.

En síntesis, las sanciones económicas representan uno de los temas más controversiales en el capítulo del principio de moralidad, porque tiene antagonismos.

> Un sector sostiene que en el ejercicio del derecho de defensa, la parte y sus letrados que utilizan los mecanismos que el código le aporta, jamás podría ser sancionado por obstruccionista, aunque se pueda ver con la recurrencia, una situación de abuso. En todo caso, la consecuencia por la presunta infracción no debiera quedar sancionada sino fuera del proceso. Contra esta posición se argumenta que el juez es el director del proceso, y quien controla la regularidad del comportamiento procesal en base a los parámetros de la lealtad y probidad hacia cada uno de los intervinientes; de manera que cualquier desvío en las reglas permite resolver consecuencias jurídicas, en la escala oportunamente advertida.[885]

885. Picó i Junoy, Joan, *El principio de la buena fe procesal*, Barcelona, Bosch, 2003, p. 265. Esta obra es una de las más importantes para relevar y conocer con profundidad la diversidad de los enfoques. Sostiene el profesor de Barcelona que "el reconocimiento del principio de la buena fe quedaría en una mera proclamación programática si la Ley no previera mecanismos de protección tendientes a potenciar su virtualidad práctica. Por ello, la infracción de las reglas puede originar consecuencias de muy distinto alcance, que varían en función de la configuración de la concreta regla como una carga, una obligación o un deber procesal. Atendiendo el contenido de tales consecuencias, se pueden clasificar en procesales y extraprocesales: en el primer grupo, nos encontramos con la inadmisión del acto procesal solicitado, la ineficacia del acto procesal realizado, la pérdida de las cantidades económicas depositadas judicialmente para la realización de actos procesales, la valoración intraprocesal de la conducta de las partes, las multas, las costas procesales, la nulidad de las actuaciones, la pérdida del pleito, o el uso de la coacción física para contrarrestar la mala fe procesal. Y, en el segundo, el problema de la responsabilidad disciplinaria, civil y penal, en la que puede incurrir el abogado que actúe con mala fe procesal".

El tema trasciende la dialéctica, pues los tribunales (administrativos) que juzgan la ética profesional son proclives a razonar que al abogado no se lo puede sancionar dentro del proceso sino fuera del mismo y por quienes son sus pares.[886]

180. La buena fe y el deber de veracidad

Una proyección interesante del principio de *buena fe - lealtad*, se presenta con el deber de actuar de actuar con la verdad, lo que supone como implícito, que las afirmaciones expuestas en los escritos postulatorios del proceso son ciertas, y constituyen la base del objeto probatorio.

Claro está que el dilema de la verdad en el proceso tiene múltiples aspectos que exceden el tema abordado en este capítulo,[887] y además, porque la verdad absoluta es una finalidad no consagrada, al estar

886. El Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal sostiene que "las disposiciones de la Ley N° 23187 que confieren atribuciones disciplinarias al Tribunal de Disciplina han derogado las que confieren a los jueces los ordenamientos procesales y el Decreto-ley N° 1285/58".
Básicamente fundan esta doctrina los argumentos siguientes: a) El Código de Ética dictado por el Colegio profesional en ejercicio de las facultades que la Ley N° 23187 le asignó, importa un texto específico, de naturaleza especial y exclusiva, que reúne la totalidad de conductas que al abogado se le vedan en la práctica y que solo el Tribunal puede calificar; b) Se resguarda el derecho de defensa del abogado que, de otra manera, se encuentra sorpresivamente sancionado sin posibilidad de defenderse contra la "susceptibilidad judicial"; c) Nadie mejor que los pares para determinar si la conducta profesional afecta o contraviene los fines de la actividad, evitando así el temor reverencial a la potestad sancionatoria, amplia y discrecional de los jueces; d) Un mismo hecho no puede –conforme a derecho– quedar sujeto a dos sanciones disciplinarias distintas: la del juez en uso de las facultades correctivas que establece el código procesal, y la del colegio, aplicando las normas de la ley y el Código de Ética; e) El sistema de la Ley N° 23187 no sustrae al letrado de sus derechos y obligaciones sino que, ante una eventual inconducta que afecte la ética en todos sus componentes (moralidad, probidad, buena fe, etc.) debe ser substraído del poder sancionatorio de la magistratura y remitido para su juzgamiento ético ante el Tribunal de Ética, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal y/o administrativa, de la que se excluye la procesal, en la que pudiera eventualmente estar incluido dicho letrado.

887. Cfr. Gozaíni, Osvaldo, "La verdad y la prueba", en *Revista de Derecho Procesal, Prueba I*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni, 2005, pp. 77-103.

desplazada de algún modo, con el principio de actuar con lealtad y probidad en el marco de la buena fe entre las partes.[888]

En sus orígenes, cuando el proceso tuvo determinaciones vinculadas con lo sagrado y sacramental, la mentira fue castigada; pero el tiempo y la evolución de las ideas obligaron a los ordenamientos que reglaron el principio de certeza (como veracidad) bajo un aspecto punitivo, a tener que modificar las obligaciones de las partes.

El cambio más notable sucede cuando el sentido político del proceso se desplaza de manos privadas (principio dispositivo contemplado y aplicado a ultranza) al poder público, de manera que el centro de gravitación de las partes hacia el juez, modificó seriamente la función evitando que tuviera una actividad esencialmente represiva.

La transformación del juez en director del proceso, instructor y efectivo enlace de la justicia con la realidad, llevó a castigar las actuaciones contrarias con el principio de *buena fe - lealtad* con sanciones específicas. En síntesis, el cambio señaló claramente que el problema no asentaba en el deber de decir verdad sino en la mentira a sabiendas y en el comportamiento malicioso.[889]

888. Obsérvese que el código de procedimientos civil dispone ambas reglas, es decir, en el proceso se debe actuar con lealtad, probidad y buena fe (art. 34 inciso 5°, CPCCN; art. 37 inciso 3°, Colombia; art. 170, Venezuela), y se obliga a las partes y sus letrados a decir la verdad bajo pena de sancionarse a quien no lo cumple (art. 74 inciso 2°, Colombia), aunque está aclarado que la verdad requerida es respecto de los *hechos* (aclarado debidamente en el art. 170 inciso 1°, Venezuela). Por eso, si recordamos que la historia del precepto de moralidad aparece con la exigencia de verdad de la ZPO, o en el deber de actuar con lealtad y probidad del art. 88 del código italiano, de inmediato vemos la alternativa, que ha llevado a la doctrina a admitir o negar la existencia de un deber de veracidad.

889. Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal civil*, *op. cit.*, p. 19 y ss.
Al respecto decía el autor: "La moderna concepción del proceso civil elimina todo obstáculo contra el reconocimiento de la obligación: puesto que el proceso se sigue en interés público y por esto tiende a un resultado de justicia; por lo que la parte sirve al proceso y no el proceso a la parte, no existe la más remota razón para sustraer la acción de la parte a aquellos preceptos que el interés público reclama; el llamado principio dispositivo es una directriz de conveniencia y nada más, de manera que, según la conveniencia, puede ser limitado; la parte no se contrapone en absoluto al testigo en el sentido de no ser también ella un instrumento del proceso, por lo que en principio no hay razón alguna para que se pueda imponer al testigo, y no a la parte, la obligación de decir verdad. En cambio, desde el punto de vista de la conveniencia, la cuestión es muy delicada; en efecto, si es verdad que también la parte, lo mismo que el testigo, es un instrumento del proceso, es, sin embargo, un instrumento que opera de un modo enteramente diverso; las ventajas que el proceso obtiene de ellas dependen, sobre

Ha sido evidente que el principio de publicización del proceso consiguió poner frenos a ciertos arrebatos que conspiraron contra el orden ético del proceso. De todas maneras, es riesgoso confundir la ética del comportamiento con el principio de moralidad, pues ambos coinciden en un imperativo de conducta (leal, recta y honesta), pero la primera escapa a la vigilia judicial en tanto se ampara en una exigencia del fuero íntimo: la moral y el derecho se debaten en componentes de volición que solo se controlan cuando se encuentra el acto externo de provocación a la buena fe.

De modo tal que, cuando la exteriorización de la conducta se advierte en el proceso, el control jurisdiccional pone en acción el principio de moralidad y le exige a las partes comportarse con lealtad y probidad.[890]

---

todo, de su iniciativa y, por lo tanto, de su libertad; cualquier límite señalado a esta compromete su rendimiento; además, la acción de la parte se desarrolla por medio de la contradicción, que es una forma de lucha, no se puede, sino de un modo relativo, desterrar la fuerza y la astucia; en suma, cuanto más se atan las manos a las partes, tanto más, junto con el peligro del engaño o de la mentira, se desvanece también el beneficio de su acción. Esto quiere decir que la solución del problema debe ser una solución de proporción…" […] El derecho positivo italiano adopta una solución de este tipo siguiendo una directriz general que se manifiesta aun fuera de los límites del proceso; tal directriz se funda en la distinción entre engaño y mentira, a la que se adapta ya el derecho contractual. El engaño es mentira agravada por la realización de actos encaminados a determinar su credibilidad y, por lo tanto, a crear las pruebas idóneas para hacer admitir su verdad; lo que los romanos, a propósito del dolo, llamaban la *machinatio* y, los franceses, a propósito de la estafa, la *mise en scène*. Ideas que reitera en su famoso estudio *Contra el proceso fraudulento*, donde destacó que "bajo este aspecto, para el buen fin del proceso es necesaria la igualdad de las partes, incluso desde el punto de vista de la fuerza o de la bellaquería; de ahí que a veces a un litigante galeote, en interés mismo de la justicia, mejor que un clérigo, se le contrapone un marinero".

890. Ahora bien, el planteo tiene ideas opuestas. Picó i Junoy sostiene que el tratamiento jurídico que debe darse el deber de veracidad, aunque no está expresamente adoptado por la LEC, proviene por estar recogido del mismo principio de la buena fe procesal como pauta de conducta que deben respetar los litigantes. Difícilmente puede calificarse un acto de buena fe cuando se fundamenta en la mentira, engaño o falseamiento de la verdad. Argumenta así con buen tino que, […] "En nuestra opinión, la defensa de una parte no puede basarse en el perjuicio del derecho de defensa de la otra, y en la inducción al error al órgano jurisdiccional, impidiendo o dificultando que pueda ofrecer una efectiva tutela de los intereses en conflicto…" (*op. cit.*, p. 133). En cambio, Montero Aroca dice que el mentado principio de la buena fe procesal, así como el deber de decir verdad en las alegaciones, es al menos confuso. Para ello argumenta que […] "Cuando se discute sobre la existencia de un pretendido deber de veracidad pareciera como si lo que se esta cuestionando es la alternativa entre un

En este sentido, la obligación no tiene necesariamente que aludir al deber de decir verdad, o que no han de mentir; ni han de generar sospechas, etcétera; todo ello limita la libertad y, en cierta forma, condiciona la voluntad de obrar.

Asimismo, el principio de moralidad preside el conjunto de actos procesales, y es bien cierto que desde el engaño doloso hasta la simple mendacidad, o desde el artificio al ocultamiento de un hecho conocido, existen varios grados de mentira, y, en el análisis de ella, en la trascendencia que revista o en la magnitud y proporción de su desatino, el juez podrá sancionar el comportamiento, sin necesidad de contar con una regla precisa y específica que complique la interpretación de lo que es verdad o mentira.

En nuestro parecer, no existe un deber de veracidad en el derecho, cuanto más se puede exigir certidumbre y convicción. Es lícito decir lo conveniente y ocultar aquello que debilita la pretensión. La verdad inocultable asienta en los hechos, mas no en todos, sino en aquellos que se alegan, afirman y construyen el material fáctico de la litis.

Una compleja situación se ofrece con los abogados o representantes legales, a quienes se les impone hipotéticamente resolver si sus deberes de cooperación y honestidad hacia la jurisdicción han de ser cubiertos cuando ellos se oponen a los intereses de sus clientes.

> En general la situación se presenta como un postulado deontológico, proclamando el deber de veracidad de los abogados. Así lo impone el art. 74 inciso 2º de Colombia; el art. 170 inciso 1º de Venezuela; y los arts. 34 inciso 5º y 45 del Código Federal argentino, al sancionar a quien se le constata haber sostenido hechos contrarios a la verdad.

---

supuesto derecho a mentir y un pretendido deber de decir la verdad, y lo normal es que esa alternativa no se le plantee a la parte sino al abogado. El planteamiento mismo de la alternativa no se corresponde con la realidad práctica de los abogados y de su actuación ante los tribunales, pues se basa en algo tan teórico como creer que antes del inicio del proceso 'la verdad' ya resplandece y deslumbra a todo el que la mira [...] Parece claro que el abogado no puede afirmar como existente un hecho que le consta como inexistente, entre otras cosas porque ello, aparte de una mentira, es un error táctico, pero nada puede imponerle que ponga su trabajo y su inteligencia al servicio de la defensa de los intereses de su cliente, precisamente porque esa es su función y en ella se justifica su propia existencia". (Montero Aroca, Juan, "Ideología y proceso civil. Su reflejo en la 'buena fe procesal'", en *El Debido Proceso*, *op. cit.*, p. 305).

A nuestro criterio, el abogado debe servir en primer lugar a sus principios éticos y a los que conforman una serie de postulados elementales de la conducta profesional.

Para Bellavista parece cierto confirmar que

> … el abogado, si bien destinado a tutelar los intereses de su cliente, no debe ocultar al juez lo necesario para una justa composición de la litis, aun cuando con este proceder no satisfaga los designios desleales de su patrocinado. Pero esta afirmación sería estimada para un abogado que asista a una parte civil, pues el defensor de un encartado en una causa penal juega con otros intereses, en donde la duda de la justicia se privilegia para obtener una decisión favorable (*in dubio pro reo*).[891]

Cuando el cliente lo someta a consideraciones que lo enfrenten con aquellos ideales, podrá limitar o abandonar el patrocinio sin que ello signifique alterar el legítimo ejercicio de una defensa, pues en la medida del interés general encontrará la razón de sus decisiones.[892]

181. Principio de moralidad y abuso procesal

La teoría del abuso del derecho es de raigambre sustancial, de manera que nace y se desarrolla en el Derecho Privado. Fue Josserand quien elaboró una amplia cobertura para el principio según el cual "cada derecho tiene su razón de ser y no pueden los particulares cambiarla a su antojo en otra diferente".[893]

---

891. Bellavista, Girolamo, "Lealtá e probitá del difensore e del accusatore privato nel processo penale", en *Estudios en homenaje a Antolisei*, Milán, Giuffré, 1965, T. I.

892. Landoni Sosa, Ángel, "El principio de moralidad: base fundamental para un proceso justo", en *Tratado de la Buena fe, op .cit.*, p. 393 y ss. Apunta el autor que ya Cappelletti afirmó que procesalistas de gran fama y valor –como en Alemania Adolfo Wach y Richard Schmidt, o como Piero Calamandrei y Enrico Redenti en la doctrina italiana del siglo XX– combatieron el deber de verdad, considerándolo un instituto inquisitorio y contrario a la libre disposición de las partes, un "instrumento de tortura moral" contra la parte en el proceso civil. Pero hoy en día, la doctrina europea considera a esta concepción como un reflejo procesal de la ideología individualística, del *laissez faire* y tiende, consiguientemente, a establecer el principio de moralidad como un deber de las partes en el proceso civil y postula su conciliabilidad con el principio dispositivo.

893. Josserand, Louis, *El espíritu de los derechos y su relatividad* (trad. de Eligio Sánchez Larios), México, Editorial José M. Cajica, 1946, p. 23 y ss.

La tesis propuesta se ha expandido a otras disciplinas llegando al proceso donde se afinca y apoya en el principio de moralidad. De este modo, la regla general que pretende evitar el ejercicio abusivo del derecho, se consagra en los procedimientos y busca particularidades que lo definan.

En el proceso civil, la teoría del abuso del derecho tiene distintas manifestaciones, algunas de ellas de fuerte contenido crítico (en la medida que, a veces, se contrapone con el ejercicio legítimo del derecho de defensa), y otras, donde resulta necesario establecer un perfil singular en miras, justamente, de articular un mecanismo que evite dispendios de tiempo o actitudes caprichosas y poco meditadas.

Por eso, también, la doctrina del abuso instala un problema de resolución sociológica, en orden a pretender establecer una función social del proceso, donde las técnicas sean apropiadas con los fines; sin tolerar acciones conscientes y voluntarias que persigan la dilación procesal o el agotamiento de todos los recursos disponibles cuando, a sabiendas, estos son inútiles.

La cuestión no es de fácil encuadre porque en el derecho privado para que exista abuso de derecho es preciso encontrar la intención maliciosa, y a veces, la producción del daño; en cambio, en el Derecho Procesal hay principios propios, vertebrados en el deber de lealtad y probidad, o en el principio de moralidad; y algunos más lo propician como un nuevo principio aplicable al proceso, con características propias e independientes del principio de buena fe procesal.[894]

En nuestra opinión, la teoría elaborada en torno al abuso del derecho se ha imbricado dentro de la teoría general, de modo que su influencia se extiende a todas las ramas de un ordenamiento jurídico,

894. Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *La conducta en el proceso, op. cit.*, p. 103. Se sostiene que es un principio procesal y tiene implicancias diferentes a la responsabilidad civil. Por tanto el abuso de las vías procesales debe encontrar un fundamento especial y diferente de la responsabilidad civil, entendiendo que la primera es una responsabilidad subjetiva cuyo fundamento lo encuentra en la violación del principio que impone la obligación de actuar con lealtad y probidad en el proceso, y que antes se encontraba como principio general implícitamente establecido en el código civil. La responsabilidad de los daños procesales, a diferencia de la que impone el pago de las costas y que es una consecuencia objetiva de la pérdida del pleito, tiene que tener un fundamento subjetivo y basarse en la violación de una obligación o de un precepto, pues no podrá sostenerse que la simple acción en justicia que constituye un derecho subjetivo, puede acarrear una responsabilidad.

sea Derecho Civil, Comercial, Administrativo, Procesal, etcétera. El hecho de trastrocar la buena fe, entendida como regla moral del proceso, no le otorga singularidad pues sus principios son generales y lo que interesa advertir son sus consecuencias.[895]

Por ello el problema no apunta al proceso en sí mismo sino al curso de actos procesales regulares, válidos y eficaces que conformen el debido proceso y cuya virtualidad se pretende alterar con el uso abusivo que de ellos se hace. Abuso que consiste en utilizar una facultad procesal con un destino distinto al previsto constitucionalmente.

De manera, entonces, que si puede interpretarse autónomamente el principio general del abuso del derecho, su aplicación en el proceso no variará como principio, pero derivará el foco de atención hacia los efectos que produce.

El abuso de por sí significa elevarse a un propósito desmedido, exceso este que puede ser culpable o doloso o simplemente actuado con imprudencia, de manera que la actitud subjetiva del autor ha de constituir una de las notas singulares para definir el instituto, adunada con la elección del medio para llevarlo a cabo.[896]

No se trata de relevar si el desatino se castiga de acuerdo con el exceso, es decir, si fue imprudencia la pena será leve; si hay culpa aumentará y si fuera el caso de dolo habrá responsabilidad plena y una dimensión mayor en la sanción.

En realidad, el abuso es de consideración subjetiva, sin que interese la intención de perjudicar o de provocar un acto ilícito. Solamente hay que observar el acto dispuesto y la conducta manifestada.

---

895. Cfr. Peyrano, Jorge W., *Abuso procesal*, Buenos Aires, Rubinzal - Culzoni, 2001, p. 127 y ss. Otros han dicho que la doctrina funcional que se propicia desde la tesis de Josserand puede identificarse con particularidades propias como abuso en las vías procesales. De conformidad con este criterio, un acto es abusivo independientemente de toda intencionalidad dolosa o culpable cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento al derecho ejercido.

896. Cfr. Gelsi Bidart, Adolfo, "Abuso del proceso", ponencia presentada en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981. Sostiene Gelsi Bidart que no es solo el fin perseguido lo que importa, aunque esto siga teniendo importancia fundamental y aunque, generalmente, en el abuso, suele haber otra finalidad, también procurada incluso aparentemente como principal y, por tanto, desplazado en cierto modo el fin fundamental establecido por la ley. En rigor no puede prescindirse del fin cuando se habla del medio: aquel funciona como causa final de este; no se realiza el medio sino en vista de la finalidad que con él se persigue (y, a veces, se consigue: resultado).

En el primer caso se analizará el comportamiento puntual, mientras que en el segundo la valoración se realiza sobre el llamado "comportamiento sistemático".

No obstante, otros piensan que

> ... hay abuso del proceso cuando en un proceso civil se ejercita objetivamente, de manera excesiva, injusta, impropia o indebida poderes-deberes funcionales, atribuciones, derechos y facultades por parte de alguno o algunos de los sujetos procesales, principales o eventuales, desviándose del fin asignado al acto o actuación ocasionando un perjuicio innecesario (daño procesal computable).[897]

En síntesis: si observamos atentamente la dirección del principio aplicado en el proceso, advertiremos que el abuso presenta dos facetas:

a. La actuación negligente, culpable o dolosa que lleva una intención subjetiva (*animus nocendi*). Esta es una manifestación del *abuso en el proceso*;
b. La elección del proceso como medio de actuar dicha actitud, de manera que se pretende desviar el fin normal de la jurisdicción. Constituyendo así una forma de *abuso con el proceso*.

En el primer aspecto, la atribución de responsabilidad es *subjetiva*; en el siguiente, en cambio, es *objetiva*.

Una vez que se reconocen los perfiles que distinguen al instituto del abuso del derecho aplicado en el Derecho Procesal, es preciso advertir el contexto donde habrán de aplicarse esos fundamentos.

En efecto, si el punto de arranque se instala en la conducta inapropiada de la parte que a sabiendas del derecho que acredita lo utiliza con un fin diferente al previsto por la norma, la cuestión se debate en

897. Cfr. Álvarez, Mariela, "Abuso del proceso", en Peyrano, Jorge W., *Abuso Procesal*, *op. cit.*, p. 115 y ss. Así lo propone Mariela Álvarez, quien diferencia asimismo al abuso procesal de los principios de moralidad y abuso del derecho. En efecto –agrega– el abuso del proceso hace expresa referencia al ejercicio de los derechos, en especial, procesales, derechos que no son absolutos, y cuyo ejercicio no puede ser excesivo, irrestricto o injusto en perjuicio de nadie, ni puede contrariar los fines para los cuales fueron concebidos. Violado que fuera el principio de moralidad, el juzgador, al efectuar el análisis de la conducta procesal maliciosa, impondrá sanciones que se plasmarán en la sentencia. En cuanto al abuso del proceso, la sanción del acto abusivo es diferente y va desde la anulación del acto, privándolo de sus efectos normales, hasta la condena en costas aun a quien, en ejercicio de un derecho legítimo, hubiera promovido el litigio agravando innecesariamente sus consecuencias. Consecuentemente, abuso del proceso y principio de moralidad son dos cosas distintas.

un problema de casuística, donde la clasificación deviene necesaria para reconocer algunos de estos problemas de supuesta inmoralidad.

En cambio, si la mala utilización de las técnicas jurídicas o de los procedimientos se verbaliza con el *abuso del proceso* o *en el proceso*, la cuestión debe considerar la idoneidad profesional.

182. Conclusiones

El proceso civil promueve varios principios que rigen su estructura de debate. Cuando se propicia actuar de buena fe, en realidad no se instala una regla o estándar de conducta sino la admonición hacia las partes y sus abogados, señalando las consecuencias que tiene obrar de mala fe. De alguna manera, es un mandato preventivo que pide actuar en base a parámetros cuya interpretación queda en manos del tribunal de la causa.

Por eso, como las actuaciones tienen registros diversos, se ha preferido enunciar el principio como *de moralidad*, en el sentido de indicar una pauta a cumplir: el comportamiento leal, probo y honesto; y las sanciones que tienen los desvíos.

La conducta se descifra con "hechos", y desde ella se conectan y deducen las implicancias posibles. Por ejemplo, quien desconoce la firma que le pertenece (pese a ejercer legítimamente un derecho defensivo –arg. arts. 356 inc. 1°, 526 y concordantes del CPCCN–) y obliga a comprobar el documento (art. 390, CPCCN) con una pericia, demostrada la autenticidad genera una multa a favor de la contraria, que "aquél deberá dar a embargo como requisito de admisibilidad de las excepciones…" (art. 528, CPCCN). Similar consecuencia tiene negar la condición de inquilino, en el juicio de ejecución de alquileres, que después se verifica, pues en este caso, "se le impondrá una multa a favor de la otra parte…" (art. 525 inc. 2°, CPCCN).

La buena fe como "hecho" tiene, a su vez, un aspecto subjetivo que radica en la certeza que invoca quien sostiene "tener derecho". Esa manifestación, expresa o tácita, obliga a descubrir la sinceridad objetiva de dicha creencia de actuar conforme a derecho; o de exponer sus pretensiones o defensas con la convicción auténtica de defender una posición jurídica que le pertenece. En estos casos, la buena fe se

colige por los actos que la exponen, permitiendo sancionar o eximir de consecuencias, de acuerdo con las circunstancias.

Es el caso del segundo párrafo del art. 68 del Código Procesal, según el cual "el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad (costas) al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad". También se descubre en el artículo 163 inciso 5º apartado final, que dice: "La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones".

El principio de moralidad se aplica en el proceso, pero puede extender su influencia hacia los actos que le preceden. Hay manifestaciones del mismo en la doctrina de los propios actos, donde la formación de una confianza basada en la credulidad impide defraudar la buena fe con conductas opuestas que dejan sin sentido los actos precedentes, jurídicamente relevantes.

Al mismo tiempo, la credulidad que en otros influye, cuando engaña al juez se convierte en un supuesto de estafa procesal que trasciende la repercusión que tiene en el proceso donde se suscita, al quedar tipificada como delito.

Finalmente, el principio de moralidad tiene repercusiones menores, pero importantes, en reglas del procedimiento que se reflejan, por ejemplo, en el lenguaje procesal (cfr. art. 35, CPCCN); o en las actuaciones de prueba que impiden perturbar el cumplimiento formal (cfr. arts. 125.1, 446, 572, 574, entre otros, del CPCCN); también en la potestad disciplinaria del juez.

Las consecuencias de actuar de mala fe ocasionan consecuencias distintas según sea el desvío correspondiente. La nulidad formal, la condena en costas, son efectos propios del proceso; la culpa derivada del obrar con imprudencia o ligereza, o con típicas manifestaciones de abuso generan responsabilidad civil; el dolo, o la culpa grave llevan a la responsabilidad penal, y finalmente, queda implícita la responsabilidad profesional de quien arremete contra los principios éticos de la profesión.

Capítulo XXIV
El principio de legalidad de las formas

183. El formalismo en el proceso civil

Para establecer la legalidad formal como un principio del proceso civil, es necesario superar la observación según la cual cualquier solemnidad o ritualismo para expresar ideas o sentimientos conspira con la finalidad del acto.

La polémica no es nueva si tenemos en cuenta que reitera la disputa que viene desde el Derecho Romano en todas sus etapas,[898] entre el formalismo de las actuaciones procesales y la informalidad absoluta.

Inclusive en el derecho germano hasta la recepción del Derecho Procesal ítalo-canónico (mediados del siglo XIV) el proceso fue muy formalista y su desarrollo quedaba en manos de las partes con un poder jurisdiccional prácticamente nulo. Características que fueron objeto de severas críticas que generaron las reformas del ordenamiento procesal.

El ritualismo exagerado hizo famosas las "ordalías" o juicios de Dios, que consideraban la etapa probatoria como una invocación a

898. Cuenca, Humberto, *Proceso Civil Romano*, *op. cit.*, pp. 39, 53 y 121. Sostiene el autor que en ningún pueblo de la antigüedad fue tan profundo el culto de la forma como en Roma. De todos los elementos formales, la palabra tuvo un influjo poderoso; los romanos atribuyeron a las palabras el poder de llevar las semillas de un lugar a otro; en las Doce Tablas se incluyeron sanciones contra aquellos que por arte de magia dañaban las cosechas y Plinio hace extensos comentarios sobre el poder místico de las palabras. La claridad, sencillez y precisión de las formas aseguraron, en el derecho antiguo, el cumplimiento estricto de las leyes [...]. En el sistema formulario, el sistema es formalista, pero no sacramental. Esto quiere decir que las partes deben valerse de los modelos previamente redactados por el Pretor para definir sus controversias, pero ellos no tienen que hacer recitaciones textuales, cuya más leve variación o equivocación, como en la *actio legis*, implicaba la pérdida del litigio [...]. Tiempo después, el *ordo iudiciorium* del sistema formulario fue superado con la *extraordinaria cognitio* que terminó desalojando en el año 342 el mecanismo anterior, aboliéndolo por considerar que era más propenso al juego de las palabras, a la argucia, al triunfo del más hábil o del más sabio, que a la investigación de la verdad.

superar pruebas de dolor (agua caliente, fuego, hierro candente) en las que el litigio era propiamente un duelo.[899]

Entre un extremo y otro, no se puede negar que el procedimiento judicial necesita de reglas, y cuanto más conocidas sean, mayor seguridad y certidumbre tendrá quien las aplique; pero al mismo tiempo, el proceso no convalida el desarrollo solemne y ritual, al punto de convertirse en un simbolismo puro donde aniden ficciones y esoterismos. Por eso hay que encontrar un justo medio para las representaciones y liturgias del proceso.

El principio de legalidad de las formas aporta algunas soluciones, pero en realidad, no hay entre los extremos tanta distancia porque el informalismo en la práctica no ha sido nunca aplicado de un modo integral;[900] y a su vez, la legalidad adjetiva, aunque establece pautas solemnes, arbitra algún margen optativo que acuerda a las partes la facultad de regular aspectos parciales del proceso.[901]

El informalismo, en los hechos, nunca es tal, porque la sola referencia a las formas ocupa, además del aspecto exterior del acto, el lugar donde se emite y el tiempo en que se lo incorpora. En tal sentido, resulta impropio hablar de libertad de las formas, porque en realidad ellas existen. Lo correcto sería referir a un proceso sin reglas preordenadas, por el cual tanto las partes como el juez tengan suficiente libertad para realizar los actos pertinentes en el lugar, tiempo y modo que ellos consideren adecuados en su formulación externa.

No obstante, fue Calamandrei quien insistió en la necesidad de respetar el principio de legalidad de las formas, al señalar que

> … las actividades que conducen al pronunciamiento de la providencia jurisdiccional no pueden ser realizadas en el modo y en el orden que a juicio discrecional de los interesados puede parecer más apropiada al caso singular, sino que deben, para poder tener eficacia jurídica, ser

899. Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 15. La sentencia, en estos tiempos, no era más que una declaración del derecho aplicable en la causa, pero no tenía fuerza obligatoria alguna, porque para su cumplimiento era preciso un contrato especialmente dirigido a este fin, en el cual el demandado prometía al demandante satisfacerle o probarle que carecía de razón. Pero, como dice Goldschmidt, esta prueba se dirige a la parte contraria, no al Tribunal, y no es una carga, sino un derecho.

900. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 379.

901. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 319.

> realizadas en el modo y con el orden que la ley (esto es, el Derecho Procesal) ha establecido de una vez para siempre. También las actividades de que se compone el proceso, por ser de aquellas que están realizadas por hombres, están guiadas por el pensamiento; pero los modos con los cuales este pensamiento debe exteriormente manifestarse para ser jurídicamente operativo, las condiciones de lugar y de tiempo de estas manifestaciones, no son libres sino que están dictadas por la ley, la cual regula, además, el orden según el cual deben seguirse estas actividades y precisa, por consiguiente, anticipadamente una especie de paradigma sobre programas del proceso tipo, que permite prever en abstracto cómo debe desarrollarse un proceso para ser jurídicamente regular.[902]

184. Fundamentos del principio

Ha señalado Chiovenda que

> Un rápido vistazo a la historia es suficiente para dar la idea de la complejidad de las formas judiciales. El primer acto del Estado en el ejercicio de la función judicial es la intervención en la lucha privada. El fundamento de la pretensión del actor se encuentra siempre en su conciencia individual; pero el Estado comienza imponiendo un determinado camino a seguir en la actuación de la pretensión, y el cometido del juez se limita a constatar la regularidad de la vía seguida. Este tránsito de la defensa privada a la defensa regulada se revela todavía en las formas procesales conocidas de nosotros: la parte preponderante que todavía se concede a la ejecución inmediata y en las formas residuales de la lucha efectiva.[903]

La intervención de un tercero en el conflicto individual, obligó a establecer claramente el alcance de esa autoridad; y al mismo tiempo el juez que representaba la potestad de resolver el conflicto intersubjetivo debía guiarse con reglas y principios que sin anular la disposición de las partes, aplicara un procedimiento cierto y seguro.

De este modo, la principal referencia que logró el tercero imparcial fue la delegación de la confianza que antes se depositó en la fuerza del más aguerrido; después, en los atributos del buen padre de familia; en la sabiduría de la ancianidad; en el jefe del clan o de la tribu,

902. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, V. I, p. 321.
903. Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de Derecho Procesal Civil, op.cit.*, V. II, p. 130.

por mencionar solo la autoridad ejercida en la evolución de las formas para resolver controversias humanas.

Por otro lado, la intervención del juez en el conflicto impuso reglas para la lucha entre partes; estas pautas eran más que una orientación, constituyeron los pilares de un procedimiento que terminó delimitando tres etapas claras: la proposición de los hechos y pretensiones; la confirmación de las afirmaciones y la prueba de la razón de sus respectivas demandas; y la sentencia propiamente dicha.

Cada etapa contuvo características que pudieron o no solemnizar las intervenciones; pero que significaron establecer principios y reglas que, como sucede en cualquier juego, no podían modificarse sin quebrar el estándar o sorprender a alguno de los parciales en el conflicto.

> Calamandrei advirtió sobre la permeabilidad de las reglas,[904] pero no fueron menos quienes han considerado que ellas no podían alterarse sin poner el riesgo otros principios o garantías como la igualdad procesal, o la misma imparcialidad del juzgador.

904. Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*, *op. cit.*, pp. 263, 266 y 267. En "El proceso como Juego" sostuvo el maestro florentino: "En todas las instituciones procesales puede reconocerse, por clara derivación histórica, una significación metafóricamente agonística. El debate judicial es una especia de representación alusiva y simbólica de un *certamen* primitivo, en el cual el juez no era más que un juez de campo: la alternativa sucesión de los actos procesales de los litigantes viene a ser la transformación mímica de lo que en sus orígenes era un hecho de armas; hasta la terminología del proceso está tomada todavía de la de la esgrima o la palestra. Esta alusión a la lucha es viva en el proceso todavía en el día de hoy, a pesar de que se reconozca comúnmente la naturaleza publicística de las instituciones judiciales: mientras en el proceso civil se mantiene en vigor el principio dispositivo, la lucha entre contrapuestos intereses de parte es considerada y aprovechada por el Estado como el instrumento más apropiado para satisfacer al final el interés público de la justicia. Al choque de las espadas se ha sustituido, con la civilización, la polémica de los argumentos; pero hay todavía en este contraste, el ensañamiento de un asalto. La razón se dará a quien mejor sepa razonar: si al final el juez otorga el triunfo a quien mejor consiga persuadirlo con su argumentación, se puede decir que el proceso, de brutal choque de ímpetus guerreros, ha pasado a ser juego sutil de razonamientos ingeniosos […]. Por eso, a pesar de los formularios fijos del procedimiento, no hay un proceso que sea igual a otro, como no hay en juego de ajedrez una partida igual a otra […]. Todo esto no destruye la exactitud de la teoría de la relación procesal, en lo que atañe al núcleo central de ella, que es el deber del juez de proveer, y el correspondiente derecho de las partes, de conseguir que él provea; pero es cierto que el contenido concreto de esta obligación del juez se plasma dialécticamente en correspondencia con las situaciones jurídicas creadas por la actividad concurrente: según la variable puntuación, podríamos decir, de su juego".

> Inclusive, la crítica se hizo mucho más severa después del impacto que tiene el Código Procesal italiano de 1940 en las instituciones procesales, porque al dar paso a la figura del "juez director" del proceso, se creyó ver una dimensión exagerada del principio de autoridad para convertir al anterior "árbitro de las reglas", en un auténtico dictador de las formas.[905]

El problema, entonces, parece radicar no tanto en la necesidad de generar reglas y principios para el procedimiento, sino de ver cuánto el establecimiento de formas y solemnidades pueden constituirse en parámetros de esa entidad, esto es, como reglas variables o principios permanentes.

Sobre esta base es posible constatar que el origen de las mismas puede llegar de la *jurisprudencia* creadora (*v. gr.* el escrito dejado en una secretaría equivocada convierte en nula la actuación pese a ser el mismo juez el que interviene);[906] de la ley (*v. gr.* disposiciones formales del

905. Alvarado Velloso, Adolfo, *El Debido Proceso de la Garantía Constitucional*, Rosario, Zeus, 2003, capítulo III, y en "Sistemas Procesales", capítulo I en *Debido Proceso*, Buenos Aires, Ediar, 2006, p. 28 y ss. Dice el autor "El juez dejó de juzgar el litigio y comenzó a dirigir el procedimiento como *capitán de barco o director del debate*, en su calidad de representante profesional del bien común. En rigor de verdad, no se trataba entonces de erigir al juez en el director del proceso con los poderes necesarios al efecto, sino de autorizarlos desde la propia ley para que hicieran todo aquello que considerasen menester en la oportunidad que así lo decidieran. De tal forma, por una simple ley que cambió autoritariamente el mundo conocido –a voluntad de un solitario legislador– el proceso pasó a ser un *método pacífico de debate entre particulares* a un *instituto de derecho público* en el cual estaba involucrado algo más importante que el interés de las partes: *los más altos valores sociales* aun con desmedro de la libertad individual en aras del beneficio del Estado".

906. "Los motivos invocados por el recurrente no son atendibles para justificar el incumplimiento del término procesal ya que, por razones de seguridad jurídica fundadas en el principio de perentoriedad de los términos no se admiten presentaciones posteriores al 'plazo de gracia' previsto en el art. 124 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ni siquiera cuando la demora es de pocos minutos" (Fallos: 334:1754). Asimismo se dice que [...] "De acuerdo con el carácter perentorio y fatal que tienen los plazos procesales (art. 155 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) y con la interpretación estricta que, por su naturaleza, debe atribuirse al plazo 'de gracia' previsto en el art. 124 del mismo código, razones de seguridad jurídica obligan a poner un momento final para el ejercicio de ciertos derechos, pasado el cual, y sin extenderlo más, deben darse por perdidos, sin que pueda a ello obstar la circunstancia de que el particular haya cumplido, aun instantes después, con la carga correspondiente" (Fallos: 329:326). "El plazo de gracia instituido por el art. 124 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no constituye una prolongación del término ya fenecido a las 24 del día anterior, sino precisamente un remedio para impedir las consecuencias perjudiciales que podría ocasionar una situación de fuerza mayor que no hubiese

Código Procesal), o de la misma Constitución (*v. gr.* sentencia fundada en ley, conforme el art. 18).

En consecuencia, las formas pueden exceder el marco de la técnica aplicada y proyectarse hacia continencias más complejas como las garantías fundamentales. Por eso, cuando se disciplina la manifestación de los actos del procedimiento, se torna evidente el llamado a la certidumbre que radica en el principio de la seguridad jurídica; y desde allí, rápidamente se llega al derecho de defensa en juicio.

Pero es evidente que un ordenamiento procesal rígido en esta disciplina cae en el formalismo, donde se confunde lo formal con lo ritual, para elucubrar una especie de geometría exacta que acomode la presentación del acto a las previsiones legales que la rigen.

Si recordamos que el proceso no tiene un fin en sí mismo, podemos colegir que tampoco es pura forma. No cabe equiparar la razón que el derecho reporta a las exigencias formales, a la razón que asiste a lo visible de un aspecto exterior. Es decir, el acto formal no puede ser aquel que externamente es apropiado.[907]

185. Modalidades

Existen tres modalidades para resolver la creación de normas formales para el procedimiento. La primera es de origen legal: el principio de *legalidad de las formas*, por el cual es el legislador quien dispone los ritos y solemnidades que deben cumplirse en las actuaciones procesales.

---

permitido hacer la presentación judicial en tiempo oportuno, por lo que resulta inadmisible que se pretenda invocar la fuerza mayor para justificar la omisión de actuar en la oportunidad concedida por la ley para paliar los perjuicios derivados de la fuerza mayor" (Disidencia de los Dres. Enrique Santiago Petracchi, Augusto César Belluscio, Antonio Boggiano y Juan Carlos Maqueda) (CSJN, Fallos: 328:271).

907. Satta, Salvatore, *Soliloquios y Coloquios de un jurista, op. cit.*, p. 52. Se comprende, por consiguiente –dice Satta– que cuando se habla de formalismo no se quiere menoscabar en modo alguno la forma del derecho; una vez más, el formalismo no se puede entender como una inconcebible y absurda crítica a las formas jurídicas. No habría necesidad de decirlo, pero los equívocos son siempre posibles: el formalismo no debe confundirse con la legalidad y el principio de legalidad que está absolutamente fuera de cuestión, y mucho menos la crítica del formalismo se puede desarrollar bajo el signo de la vaga aspiración a una justicia sustancial, en rebelión abierta o lavada a la voluntad de la ley. Estas cosas pueden tener valor de *iure condendo*, esto es, no tienen para el jurista ningún valor actual.

El límite de las formas lo impone el derecho establecido, que como toda norma jurídica, debe interpretarse no por su letra, sino por la inteligencia que surja de la lectura de las cláusulas, armonizándola con los demás preceptos del orden legal, sin desnaturalizar su esencia, ni transformándola incompatible con las mismas situaciones que vino a tutelar.

La segunda variable es el llamado *principio de libertad de las formas*, que constituye una suerte de reacción violenta contra los inconvenientes que trajo el ritualismo en el proceso, y coincide su aparición con épocas de grandes revoluciones.[908]

En esta línea no se crean principios sino reglas acordadas por las partes con libertad; también pueden adoptarse los procedimientos de órganos preestablecidos.

Carnelutti, conviene recordar, era partidario de esta corriente y sostenía que el acuerdo de partes era el mejor, porque permitía arreglar un proceso con una *estructura elástica*.

> Sin duda uno de los más severos defectos del sistema vigente está precisamente en su excesiva rigidez. Si se suprimen las diferencias entre el rito formal y el rito sumario, que hoy no tienen ya razón de ser, toda vez que el primero es un instrumento enteramente desusado, nuestro código no conoce más que dos tipos de proceso: el proceso ante el juez colegial y el proceso ante el juez singular; dejo de lado, naturalmente, por su especialidad, el proceso de casación. Con estas dos formas se piensa que se puede proveer a la infinita variedad de las litis. En el mismo tipo de instrucción ante el tribunal se introduce cualquier tipo de litis; la que excede en una lira de la competencia del pretor y la que significa cientos de millones; la que presenta cuestiones preliminares y la que va derecho a la decisión del mérito; aquella en que la prueba es toda ella preconstituida y aquella en la que se la debe constituir ante la presencia del juez; y así sucesivamente. No hablo de los modos y de los plazos para la notificación de la demanda, que están rigurosamente establecidos por la ley con escasos poderes al juez en materia de abreviación de plazos y de citación por proclamas

908. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. I, p. 223, nota 30. Informa el autor de esta obra, tomando datos de Bonnier, Edouard, *Eléments de procédure civile*, París, Librairie de Plon Frères, 1853, p. 7, que durante la Revolución Francesa, la Constitución de 1793 (art. 94) estableció que los árbitros públicos juzgarían en proceso oral sin forma de procedimiento, y la ley 3 Brumario del año II, no solamente suprimió la orden de los abogados, sino que estableció que los tribunales existentes juzgarían en proceso verbal sin formas procesales; la reacción sobrevino por una ley 18 Fructidor del año VIII, que restableció la Ordenanza de 1667 y reglamentaciones posteriores.

> públicas [...] Se comprueba que las articulaciones de este sistema elástico están constituidas por el *acuerdo de las partes* y por la *orden del juez*.
> Sobre la importancia del primero como índice de adecuación del régimen procesal a la litis, creo superfluo insistir. Donde la voluntad de las partes coincide, por haber sido inducida a ello por intereses en contraste, está el mejor medio para tutelar, no ya los derechos de cada una de ellas, sino también los de la justicia. Sin duda, la condición de este resultado es el equilibrio de las fuerzas.[909]

La influencia del maestro italiano se refleja en los proyectos de Podetti para la provincia de Mendoza y de Reimundín para la provincia de Salta.[910]

Empero, la corriente solamente tuvo adopciones ocasionales y muy puntuales. Más fueron quienes suscribieron la necesidad de ser razonables en la aplicación del formalismo. Chiovenda,[911] Montesquieu en *El espíritu de las leyes*,[912] por citar dos encumbrados juristas de cada siglo anterior, justificaron la forma por ser la condición necesaria para la certeza, el precio de la seguridad; pero al mismo tiempo, reclamaron por encontrar un límite y equilibrio entre la libertad y la legalidad, para no caer en los extremos del ritualismo, ni en los peligros de la anarquía adjetiva.

Consecuencia de ello fue el tercer sistema denominado de la *regulación o adecuación judicial de las formas*[913] por el cual el juzgador ordena el material solemne a recabar, dirigiendo el proceso en su total desarrollo.

---

909. Carnelutti, Francesco, *Estudios de Derecho Procesal, op. cit.*, pp. 130-131.

910. Cfr. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, T. I, p. 229, nota 48. El art. 142 del proyecto Podetti decía: "El actor al promover la demanda y el demandado al responder, podrán solicitar que se sustancie y resuelva el caso en proceso sumario o sumarísimo". Disposición que con variaciones se ha mantenido en los arts. 164 y 210 del código actual. El proyecto Reimundín, al respecto, se concretó en el art. 348 inciso 18.

911. Es muy conocido su ensayo *Las formas en la defensa judicial del derecho* (ver nota 6) donde advierte la evolución del formalismo en tres fenómenos: las *formas residuales*, que son aquellas nacidas de las necesidades, de la índole, de las leyes de una época, que sobreviven pese a las transformaciones; las *reacciones*, que surgen contra la injusticia producida por el formalismo; hasta llegar al *regeneramiento* que describe como una gran aversión hacia el rigor de las formas procesales, que terminaron ocultando las ventajas fundamentales que tenía (p. 135 y ss.).

912. Montesquieu, Charles-Louis de Secondat, barón de, *Del espíritu de las leyes*, Barcelona, Alianza, 1996, p. 112.

913. Cfr. Berizonce, Roberto, *La nulidad en el proceso*, La Plata, Platense, 1967, p. 48.

Ahora bien, este mecanismo provoca alguna inseguridad jurídica, alterando la finalidad prevista en el principio de regulación de las formas que, justamente, procura afianzar la seguridad y el orden del procedimiento. Para regular su aplicación práctica, suele utilizarse una pauta jurisprudencial que ha generado el llamado *principio de instrumentalidad* o *elasticidad de las formas*, que sostenido en las reglas para sancionar las nulidades del proceso, establece una escala axiológica al vicio derivado de la actuación que no respeta una pauta formal determinada.[914]

En líneas generales ha terminado consagrándose, por mayoría de preceptos reglamentados, el principio de legalidad de las formas, estableciendo numerosas disposiciones para el desarrollo de las actuaciones procesales en particular (lugar, tiempo y forma de los actos) y para la fisonomía o diseño del procedimiento (conocimiento amplio en el juicio ordinario; trámites irrenunciables en el juicio ejecutivo; formación del título ejecutivo; valoración de la prueba; etc.).

No obstante, el informalismo sigue presente para algunos procedimientos singulares. Por ejemplo, el sometimiento del conflicto a resolución de árbitros faculta a las partes a convenir el trámite aplicable y otras formas indicativas de procedimiento (art. 741, CPCCN); lo mismo se aplica en las actuaciones de amigables componedores, o en la pericia arbitral.

Asimismo, también los códigos procesales permiten, en ciertas situaciones, que sean las partes las que dispongan sobre las formas. Así, cuando se prorroga convencionalmente la competencia judicial; o al acordar la suspensión de los plazos judiciales; e inclusive cuando se autoriza la práctica de actuaciones probatorias fuera del juzgado.

914. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 224, nota 37, sostuvo que este era un sistema poco convincente. "Dejar las formas al arbitrio de las partes es un mal; dejar las formas al arbitrio judicial es un mal peor, no porque el juez podría tentarse, sino porque la inercia judicial haría que se establecieran formas tipos, de carácter invariable; con ello, el juez habría desalojado al legislador. El peligro reside en la *falta de certeza de las formas*, ya que potencialmente existiría la posibilidad de formas distintas para el tratamiento de un mismo caso".

186. Alcance

Las formas en materia procesal tienen dos alcances. Uno se refiere al *cómo deben ser* los actos del procedimiento (lugar, tiempo y forma), que obliga a individualizar las actuaciones precisando sus reglas; y el otro se vincula con el *modo de formalizar el procedimiento*, es decir, acordar una fisonomía que se relaciona con otras reglas o principios, como la oralidad, la escritura, el conocimiento amplio o restringido del juez, el aporte de los hechos a la causa, la producción probatoria, su carga y valoración, el alcance de la cosa juzgada, la limitación de los recursos, etcétera.

Al prevalecer en el sistema jurídico argentino el principio de legalidad formal, de la regularidad y eficacia de los actos procesales depende que se cumplan las condiciones dichas para su presentación.

Cuando no se prevé especialmente la indicación suelen existir remisiones a normas generales[915] y un estándar que pondera la *seguridad* de haberse cumplido el acto pese a sus defectos; la *finalidad* que analiza si el error pudo provocar la inexistencia o ineficacia de la actuación; la *conservación* o *protección* de la actuación informal pero con defectos intrascendentes; y el parámetro general que persigue evitar que se lesione el principio de defensa en juicio.

La exagerada dimensión de lo solemne ha llegado a la formación de la doctrina del *exceso ritual manifiesto*, que se convierte en causal de arbitrariedad cuando se desnaturaliza el debido proceso con la exigencia desmedida de las formas y de las regulaciones procesales.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, desde el resonado caso "Colalillo" ha evolucionado en su propia doctrina.[916] Con la misma fi-

915. Por ejemplo, el art. 319 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece que: "Todas las contiendas judiciales que no tuvieren señalada una tramitación especial, serán ventiladas en juicio ordinario, salvo cuando este Código autorice al juez a determinar la clase de proceso aplicable…"

916. CSJN Fallos 238:550, "Colalillo, Domingo c/ Compañía de Seguros España y Río de La Plata", 18/09/1957 "… Que la condición necesaria de que las circunstancias de hecho sean objeto de comprobación ante los jueces, no excusa la indiferencia de éstos respecto de su objetiva verdad. Es en efecto exacto que, por lo regular, a fin de juzgar sobre un hecho, no cabe prescindir de la comprobación del modo de su existencia, que en materia civil incumbe a los interesados. Y también es cierto que esa prueba está sujeta a ciertas limitaciones, en cuanto a su forma y tiempo, pues es exacto que de otro modo los juicios no tendrían fin. Que, sin embargo, el proceso civil no puede ser conducido en términos estrictamente formales. No se trata ciertamente del cum-

nalidad ha interpretado que no se puede convalidar el exceso ritual manifiesto; o admitir el excesivo rigor formal, o la injustificación de la prevalencia de las formas sobre la verdad; o amparar el predominio exagerado de las solemnidades; etcétera.

En este sendero se inscribe la política procesal donde anida el principio de legalidad de las formas. Su finalidad primordial es custodiar que las formas del proceso aseguren un trámite previsible, pero que no sean las solemnidades un obstáculo para la consagración de la justicia.

Por eso el criterio de la "renuncia consciente" al uso de las formas elaborada en "Colalillo" ha sido fructífero porque dio el parámetro exacto para el uso racional de las solemnidades del proceso.[917]

---

plimiento de ritos caprichosos, sino del desarrollo de procedimientos destinados al establecimiento de la verdad jurídica objetiva, que es su norte. Que concordantemente con ello la ley procesal vigente dispone que los jueces tendrán, en cualquier estado del juicio, la facultad de disponer las medidas necesarias para esclarecer los hechos debatidos. Y tal facultad no puede ser renunciada, en circunstancias en que su eficacia para la determinación de la verdad sea indudable. En caso contrario la sentencia no sería aplicación de la ley a los hechos del caso, sino precisamente la frustración ritual de la aplicación del derecho. Que, desde luego y por vía de principio, es propio de los jueces de la causa, determinar cuando existe negligencia procesal sancionable de las partes así como disponer lo conducente para el respeto de la igualdad en la defensa de sus derechos. Pero ni una ni otra consideración son bastantes para excluir de la solución a dar al caso, su visible fundamento de hecho, porque la renuncia consciente a la verdad es incompatible con el servicio de la justicia. Que en el caso de autos, la sentencia que rechaza la demanda omite toda consideración del documento oficial agregado a fs. 66, por razón de la oportunidad de su incorporación al juicio. Y aun cuando la solución del pleito puede depender de la existencia y autenticidad de la licencia en cuestión, el fallo se limita a comprobar la extemporaneidad de su presentación…".

917. La evolución jurisprudencial del caso Colalillo puede verse en el excelente trabajo monográfico de María Eugenia Vera Ezcurra, sobre el *Exceso ritual manifiesto*, publicado en www.salvador.edu.ar. De él extractamos el resumen siguiente: Año 1961 (Fallos 250:642) La resolución que impone la necesidad de notificar el traslado de la demanda en el extranjero a la persona contra quien se dirige la acción, habiéndose presentado en la causa su apoderado general, adolece de un exceso ritual que lo priva de base bastante para sustentarla y debe ser revocada […] Año 1976 (Fallos 296:650) Es arbitraria, y debe dejarse sin efecto, la sentencia que por exceso de ritualismo formal, deniega protección jurisdiccional a la Caja Federal de Ahorro y Préstamo para la Vivienda, que impugna un embargo de fondos decretado contra ella en juicio en que es parte una sociedad de ahorro y préstamo de la que la Caja Federal es liquidadora, fundándose el fallo denegatorio en que, por razones procesales, debió deducirse el pedido en otra forma y por distinta vía y no como simple pedido de levantamiento de un nuevo planteo en sede administrativa tendiente a lograr una reparación que presupone la ilegitimidad del obrar de la demandada, aspecto ya negado por ésta. Una nueva insistencia sobre

Con relación a las *formas del procedimiento* cabe destacar una particularidad de nuestro país que tiene en cada provincia un código procesal civil y comercial y otro de procedimientos en lo penal, los que se deben adaptar a las normas locales y, en particular, a sus Constituciones.

Ello determina que no pueda darse una fisonomía armónica para generalizar el principio, teniendo en cuenta, por ejemplo, que en la provincia de Buenos Aires rige como juicio ordinario el proceso de conocimiento amplio predominantemente escrito; y en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, un proceso por audiencias donde la oralidad se piensa como modelo para el desarrollo de sus actos (cfr. art. 125 del ritual).

No obstante, existe una clara tendencia a simplificar las formas procesales, y a unificar las actuaciones en pocos actos, generalmente reunidos en una o dos audiencias, donde el juez tiene el poder de fijar los hechos controvertidos y disponer la ordenación procesal correspondiente.[918]

---

el mismo punto como pretende el a quo constituiría un ritualismo excesivo [...]. Año 1982 (Fallos 304:148) Corresponde dejar sin efecto la sentencia que omitió pronunciarse sobre la cuestión central que le fuera sometida –procedencia o no de la inscripción en el registro especial de no graduados, denegada por el Consejo Profesional de Ciencias Económicas de la Provincia de Buenos Aires– al entender que no se había impugnado específicamente la denegatoria del recurso de reconsideración. Ello así, pues se trata, en el caso –atento el carácter simplemente de esta– de un supuesto de injustificado rigor formal que atenta contra la garantía de la defensa en juicio. Año 1986 (Fallos 308:529) Incurre en excesivo rigor formal y corresponde descalificar la resolución que desestimó el recurso de revocatoria contra la sentencia que rechazó in limine la demanda contenciosoadministrativa, y que por considerarla extemporánea rechazó su nueva deducción peticionada en subsidio. Ello es así, pues se encontraba cumplido lo requerido por el tribunal –acompañar copia íntegra de una resolución administrativa y reponer el sellado– y, respecto a la posibilidad de reiniciar la demanda, la aplicación de las reglas de prescripción no debió efectuarse de oficio (art. 3964 del Código Civil) [...]. Año 1981 (Fallos 303:1994) Corresponde dejar sin efecto la sentencia que, fundada en la falta del reclamo administrativo previo e incurriendo en un ritualismo excesivo, desestimó la demanda contencioso administrativa tendiente a obtener la reparación de los daños y perjuicios derivados de la revocación o caducidad ilegítima de un decreto municipal.

918. Hace ya algunos años, en lo que ha sido un trabajo cumbre para la ciencia procesal, Isidoro Eisner decía: "Una obvia exigencia de buen sentido y economía aconseja al legislador no solo crear diversos tipos de procesos que se acomoden a las modalidades de las cuestiones litigiosas que deben someterse a la composición judicial, sino también acordar facultades a los magistrados para excogitar y aun arbitrar el procedimiento que mejor se amolde a las distintas controversias, evitándose así que por el simple acatamiento a reverentes mandatos de la ley se deban utilizar estructuras y mecanismos absolutamente inadecuados, onerosos o superfluos con relación al fin que en cada caso se persigue. Si bien somos partidarios del sistema de la legalidad de

De algún modo, es una vuelta al *principio de elasticidad* que reclamó Carnelutti, que con variaciones respecto del modelo de origen, permite que las adaptaciones se regulen en tres órdenes distintos. O por *voluntad de las partes* mediante acuerdos procesales no prohibidos, que lleva al camino del proceso convencional; por la *autoridad del juez en el proceso* que lo resuelve como providencia instructoria (*v. gr.* art. 360, CPCC); o por el acto legislativo singular que regula una situación jurídica determinada (*v. gr.* Ley de Prenda con registro; ejecuciones fiscales; embargos sin orden judicial, etc.).[919]

El alcance del principio de legalidad, su eventual flexibilización, y las variaciones que se obtengan, ya sea para las actuaciones en particular, o para el tipo de procedimiento que se desarrolle, necesitan descubrir sus posibilidades reales en el marco del debido proceso adjetivo; pues no siempre los actos procesales afectados por un incumplimiento formal serán convalidados por la inactividad del afectado; como tampoco es factible afirmar que las formas procesales son disponibles para el juez al punto de variar a su antojo el trámite de una etapa procesal prevista reglamentariamente; e inclusive, la propia doctrina del exceso ritual debe esclarecer si relaciona únicamente las formas con la actuación solemne, o se extiende también a las manifestaciones incongruentes del trámite.

Cada uno, en consecuencia, necesita resolver la disponibilidad de las formas en el proceso.

---

las formas, lo que en materia procesal importa una garantía de certeza y de respeto por los derechos del individuo al ser discutidos en instancia judicial, ello no significa que no hayamos comprendido los rasgos de todo exceso y, por tanto, los de la rigidez y del formalismo inerte y exagerado. Sin llegar al reclamo de la libertad de las formas que lleva implícito el peligro del desorden, de la anarquía y aun del abuso de la autonomía de la voluntad en perjuicio de la parte más débil, consideramos que a su vez cabe admitir la solución que nos ofrece el llamado principio de 'elasticidad' del que se mostrara partidario Carnelutti..." (*Economía Procesal*, La Ley, 146-879; reunido también en "Problemática actual del Derecho Procesal" [Libro homenaje a Amílcar Mercader], Platense, 1971, p. 380, y en "Planteos Procesales", Buenos Aires, La Ley, 1984, ps. 115 y ss.).

919. Cfr. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, pp. 230-1.

187. Renuncia al formalismo por acuerdo entre partes

A tono con el planteo inicial de esta obra, el interrogante liminar se repite en estas cuestiones. Si el proceso es cosa entre partes, donde el debate entre intereses contrapuestos es de carácter privado ¿pueden las partes convenir las formas del procedimiento? O, en su caso, si la controversia entre particulares se desenvuelve en el marco de un proceso público donde el Estado participa con la dirección material del juez ¿las reglas procesales se orden anticipadamente por la ley? O también ¿puede el juez cambiar la ordenación prevista desde las normas adaptando el procedimiento con sus propias reglas?

En esta parte procuraremos responder solo la primera cuestión; de inmediato, en el siguiente parágrafo, lo haremos con los temas restantes.

Brevemente, conviene recordar la naturaleza jurídica que tiene el proceso. La tesis privatista, que lo consideró orbitando en el derecho privado, hoy día tiene poco sustento; basta con advertir el poder jurisdiccional que tiene el Estado para observar que el predominio de las partes únicamente se mantiene con las formas del *contrato*, o del *cuasi contrato*, para el arbitraje u otras formas alternativas de resolución de conflictos con trámites informales generalmente consensuados.

En cambio la naturaleza pública del proceso se consolida con la autonomía científica del Derecho Procesal y queda consagrada con la teoría de la relación jurídica.

Ahora bien, la independencia lograda sirvió para orquestar el famoso tríptico esencial (jurisdicción, acción y proceso), donde a cada vértice del triángulo formado por las tres puntas de la mencionada relación jurídica procesal, le corresponde una actuación particular dentro de la unidad teleológica que inspira el Derecho Procesal.

Queremos decir, entonces, que aun cuando la teoría de la relación procesal sea útil y efectiva para destacar criteriosamente los vínculos que traban los participantes del litigio, ellos no necesitan reflejarse en figuras similares de otras disciplinas, precisamente porque el fenómeno procesal es único, y concita derechos, deberes, y obligaciones; en suma, relaciones y situaciones propias, que son distintas de toda otra vinculación entre hombres.

Además, el proceso soporta un compromiso institucional, de raigambre constitucional. Es anterior al conflicto y allí está su verdadera

esencia fundamental. Por eso decimos que es una garantía. De alguna manera tiene carácter abstracto, emparentado en gran medida con el derecho a la jurisdicción.

Lo concreto y de contenido público será la secuencia de actos que confirman la existencia de una teoría de los actos procesales, los que, a su vez, organizan un sistema de principios y presupuestos que hacen a la estructura del procedimiento.

Bien lo expone Rosenberg al indicar que

> ... todo proceso es una relación jurídica, esto es, una relación entre los sujetos procesales regulada jurídicamente [...]. El significado de la relación jurídica procesal se basa en que hace posible una concepción unitaria del proceso, consistente en múltiples actos particulares y situaciones jurídicas [...] El proceso no solo es una sucesión de actos de las partes y del tribunal, sino una unidad jurídica que comprenden las relaciones jurídicas producidas a través de la conducción procesal.[920]

Desde esta perspectiva, a las partes no les es posible modificar ni alterar las reglas del juego (Calamandrei) o el método de debate (Guasp) o los principios de la litis (Carnelutti) para dar como sinónimos cualquiera de las lecturas que del fenómeno se hacen.

Es que la actividad del juez y de las partes integra la noción de proceso, convirtiéndolos en elementos de necesaria presencia para constituir la relación jurídica que entabla un juicio cualquiera. Hay dos componentes básicos, uno *objetivo* que se halla en la pretensión o la petición según se trate de proceso contradictorio o voluntario, respectivamente; y otro *subjetivo*, representado por las personas que inician, impulsan, extinguen o deciden el proceso.

El tercer elemento es la *actividad*, esto es, la sucesión de actos que orquestan el procedimiento que constituyen, en definitiva, la historia del conflicto y su resultado.[921]

De esta manera, en el proceso ocurren los tres cimientos de la ciencia procesal: la *teoría de la acción*, porque desde su medio atendemos la actividad de las partes; la *teoría de la jurisdicción*, ya que por ella estudiamos la actividad del órgano jurisdiccional. La interacción de

920. Rosenberg, Leo, *Tratado de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, pp. 8-9. Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 257.

921. Cfr. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 228.

ambos nutre al proceso, entendido al respecto como un método de debate regido por presupuestos, principios y reglas previamente establecidas que culminan en el juicio jurisdiccional.

De este modo, el enjuiciamiento –noción que nos llega del Derecho Romano y directamente de la ley española antecedente de nuestras leyes procesales– encamina el sistema que instrumenta la ciencia del Derecho Procesal, demostrando que su método disciplina con autonomía una rama del derecho que no necesita del derecho civil (derecho privado) para encontrar características o impulsar desde allí condiciones y presupuestos que no son propios de la ciencia.[922]

Con este emplazamiento, es posible asegurar desde la certidumbre que ofrece el principio de legalidad, que las formas procesales no son disponibles para las partes, salvo contadas excepciones que el régimen dispone, sin afectar en caso alguno el derecho de defensa en juicio.

187.1 Excepciones al principio de legalidad: prórroga de la competencia

Un supuesto posible es la prórroga de competencia hacia jueces extranjeros (o árbitros), oportunamente autorizada por la reforma introducida por la Ley N° 22434 que estableció algunas condiciones: a) que lo dispusieran tratados internacionales; b) que hubiera conformidad entre las partes en asuntos exclusivamente patrimoniales de índole internacional; o c) que no se tratare de un caso donde los tribunales argentinos tuvieran jurisdicción exclusiva y excluyente.

La prórroga puede estar convenida contractualmente, o quedar consentida en oportunidad de trabar la litis. Es decir que impera un criterio amplio para autorizar la extensión jurisdiccional.

922. Cipriani, Franco, *Batallas por la justicia civil, op. cit.*, p. 177. La conducción del juez se rebate con opiniones como la de este jurista quien afirma: "El proceso debe estructurarse de modo tal que permita a cada parte pedir en cualquier momento al juez, en el respeto del derecho de defensa de la otra, juzgar. Hay que, antes que nada, reducir el actual inverosímil plazo para comparecer, de tal forma que se consienta a las partes llegar en tiempos razonables ante el juez. Debe suprimirse la división del proceso en fases, asegurando que el proceso, en línea de principio, esté pendiente de inmediato y siempre en fase de decisión. Luego, el proceso, una vez recompactado, debe ser más elástico, y como tal capaz de adecuarse automáticamente a las exigencias de todas las causas. En distintas y más claras palabras, el proceso no debe ser un gran autobús capaz de transportar también a dos personas, sino un Fiat 500, o si se prefiere un Smart susceptible, según las necesidades, de alargarse y de hospedar también a 100 personas …".

Por su parte, el artículo 2 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dice:

> La prórroga se operará si surgiere de convenio escrito mediante el cual los interesados manifiesten explícitamente su decisión de someterse a la competencia del juez a quien acuden. Asimismo, para el actor, por el hecho de entablar la demanda; y respecto del demandado, cuando la contestare, dejare de hacerlo u opusiere excepciones previas sin articular la declinatoria.

La competencia, por lo general, es improrrogable toda vez que resulta de orden público e interesa al conjunto de la sociedad conocer anticipadamente el juez que debe entender. Sin embargo, algunas cuestiones que concitan solamente el interés privado pueden pactar libremente la competencia (pacto de foro prorrogado); la única limitación radica en la posibilidad jurídica para hacerlo y en la buena fe del acto que lo celebra, con la finalidad de evitar el abuso o eliminar la sospecha hacia jueces de presunto favor.

Esta convención puede ser *expresa* y quedar prevista por escrito con anterioridad a la controversia, de acuerdo con lo establecido en el artículo 1197 del Código Civil; o resultar de la actitud pasiva de la contraparte al contestar la demanda y no cuestionar la competencia elegida.

187.2 Excepciones al principio de legalidad: suspensión de las actuaciones

Se denominan *plazos convencionales* los tiempos procesales que las partes acuerdan sin participación del órgano jurisdiccional. Pueden prolongar la perentoriedad de un plazo, o suspender su curso, debiendo en todos los casos acompañarse el acuerdo al expediente judicial.

El artículo 155 del ritual admite que los plazos puedan ser "prorrogados por acuerdo de partes manifestado con relación a actos procesales determinados"; mientras el artículo 157 reglamenta que:

> Los apoderados no podrán acordar una suspensión mayor de veinte días sin acreditar ante el juez o tribunal la conformidad de sus mandantes. Las partes podrán acordar la abreviación de un plazo mediante una manifestación expresa por escrito. Los jueces y tribunales deberán declarar la interrupción o suspensión de los plazos cuando circunstancias de fuerza mayor o causas graves hicieren imposible la realización del acto pendiente.

Convencionalmente las partes pueden suspender los plazos previstos, como también pueden pactarlo sus respectivos mandatarios por un plazo no mayor a veinte (20) días, necesitando la ratificación de sus mandantes para acordar un término superior.

El plazo de prueba, en principio no suspensivo de acuerdo con el art. 375, puede quedar suspendido por acuerdo entre partes, reanudándose el término a partir de la finalización de la fecha convenida o, en ausencia de ésta, desde la notificación del auto que lo ordena.

187.3 Excepciones al principio de legalidad: convenio sobre costas

En este supuesto, más que un acuerdo sobre la realización de actuaciones procesales, la dimensión del convenio alcanza a la imposibilidad que condiciona al juez para imponer el rumbo de las costas en la sentencia.

La petición de que los gastos causídicos se declaren en el orden causado, por quien reviste la condición de vencedor importa una renuncia expresa al derecho de exigir su pago,[923] habiéndose entendido concordantemente que la renuncia formulada para el caso de no mediar oposición y que fuera aceptada por la contraparte, no puede retractarse con posterioridad.[924]

La renuncia de un derecho disponible aparece como fundamento de esta posibilidad y no se modifica cuando existe conformidad del obligado y no se vulneran ni el interés ni el orden público.

Claro está que el convenio homologado mediante el cual se modifica la imposición de costas, resuelta por sentencia firme, no deviene oponible al letrado que en el evento reviste el carácter de tercero ajeno a dicha

923. Morello, Augusto; Sosa, Gualberto y Berizonce, Roberto, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación*, *op. cit.*, T. II-B, p. 127. Asimismo se agrega que corresponde prescindir de la aplicación del principio objetivo de la derrota al tiempo que cabe liberar al demandado (vencido) de las costas, pues nada autoriza a pensar que no creyera seriamente en la paternidad luego desmentida, y debe descargarse esa condenación accesoria sobre la madre, que aunque victoriosa en la vía judicial, fue quien por sus no justificados cambios de actitudes dio pie para que quedara oscurecida la filiación de la menor. (CNCiv., Sala C, "B., C. P. y otro c. G., F.", 02/03/1984, LL 1984-C, 577).

924. CNCiv., sala E, LL 114-385; "Morello, Augusto M. y otros", 06/08/1963, *op. cit.*, p. 127.

convención.[925] Empero, si no resulta con certidumbre que haya mediado una renuncia, frente a la doctrina que emerge de la posibilidad de renuncia de derechos, tratándose de un supuesto dudoso, debe juzgarse que no ha existido y cabe estar al principio genérico de la imposición de costas.[926]

La eximición de costas a quien ha resultado vencido en una contienda judicial, que implica apartarse del principio de la derrota, debe reunir para que sea procedente características de excepción.

187.4 Excepciones al principio de legalidad: renuncia convencional al recurso

Entre los contenidos del debido proceso, uno de los nuevos integrantes es el *derecho al recurso*,[927] por eso se discute si las garantías son renunciables o pueden acordar modalidades según el interés de las partes.

Cualquiera sea la conclusión que se alcance respecto de la exigencia constitucional de la doble instancia, o las modalidades que se encuentren para su definición, ya sea como derecho a la revisión de la sentencia penal condenatoria o el derecho al recurso en todo tipo de procesos, lo cierto es que en todos ellos la impugnación no varía su naturaleza como derecho disponible.

Con ello se quiere manifestar que sigue vigente el principio dispositivo que pone en claro el carácter facultativo de los medios de gravamen y las vías de impugnación. Basados en esta característica, se podría afirmar que el derecho a recurrir es renunciable. La pregunta concreta es si esa renuncia puede ser pactada con anterioridad al proceso o antes de llegar a la sentencia.

925. La admisión exclusiva de los efectos de las obligaciones concurrentes a la relación que exhibe el abogado acreedor, un condenado en costas y el cliente conduce a consecuencias disvaliosas cuando se presenta cualquier medio extintivo de la obligación –renuncia del letrado a percibir sus honorarios de parte del vencido; confusión de patrimonios entre ellos; compensación de sus créditos– que vincula al vencido en costas respecto del abogado que demanda de este sus honorarios, y pretenda satisfacer entonces su crédito de su cliente (CNFed. Contencioso administrativo, Sala I, "Inti Huasi S.A. c. La Nación y Puntual S.R.L.", 30/10/2001, RCyS, 2001-VI, 50 - RCyS, 2001, 505).
El demandado que asume el pago de las costas en un convenio sujeto a homologación y acepta abonar al letrado del trabajador una suma equivalente al veinticinco por ciento del monto del acuerdo, renuncia tácitamente al límite del art. 277 de la ley 20.744 (del voto del doctor García Allocco) (CCiv. Com. Familia y Trab., Marcos Juárez, "Fernández de Astorga, Mabel M. c. Asoc. de Serv. Direc. Empresarios", 13/08/2002, LLC, 2002, 1225).

926. Gozaíni, Osvaldo, *Costas Procesales*, *op. cit.*, ver parágrafo 13.2 del capítulo II.

927. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional - Debido Proceso*, *op. cit.*, p. 459 y ss.

Aquí la cuestión se instala en el predominio del principio dispositivo, desde el cual queda claro el carácter facultativo de los medios de gravamen y las vías de impugnación.[928]

Si bien es cierto que el derecho al recurso obedece a una razón de política procesal, su vía puede ser renunciada en tanto la declinación no afecte la voluntad de manifestarse en forma espontánea y libre.

Es decir, la estipulación concertada para prestar conformidad con el fallo futuro puede aceptarse como derecho disponible, pero si está perjudicada la libre concertación negocial, o existe adhesión a cláusulas predispuestas, o bien en líneas generales, se vulnera el orden y moral públicos, el acto presuntamente voluntario de sometimiento podría caer por inoperancia de su básico compromiso con la buena fe contractual.

Además, no todos los actos del proceso pueden renunciarse, pues existe un esquema natural que hace a la garantía del debido proceso o del litigio justo, razón por la cual el verdadero problema radicaría en establecer qué actos constituyen manifestaciones incompatibles con la voluntad previamente declarada.

928. En la jurisprudencia se sostiene que el pago del importe del capital e intereses adeudados, sin hacer reserva alguna sobre la continuación del trámite de la queja, importa una renuncia o desistimiento tácito del recurso y vuelve inoficioso todo pronunciamiento al respecto (Fallos: 339:727). No obstante se afirma que: "... La circunstancia de que la apelante haya hecho entrega del certificado de trabajo y efectuado las reservas presupuestarias para cancelar el crédito de demandante y de los profesionales intervinientes, acompañando los respectivos instrumentos y órdenes de pago, no importa una renuncia o desistimiento tácito del recurso por incompatibilidad entre ambos actos procesales, pues la doctrina de la Corte al respecto presupone que el cumplimiento de la condena sea voluntario y no consecuencia de la ejecución forzada de la sentencia y, como surge de los autos principales, el cumplimiento fue consecuencia de la intimación formulada a requerimiento de la parte actora. - En cuanto al fondo del asunto se remitió al precedente A.1384.43. "Anaut", de la misma fecha. - Los jueces Maqueda y Zaffaroni, en disidencia, remitieron al precedente "Ramos" (Fallos: 333:3111) (Fallos: 335:424). Finalmente, se argumenta que, ante el principio general que otorga facultad a los litigantes de apelar la sentencia recaída en los juicios de mayor cuantía, el ordenamiento de forma ha dispuesto restricciones respecto de algunas resoluciones, interlocutorias y providencias simples, así como también de sentencias definitivas relacionando dicha posibilidad con el monto del pleito. Esta política legislativa reconoce un doble fundamento: por un lado lograr mayor economía procesal y evitar el dispendio jurisdiccional consiguiente en los procesos de menor monto económico, y por otro otorgar en esos casos una mayor autonomía de decisión a los jueces de primera instancia. Por otro lado, al establecer la única instancia en estos procesos se abarata sustancialmente su costo, adecuando el procedimiento al valor de la controversia (CNCiv., Sala K, "Malaiu, Gabriel E. c. Kazka, Ludmila", 08/03/ 1993, LL 1993-E, 641, J. Agrup., caso 9409)".

188. Libertad judicial para establecer formalidades

Así como las partes tienen restringido el principio de libertad para consensuar formas de las actuaciones o del procedimiento; no sucede lo mismo con los poderes del juez, quien encuentra más flexibilidad para disponer variaciones en las reglas u ordenar el procedimiento.

El Código Procesal admite en varias disposiciones que el poder de conducción sea actuado con libertad, pero *dentro de los límites establecidos* (art. 34 inc. 5°, CPCCN); en este sentido, los deberes para dirigir el procedimiento y adecuarlo a ciertos principios (*v. gr.* economía procesal) deben analizarse para confrontar su validez o eventual nulidad, teniendo en cuenta la hipótesis ordenada que el juez debe *disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar o sanear nulidades*.

Es esta una disposición paradójica, pues podría el tribunal decretar actuaciones procesales que fuesen nulas o anulables; contradicción que es propia, también, en similares regulaciones adjetivas, como la del art. 36 inciso 1° que pide al juez que tome medidas tendientes a evitar la paralización del proceso, sin que ello se consagre en la praxis en virtud del exagerado principio del impulso procesal a cargo de las partes.

188.1 Límites

Observemos, entonces, cuáles son los límites a la libertad judicial para establecer formalidades. Dicho artículo 34 en los diversos apartados del inciso 5° pone como deberes de los jueces: a) la concentración de los actos para que puedan cumplirse en solo una actuación; b) la ordenación para realizar diligencias que eviten o purguen una nulidad procesal; c) vigilar en la tramitación de la causa la mayor economía (relacionada con lo dispuesto en el punto a), y d) la aplicación del principio de moralidad en el proceso.

Para cumplir estos deberes será *menester mantener la igualdad de las partes en el proceso*.

Los deberes impuestos llevan la impronta de la eficacia de las actuaciones procesales en dos dimensiones fundamentales: *concentración* de la actividad, que significa la reunión de la mayor cantidad de actos a realizar en el menor número de actuaciones. Por eso, la adscripción a la oralidad o a la escritura del procedimiento revelan las posibilidades

reales de cumplimiento; pero la interpretación cabal de la idea está en resumir la actividad a las etapas necesarias, útiles y conducentes, eliminando las que fuesen superfluas o inoficiosas.[929]

Por otro carril transita el principio de inmaculación del proceso, como lo definió Ayarragaray,[930] que persigue la depuración oficiosa de actuaciones eventualmente nulas o anulables; y el comportamiento leal, probo y honesto de las partes.

929. Montero Aroca, Juan, *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad, op. cit.* Sostiene el autor, que estas eran las notas de la oralidad según Chiovenda y su obra general última. En la misma, después de explicar el principio de la oralidad y las objeciones al mismo, entra a analizar "la oralidad y los poderes del juez", estimando que la oralidad y la concentración procesal son principios íntimamente unidos al problema de los poderes del juez. En la actualidad, dice Chiovenda, por un lado la renovada importancia que ha adquirido el libre convencimiento del juez y, por otro, el concepto renovado de la jurisdicción como función del Estado, han devuelto al juez una posición central de órgano público interesado en administrar justicia del modo mejor y más rápido posible. Se trata de asegurar al juez una posición que le haga partícipe activo en la relación procesal y proveerle de la autoridad necesaria para ejercer su función. El juez ha de estar en condiciones de dirigir el proceso y conducirlo hasta su resolución con la mayor celeridad posible compatible con una decisión acertada. Además es conveniente hacerle colaborar en la formación del material de conocimiento, poniéndole en contacto inmediato con las partes desde el momento de la constitución del juicio, de forma que le sea fácil preparar la sustanciación completa de la causa aclarando las dudas, provocando de las partes las indicaciones más importantes de hecho, señalando de la manera más simple las lagunas que haya en su defensa y en sus pruebas. El ejercicio de estas facultades solo es posible en el proceso oral. A pesar de todo, no está demasiado clara cuál fue la opinión de Chiovenda sobre la relación entre el principio de oralidad y el aumento de los poderes del juez, puesto que cabe recordar cómo en otro lugar, y en 1924, había sostenido que "la oralidad por sí misma no requiere un aumento considerable de la injerencia directiva del juez y no debe identificarse con esta. Pueden existir procesos orales (como el actual proceso germánico que, desde este punto de vista, representa un tipo de proceso oral opuesto al austríaco) en los que la injerencia del magistrado es mínima. Y se trata de problemas que cuidadosamente han de considerarse distintos, porque el aumento de los poderes del juez puede encontrar por razones de raza y de costumbres dificultades y resistencias mucho más serias y discutibles de aquellas que pueden oponerse a la introducción de la oralidad". Sobre esos poderes la lectura de las que podemos llamar páginas últimas ilustra que Chiovenda se había mantenido dentro del que debe considerarse respeto a la autonomía de la voluntad y a la garantía de los derechos subjetivos de las partes. Una cosa son los poderes del juez para la formación del material de conocimiento, que quedan limitados por el principio dispositivo, en cuanto este predomina sobre la iniciativa del juez en la fijación de la verdad de los hechos (p. 63) y otra los poderes del juez respecto de los presupuestos procesales, que sí deben ser controlados de oficio (p. 69), y todo ello aparte del principio de impulso de oficio (p. 71).

930. Ayarragaray, Carlos, *El principio de inmaculación del proceso*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1959.

Ambas cuestiones anidan en el terreno del principio de legalidad de las actuaciones (o desarrollo de actos procesales) de manera que la simple reunión de actividades, o el control sobre la conducta de las partes (esta última propia de la calificación que corresponde al principio de moralidad o de buena fe en el proceso) no afectan la libertad de obrar que tiene el juez como director del proceso, salvo que con sus decisiones afecte el principio de igualdad (por ejemplo, si permite actuar como parte en el proceso a quien adquiere el derecho litigioso, sin que la parte contraria lo permita –art. 44, CPCCN–).

188.2 Deberes y facultades del artículo 36

De su lado, el art. 36 instala como *deberes y facultades* (obligaciones y potestades): a) El impulso procesal, disponiendo de oficio las medidas necesarias para que la causa progrese; que cuando se trata de causas donde existen fondos inactivos de menores o incapaces, se convierte claramente en un deber del oficio; b) la conciliación, que incluye la posibilidad de promover la intervención de árbitros o mediadores, o cualquiera figura afín con los medios alternativos para la resolución de controversias; c) ordenar las diligencias necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, con el límite del respeto por el derecho de defensa de las partes; y d) aclarar las decisiones vertidas en la sentencia, a pedido de parte o de oficio, con el límite de no alterar lo sustancial de la resolución adoptada.

Este, a diferencia del anterior, es un punto más sensible, porque el principio trasciende la formalidad simple de la actuación a cumplir, para instalar en el escenario del procedimiento una secuencia importante de potestades de instrucción cuya dimensión se ha considerado exacerbada por un sector minoritario de la doctrina, pero auspiciado por buena parte del denominado "publicismo procesal".

a. Por ejemplo, la conciliación "intra" procesal es una herramienta poco cuestionada en su eficacia, pero no hace al tema específico de la legalidad formal. Es obligación del juez intentar que las partes concilien, como una forma más de pacificar los intereses en conflicto.

   Lo único que, en puridad de conceptos, puede ser cuestionable, es la facultad prevista en el art. 360 inciso 1°, donde la invitación a las partes a conciliar, o a encontrar una forma al-

ternativa para la resolución de la controversia, se convierta en una decisión judicial no consentida ni consensuada, porque en tal caso el juez excedería la delegación jurisdiccional permitida, al derivar la causa hacia un tercero que las partes no han predicho voluntariamente.

b. El impulso oficial, en cambio, se debate en un terreno diferente. Porque si la lectura se ubica desde la perspectiva de las partes, como únicos titulares del interés en que la causa avance, se podría decir que el impulso desde la jurisdicción invade lo que es propio de ellas.
En esta línea se sostiene que

> … un proceso que permitiera reservar las causas que las partes no quieren, al menos por el momento, tratar, en la medida en la cual aseguraría a las partes (no solo el derecho de llegar a la sentencia cuando más lo prefieran, sino también) el derecho de mantener, si bien no al infinito, por lo menos un cierto tiempo las causas en *surplace*, representaría una "inmundicia": "del poder que tienen las partes de disponer la relación sustancial no deriva como lógica consecuencia el poder de arrastrar los litigios ante el juez y de estorbar las salas judiciales por un tiempo más largo que aquel que el juez considera suficiente para hacer justicia; […] nadie fuerza al particular a subir al barco de la justicia; si aquél decide embarcarse, solo a él concierne fijar el inicio y la meta de su viaje: pero, una vez emprendida la navegación, el timón debe ser asignado exclusivamente al juez". Como ya se habrá comprendido, aquí nos situamos ante el encuentro frontal entre dos ideologías. Los *garantistas* encuentran lógico que las partes, siendo libres de disponer de la relación sustancial, gocen de una cierta libertad en el proceso, y agregan que, desde el momento en que los recursos disponibles son limitados, debemos agradecerle al cielo que, sobre cien causas, sesenta no lleguen a sentencia. Los *publicistas*, por el contrario, sostienen que, durante el proceso, la libertad de disponer de la relación sustancial es en realidad solo una concesión[931] y, por lo tanto, aquella no implica disponer de

931. Calamandrei, Piero, *Instituciones*, *op. cit.*, T. I, p. 239, según el cual el legislador de 1940, al disciplinar el proceso civil, habría podido regularse al igual que al disciplinar el CPP y prever "el absoluto imperio del impulso oficial".

los tiempos del proceso, que sería en realidad una "inmundicia": a su parecer, quien sube al barco de la justicia...[932]

De todos modos, no parece demasiado clara esta tendencia, porque el impulso oficial no parece afrentar el principio de legalidad de las formas. En su caso, cumplimenta una regla de avance preclusivo, propio de los procedimientos judiciales. En cuanto a la razón final respecto de la naturaleza invasiva[933] o no de los poderes del juez en la dimensión de los derechos disponibles de las partes, remitimos a otro lugar.[934]

c. Pero donde más se aprecian las distancias es en la iniciativa probatoria del juez en el proceso civil.

---

932. Cipriani, Franco, "En el centenario del Reglamento de Klein", en *Revista ICDP*, Bari, V. 27, N° 27, 2001, p. 896.

933. Ibídem, p. 898. Expresa su sorpresa, como italiano, al pensar que el Reglamento de Klein represente aún la meta a alcanzar, y se llega a preguntar si tal concepción del proceso, que se encuentra a un paso de propugnar la transformación de la jurisdicción en una rama de la administración, aunque claramente incompatible con nuestra Constitución, pueda (al menos) ser útil en la Italia de hoy. Más precisamente puede preguntarse –continúa– si es verdad o no que, imponiendo al juez conducir las causas desde el inicio y sometiendo a las partes a ritmos oficiosos, se obtengan resultados positivos para lograr la aceleración del proceso civil, que representa notoriamente la causa por la cual todos luchamos. Con tal fin, parece preliminarmente oportuno tratar de entender el augurio de Klein de lograr que todas las causas fueran decididas posiblemente en una única audiencia. Aquel augurio, en efecto, ciertamente apreciable en el plano teórico, se revela difícilmente realizable en concreto porque, en el proceso civil, la mayoría de las veces debiéndose asumir algunas pruebas orales, la hipótesis de la causa que (en primera instancia) se define en una única audiencia "no puede ser más que en un caso excepcional". Además, debe evidenciarse que Klein, al sostener que el único modo para asegurar que el proceso llegue rápidamente a la sentencia es sustraer a las partes el poder de conducir el proceso y atribuirlo al juez, parece no tener presentes dos datos de hecho que emergen de la realidad: a) hay casos (pocos o muchos, no importa, pero ciertamente no pocos) en los cuales una parte, generalmente la actora, tiene prisa, mucha prisa, seguramente más prisa que el juez; b) el 60 % de los procesos civiles concluyen en primera instancia sin sentencia.
Podemos deducir que Klein, dando poderes a los jueces para hacer avanzar imperativamente los procedimientos civiles, fuerza una puerta abierta en aquellas causas que también las partes quieren ver decididas y sujeta al tratamiento forzado de aquellas causas que, que de otra manera, dormirían y, tal vez, no llegarían jamás a sentencia. Lo que significa, si no me equivoco, que el discurso de Klein no lleva tanto a acelerar el proceso civil sino más bien a imponer el tratamiento forzado de las causas que las partes querrían, al menos por el momento, mantener en *surplace*.

934. Gozaíni, Osvaldo, *Problemática actual del Derecho Procesal. Garantismo vs. Activismo*, Querétaro, Fundap, 2002, p. 35 y ss.

En efecto, si el dualismo que enfrenta la conducción y dirección del proceso muestra, de alguna manera, el diseño político institucional del ordenamiento adjetivo; al principio dispositivo y la iniciativa de prueba en el juez les cabe resolver una cuestión metodológica.

A su vez, el principio de legalidad inserto como pauta del debido proceso afirmaría el criterio de la imposibilidad de alterar los principios que corresponden a las garantías fundamentales del juez y de las partes; mientras que si admitimos a la legalidad como un principio, es factible encontrar flexibilidades o adecuaciones con las finalidades que la tutela judicial persigue. Quizás por esta característica, el principio suele interpretarse al conjuro de esa confrontación, como si de ello dependiera la pertenencia del proceso y su adscripción a una corriente determinada. La polarización entre el proceso como "cosa entre partes", a veces consigue su identidad en la tipología de lo dispositivo; pero el proceso como "cosa pública" no tiene réplica contra la disposición del objeto procesal.

No vamos a referirnos estrictamente al poder probatorio del juez, sino a señalar si la iniciativa puede alterar el principio de legalidad de las formas, teniendo en cuenta para ello, únicamente el efecto sobre lo puramente procedimental o formal.

La primera lectura puede ser gramatical. De este modo, se colige cuánto puede hacer el juez de acuerdo con las disposiciones procesales aplicables.

En la etapa probatoria, prevista para el sistema del proceso por audiencias del régimen federal (art. 360), los poderes de dirección se acentúan, porque el juez "fijará los hechos articulados que sean conducentes a la decisión del juicio sobre los cuales versará la prueba" (inciso 3°); y "proveerá las pruebas que considere admisibles", debiendo concentrar en una sola audiencia la prueba testimonial (inciso 5°).

Con relación a los medios y fuentes de prueba, se establece el principio de legalidad (solo se producen los medios legislados) pero se amplía a otros que el juez disponga, "siempre que no afecten la moral, la libertad personal de los litigantes o de terceros, o no estén expresamente prohibidos para el caso" (art. 378).

Por su parte, cada uno de los medios de prueba tienen una solemnidad especial que domina el campo del ofrecimiento y que ritualiza, por demás, la producción o actuación de la misma. Cuando se trata de prueba de confesión, el juez puede convertir la absolución de posiciones en un interrogatorio, facultad que es disponible en cualquier estado del proceso (art. 415) y a su libre albedrío. Si bien las partes podrán intervenir, también lo es que ello será posible "siempre que el juez no las declare (a las preguntas) superfluas o improcedentes por su contenido o forma". Una situación similar sucede con el pedido de explicaciones a las partes que se suscita tras la declaración testimonial (art. 438). La prueba de testigos es una clara muestra del poder instructorio, si se observa que el interrogatorio debe calificarse por el juez (o por quien lo reemplace legalmente –art. 442–), y que el desarrollo de la audiencia, tanto en su contenido como en sus alcances, está supeditado a la regularidad que el juez ordene.[935]

935. Aunque no es una extensión del principio de legalidad, el poder de investigación sobre la verdad se aumenta con las disposiciones del art. 452 (prueba de oficio) que dice: "El juez podrá disponer de oficio la declaración en el carácter de testigos, de personas mencionadas por las partes en los escritos de constitución del proceso o cuando, según resultare de otras pruebas producidas, tuvieren conocimiento de hechos que puedan gravitar en la decisión de la causa. Asimismo, podrá ordenar que sean examinados nuevamente los ya interrogados, para aclarar sus declaraciones o proceder al careo".
Aquí la distinción efectuada entre proceso público y proceso privado cobra una significativa trascendencia porque faculta la injerencia del órgano en la continuidad y celeridad del proceso cuando se ventila una cuestión que importa atraer el interés público. Por ejemplo, en los procesos penales y laborales, se privilegia la actividad oficiosa por la naturaleza de la cuestión, desplazando el impulso de los actos hacia el tribunal. En cambio, cuando no existen esas consideraciones sociales, el monopolio de la rapidez en la marcha del juicio reposa en la voluntad exclusiva que las partes dispongan. La iniciativa probatoria no desnaturaliza el principio dispositivo, sino que coexiste con él. En materia probatoria referimos al principio respecto del poder de disposición de los elementos de convicción, sin interesar la relación jurídica procesal. El producto que se obtiene de esta evolución no es político sino de técnica procesal porque facilita alcanzar los resultados axiológicos del proceso sin someterse a los designios interesados de las partes.
El art. 452 faculta al juez a ordenar de oficio las medidas necesarias para el esclarecimiento de los hechos controvertidos, citando a testigos conocidos por vías indirectas (otras pruebas producidas). La facultad del juez no se limita a la citación de personas mencionadas en los escritos de demanda, reconvención, etc., porque se extiende a todas aquellas que podrían tener, conforme a la producción de pruebas en el expediente, conocimiento de los hechos controvertidos, y cuyas declaraciones resulten importantes para la decisión de la causa. El nombre de las personas puede surgir de

Este primer espacio de revisión concluye ratificando el poder jurisdiccional para obrar dentro del proceso, no solo ordenando el material probatorio y los medios que el juez resuelve producir, sino también para decidir cuáles serán los hechos materia de prueba y los mecanismos por los cuales se celebrarán las correspondientes verificaciones. El límite: *no afectar el derecho de defensa de las partes.*

Empero, no es esta la regla de interpretación que suele aplicarse con mayor frecuencia; prefiriéndose ubicar al principio de legalidad como un estándar inmodificable cuando se desvirtúan o afectan las reglas del debido proceso constitucional. En este tramo se instala a la legalidad formal como una regla del debate entre partes. Pervive el criterio de la lucha fatídica, entre parciales que discuten derechos en un plano de igualdad jurídica y ante un tercero imparcial que, controlando las reglas del debate jurídico, espera el tiempo que las partes le indiquen para sentenciar.

Aquí la legalidad formal es una regla establecida en la bilateralidad y contradicción; donde el juez solo asiste al conflicto para resolver la aplicación del derecho, y donde la prueba es solamente una actividad de confirmación de las versiones que las partes han llevado como posiciones contrapuestas.

188.3 Reglas inamovibles y adecuaciones del principio de legalidad

Recapitulemos: El juez puede adecuar el rigor formal de las actuaciones (actos individuales) procurando la mayor agilidad y eficacia, siempre que al resolver la producción no altere el principio de igualdad entre las partes. También tiene potestades suficientes para que la realización del procedimiento (actos generales) se adecue a las formas que indique (art. 319) y a los hechos que expresamente determine (art. 360 inc. 3º), con el límite del respeto por el derecho de defensa de las partes; teniendo presente que el objeto es esclarecer la verdad de los hechos controvertidos (art. 36 inc. 4º).

declaraciones de los testigos, de la absolución de posiciones de las partes, de un dictamen pericial o de cualquier otro medio de prueba producido en el expediente.

Todo lo expuesto está reglado expresamente en las disposiciones procesales, de manera que no habría sorpresa alguna para las partes tal como pretende hallar el garantismo.[936] Si las reglas están y el juez las aplica no hay cercenamiento alguno al derecho de defensa ni se violenta la igualdad en el debate.

Pero es cierto también que una respuesta desde la ley no elude el problema, pues la propia norma puede ser inconstitucional, y la misma actitud judicial ser representativa del más puro exceso discrecional o de la arbitrariedad más absoluta.

En consecuencia, el principio de legalidad tiene la pauta de la razonabilidad (prudencia) y los parámetros del derecho de igualdad entre las partes (equilibrio en las decisiones) y el derecho de defensa (oír y replicar, en su caso).

Vale decir, cuando el juez resuelve modificaciones en la actuación procesal puede alterar sin querer la paridad de reglas para el debate (por ejemplo: al aceptar la incorporación de prueba documental relevante en una etapa precluida para hacerlo; al despachar admitiendo un recurso interpuesto con plazo recién vencido; o incorporando al proceso un escrito ingresado en otra secretaría de actuación, etc.), pero el efecto será la validez para no sobreponer las formas a la sustancia; es decir, dar eficacia al acto jurídicamente relevante para el fin del proceso.

936. Montero Aroca, Juan, *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad*, *op. cit.*: "Los sistemas teóricos que se conocen como de prueba legal y de prueba libre no se refieren a la apreciación de la prueba, sino solo a la valoración de la misma, y antes de entrar en su exposición general, y en la adecuación de nuestro ordenamiento procesal civil a ellos, es preciso delimitar su ámbito de aplicación: a) Negativamente hay que diferenciar entre principio de legalidad y prueba legal. Si la actividad procesal responde en general al principio de legalidad, como dispone el artículo 1 de la LEC, una parte de esa actividad, la probatoria, también está sujeta al mismo principio. En este sentido el principio de legalidad determina cuáles son los medios de prueba, de modo que las partes no pueden pedir ni el juez acordar actividad probatoria que no esté prevista en la ley, y cómo tienen que proponerse y practicarse esos medios, con la consecuencia de que la actividad que no se acomode a lo dispuesto en la ley no puede calificarse de verdaderamente probatoria, ni puede servir para declarar probadas afirmaciones de hechos de las partes. b) Positivamente hay que precisar que la valoración de la prueba se refiere a la eficacia probatoria de las fuentes-medios, pero que son reglas legales de valoración tanto aquellas normas que disponen directamente el valor que debe concederse a una fuente-medio, como las que imponen o excluyen alguna fuente-medio para la prueba de un hecho determinado".

Respecto de las variaciones en el procedimiento, puede haber reglas inalterables en el principio de legalidad; el parámetro lo señala la Constitución y lo reglamenta el código: el *derecho de defensa se debe mantener en todo tiempo y circunstancia*, y no se puede sacrificar el *principio de igualdad*.

Vamos a reconocer que este planteo puede ser polémico cuando las visiones son tan distantes. No es igual la mirada de quien analiza el fin del proceso desde la actividad de las partes respecto del que lo hace desde la función jurisdiccional.

Por eso, en materia de prueba, la dialéctica se presenta sinuosa al pendular entre quienes exponen que los hechos se presenten como versiones adaptadas de la realidad vertida; o que se exija a las partes (art. 45) actuar con una mínima pauta de razonabilidad, impidiéndoles que articulen hechos irreales o ficticios, pues la conducta en el proceso se debe revelar en todas las actuaciones amparadas por la lealtad, probidad y honestidad (art. 34 inc. 5° ap. d).

También podemos admitir que hay principios inocultables que sostienen tradicionalmente la legalidad del sistema y que son inamovibles (aporte de los hechos por las partes; congruencia del juez con ellos al tiempo de valorar y pronunciar sentencia; imparcialidad del juzgador; control de la prueba por ambas partes; etc.); del mismo modo, se asiente que la persecución de la verdad absoluta tiene límites mensurados con principios propios de la llamada prueba legal (*v. gr.* las presunciones *juris et de jure*; imposibilidad de practicar ciertas pruebas en determinados procesos; etc.); y también se consiente que, a veces, la actividad probatoria tiene plenas dificultades para asumir iguales condiciones generales: por ejemplo, en el proceso penal es el fiscal quien debe investigar y probar porque el procesado tiene un argumento de resistencia suficiente con la presunción de inocencia; mientras que en los procesos sociales (*v. gr.* cuestiones de estado, familia, laborales, etc.) podría comulgarse con la idea fuerza de un deber de colaboración de todos los operadores jurídicos en lograr la resolución justa sobre la base de hechos probados que sean auténtico reflejo de lo ocurrido en el conflicto.

En fin, entre tantas situaciones no se descarta también la influencia de la conducta de las partes, que con sus propias actitudes pueden eludir que sea la verdad un fin del proceso. Simplemente con admitir o reconocer un hecho afirmado por la contraria, se evita la prueba, y

se aplica un justificativo para la apreciación (darle un precio a ese acto voluntario) que tendrá en la sentencia.

189. Exceso ritual manifiesto

Como cierre de estas meditaciones se comprueba que el principio de legalidad no pretende encumbrar las formas sobre la verdad a esclarecer. Se deduce así que tanto la adaptación que se ordene para las actuaciones procesales como la modificación de los procedimientos tienen parámetros flexibles que solamente son inválidos cuando afectan el derecho de defensa de las partes, o no se respeta el principio de igualdad.

La doctrina del exceso ritual ha desarrollado una casuística que analiza cada situación. En general, la jurisprudencia se explana en dos niveles: cuando existiendo requisitos formales a cumplir para la celebración de un acto procesal determinado, el mismo se concreta en forma tardía o deficiente, pero siendo trascendente el tema, se da por superado el error para poder inquirir en la "verdad jurídica objetiva"; y cuando se alteran las reglas del procedimiento reglado por considerar que su mantenimiento constituye un ritualismo estéril cuyo apartamiento se puede justificar.

189.1 Escritos dejados en secretaría equivocada

El requisito sobre el lugar donde se deben cumplir los actos procesales tiene connotaciones muy importantes. A veces el error se convalida por la ausencia de impugnación, mientras que en otras se considera que es una nulidad insanable.

El problema deviene con el cargo colocado en el escrito judicial porque si este da fecha cierta, podría quedar convalidado el acto que, de otro modo, sería inoficioso. Por ejemplo, es común que el recurso extraordinario se presente donde se encuentra el expediente, siendo esto un error inexcusable pues la ley claramente dice que se debe interponer ante el superior tribunal de la causa que dictó la sentencia definitiva.

Por ello la presentación errónea impide que se les pueda otorgar validez y tiene por consecuencia que no se consideren los cargos puestos en ellos, pues –salvo circunstancias excepcionales– se configura un error inexcusable debiendo recaer sus consecuencias sobre quien lo cometió, único culpable de la situación planteada.

189.2 Escritos o actuaciones realizadas fuera de término

En estos casos el tiempo de los actos suscita una controversia natural que permite interpretaciones asimétricas. A veces se confirma la actuación para evitar el exceso ritual manifiesto, con el repetido argumento de evitar ficciones que anulen el principio de la búsqueda de la verdad jurídica objetiva y con lesión al derecho de defensa y debido proceso legal.

> Razones de justicia y equidad hacen que no deba incurrirse en un exceso ritual manifiesto, con directa violación del derecho de defensa, frustrando una justa expectativa del litigante, en desmedro de la verdad objetiva, frente a la exigüidad de la demora de presentación del recurso –cinco minutos–, haciendo excepción, dadas las particularidades del caso –una indisposición de salud del presentante– a los principios de perentoriedad de los plazos procesales –art. 155, CPCCN– y de extemporaneidad.[937]

Sin embargo es más corriente ver la expulsión de estos escritos inoportunos que se tienen por no presentados, inexistentes, inoficiosos o directamente nulos, para abreviar las nomenclaturas de rechazo que merecen.

189.3 Actuaciones con errores formales

En estos fallos la atención se focaliza en aquellas actuaciones que no siguen a pie juntillas el ritual, pero como la alteración no es trascendente, el vicio queda purgado por la doctrina del exceso ritual. Esta figura de creación jurisprudencial exige analizar caso por caso, desde que no es posible establecer un límite preciso entre el exceso ritual y el respeto por las formas procesales, entre el rito (concepto razonable) y el ritualismo (concepto irrazonable), entre el uso y el abuso de las formas, por lo que es misión del juzgador intentar compatibilizar todos los intereses en juego.

En algunas provincias –como Buenos Aires– se admite el *recurso de nulidad extraordinario* cuando las formas se violentan afectando la seguridad jurídica. Así se ha dicho que

> Resulta un exceso ritual otorgar el carácter de confesión a una respuesta brindada por la actora en oportunidad de absolver posiciones, en el marco de una acción por daños y perjuicios –en el caso, sufridos por la

937. CSJN, Fallos: 301:444.

muerte de su compañero producida por un enfermo psiquiátrico que escapó del hospital público–, en el sentido de reconocer la ausencia de aporte económico alguno durante toda la vida por parte del concubino, toda vez que tal respuesta se halla en colisión con el resto de las probanzas y ha sido producto evidente de un error.[938]

189.4 Otras informalidades que se convalidan

Son muchas más las discusiones que se abren entre la aplicación inflexible de los ritos procesales, creando una suerte de culto a las formas; respecto de quienes consideran siempre aplicable la doctrina del exceso ritual manifiesto.

La diversidad de casos hace imposible resumir jurisprudencia confrontada pues también la inconsistencia proviene de la propia Corte Suprema de Justicia de la Nación que, desde la aplicación de la Acordada N° 4/2007 en la técnica de formalización del recurso extraordinario federal, insiste en cultivar el formalismo estéril que nada colabora en el objetivo de confiar en los jueces.

No constituye exceso ritual manifiesto la orden de desglose de un escrito que ha sido presentado sin las copias respectivas en el plazo previsto por el ordenamiento legal –art. 104 Código Contencioso Administrativo y Tributario de la Ciudad de Buenos Aires–.[939]

Resulta válida la orden de allanamiento extendida indicándose el número y la calle del inmueble y el nombre de la persona que vivía allí, pese a que no se indicara el departamento si, de las constancias de la causa, surge que los datos establecidos fueron idóneos para cumplimentar en forma acabada el requisito de especificidad –en el caso, al concurrir a la casa de la

938. SC Buenos Aires, "Alba, Antonia E. y otro c. Municipalidad de Trenque Lauquen", 27/10/2004, LLBA, 2005 [febrero], 44 - RCyS, 2005-VII, 139. La CSJN orienta al afirmar que [...]: "A pesar de que debe ser reconocida la trascendencia de las técnicas y principios tendientes a la organización y el desarrollo del proceso, no puede admitirse que dichas formas procesales sean utilizadas mecánicamente, con prescindencia de la finalidad que las inspira y con olvido de la verdad jurídica objetiva, porque ello resulta incompatible con el adecuado servicio de justicia" (Fallos: CIV 073989/2010/CS001 del 18/12/2018). O cuando afirma que [...]: "Adolecen de un injustificado rigor formal aquellas sentencias que son fruto de una sobredimensión del instituto de la preclusión procesal al hacerlo extensivo a un ámbito que no hace a su finalidad" (Fallos: 340:979).

939. C. Apel. CAyT Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Sala II, "G.C.B.A. c. Aseguradora Ind. Cía. de Seguros", 21/08/2001, DJ 2001-3, 941.

vecina, esta pudo indicar en qué departamento vivía la persona que figuraba en la orden– ya que, requerir más precisiones, cuando la investigación estaba en sus comienzos, resulta un exceso ritual manifiesto que conspira contra el equilibrio que debe existir en un estado de derecho, entre el interés represivo del Estado y la protección de los derechos individuales.[940]

190. La modificación por el juez de las reglas formales de procedimiento

La elasticidad de las formas sin violar el principio de igualdad entre las partes admite que el juez pueda disponer que algunas actuaciones procesales se cumplan de manera diferente a las que el ordenamiento señale.

Aquellas que corresponden a la debida instrumentación del proceso son invariables. Por ejemplo, el emplazamiento a estar a derecho y la notificación personal de la demanda debe hacerse por la oficina de notificaciones representada por el oficial público que la represente; dicho esto para afirmar que la notificación por escribano que introdujo la reforma de la Ley N° 25488 al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación no es aplicable.

El art. 339 del orden adjetivo comienza indicando que la "citación se hará por medio de cédula…", rodeando el acto de formalidades esenciales, como el aviso a quien se encuentre, ante la ausencia ocasional del accionado, que se pasará al día siguiente para comunicarle personalmente el emplazamiento. Este es un procedimiento formal y solemne, cuya omisión permite declarar la nulidad de la diligencia (art. 345, CPCC) pese a que el objeto del acto se pueda realizar por una vía mejor o se consigan iguales resultados. De igual exigencia ritual en el trámite del juicio ejecutivo es la intimación de pago, la citación para oponer excepciones y la sentencia (art. 543, CPCC).

En suma, se trata de resguardar el derecho de defensa en momentos claves de la regularidad de la instancia. En cambio, hay etapas que, establecida la bilateralidad del contradictorio, el juez puede ordenar que se cumplan siguiendo un formalismo distinto al reglamentado.

940. TS Córdoba, Sala Penal, "Medina, Sergio H. y/u otro", 05/03/2001, LLC 2001, 1128.

La urgencia en comunicar un acto que obliga a la premura puede realizarse con la intervención de un notario; o practicarla el juez por vía telefónica directa con el interesado o su representante legal; o compareciendo el secretario al domicilio de quien debe ser informado.

La celebración de audiencias de testigos en los despachos de abogados es una modalidad aceptada en este espacio, aunque de ser resistida por una o ambas partes, obliga al uso de los esquemas tradicionales. También, en esta línea, la conservación del medio de prueba se puede cumplir con soportes tecnológicos que eviten la transcripción en actas de los testimonios.

Capítulo XXV
El principio de bilateralidad

191. Definiciones

El principio de bilateralidad recibe distintas denominaciones, todas ellas asociadas a otras garantías (*v. gr.* defensa en juicio, igualdad, debido proceso), principios (*v. gr.* contradicción; impugnación) y reglas (*v. gr.* comunicación de los actos procesales, eventualidad, preclusión). Por tanto, tiene varios frentes de abordaje, aunque la referencia común sea la dualidad de partes en el conflicto.

Esta condición lleva a considerar su presencia únicamente en los procesos contradictorios, que lleva a nominarlo, por eso, como "principio de controversia". No obstante hay quienes con autorizada opinión sostienen que

> Puesto que cada una de las partes tiene interés en la justicia del resultado del proceso solo en los límites en que este le favorece, se entiende que una garantía principal de dicha justicia debe consistir en la colaboración de ambas, la cual, dada la oposición de sus intereses, se desarrolla mediante el contradictorio. El *contradictorio* es la regla del proceso contencioso tanto cognitivo como ejecutivo, si bien en este último sea menos importante [...] pero también el proceso voluntario, en sus más graves especies, puesto que el asunto atañe siempre a un conflicto de intereses, usa de él.[941]

La discusión sobre el alcance carece de relevancia si tenemos en cuenta que la bilateralidad se refiere más al derecho a ser oído, que al encuadre técnico de tener dos partes confrontando, como parece señalar la doctrina alemana cuando presenta al principio como de *"dos partes"*.[942]

El origen se encuentra en la máxima *audiatur et altera pars*, que es la razón que la justifica, a tono con las garantías de igualdad constitucional y derecho de defensa. Pero la garantía de plantear posiciones

941. Carnelutti, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil, op. cit.*, p. 184.
942. Leilble, Stefan, *Proceso Civil Alemán, op. cit.*, p. 86.

propias o ejercer el derecho de defensa puro es una potestad del emplazado, y una contingencia de cumplimiento.

Esta eventualidad de la contradicción no afecta el principio fundamental, pues como dice Clemente Díaz:

> Nunca será posible llegar a la neutralización del principio, sino al desplazamiento de la oportunidad del contradictorio [...]. Interpretando el principio procesal a través de la garantía constitucional, se ha dicho que solo importa que el litigante debe ser oído y encontrarse en condiciones de ejercer sus derechos en la forma y con las solemnidades que establecen las leyes procesales, pero no exige la efectividad de ese derecho, ni impide la reglamentación de la defensa en beneficio de la correcta substanciación de las causas.[943]

En suma, el principio de bilateralidad puede ser una garantía concreta del proceso cuando se interpreta en el contexto del derecho de defensa, al que referimos como garantía implícita, pero también admite enfocar la cuestión desde el plano de los principios.

En este aspecto, la bilateralidad se mide por los resultados que se esperan, de modo tal que puede tener puntos de vista distintos que son posibles merced a recordar que, si hablamos de principios, referimos a orientaciones de política y diseño para los procedimientos.

Cuestión también advertida por Peyrano cuando dijo que, conjuntamente con el principio dispositivo y el inquisitivo: "debe computárselo (al principio de contradicción) entre los principios procesales de mayor contenido 'político'. A punto tal que su consagración dentro de un ordenamiento es un claro síntoma de la filiación democrática de este".[944]

192. La bilateralidad como sistema

La bilateralidad se puede desprender de otros significados y adoptarse como sistema. Como tal piensa en una estructura para el procedimiento que parte de la participación de interesados en igualdad de consideraciones y posibilidades, para que puedan dialogar y ejercitar

943. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, Parte General, T. I, pp. 214-215.

944. Peyrano, Jorge Walter, *El Proceso Civil, op. cit.*, p. 145. En este punto cita a Eisner, Isidoro, *Planteos Procesales, op. cit.*, p. 52.

un conjunto de controles, reacciones y proposiciones dentro de esa estructura. De este modo construye un esquema dialéctico que tiene presupuestos y condiciones de validez y regularidad para considerar que existe un proceso.

Comoglio, por ejemplo, afirma que

> … en Alemania el principio de contradicción se concreta con perfiles constitucionales (*Rechtsschutzeffektivität*) gracias a un triple orden de situaciones subjetivas procesales, que le asigna a cualquiera de las partes los siguientes derechos: a) de recibir adecuada y oportuna información sobre las actividades que la otra parte ha realizado durante el curso del litigio; b) a defenderse activamente, pudiendo contestar cada cuestión de hecho o de derecho que sea relevante para la decisión de la controversia; y c) de pretender que el juez, a su vez, tenga en consideración sus defensas, sus alegaciones y pruebas, al tiempo de resolver.[945]

En esta perspectiva, la dimensión constitucional asienta en el derecho a ser oído expresamente, dando preeminencia a los mecanismos de comunicación previa a la decisión. Por lo cual, no es un sistema en sí mismo, sino la obligación de resguardar actuaciones que se consideran insoslayables para que el proceso no tenga causas de nulidad.

Por su parte, Alvarado Velloso vincula la idea de proceso con la necesidad de organizar un método de debate dialogal y afirma que

> … la razón de ser del proceso no puede ser otra que la erradicación de la fuerza del grupo social, para asegurar el mantenimiento de la paz y el respeto de las normas que al regular la convivencia atribuyen derechos a las personas, derechos que el Estado-juez debe garantizar a todos sus titulares. Así concebido, el proceso no es meta a cumplir o lograr, sino, en cambio, método para llegar a una meta. De tal forma, se presenta lógicamente como un instrumento neutro para la consecución de su objeto: la sentencia […]. Por eso es que el mejor intento de hacer justicia en un caso concreto no puede vulnerar el método mismo de la discusión […]. En el campo del proceso, igualdad significa paridad de oportunidades y de audiencias; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no puede constituir respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento similar a ambos contendientes. La consecuencia natural de este principio

945. Comoglio, Luigi, "Contraddittorio (Principio del)", en *Enciclopedia Giurídica*, Roma, Istituto della enciclopedia italiana, V. XXV, 1997, p. 6.

> es la regla de la *bilateralidad o contradicción*: cada parte tiene el irrestricto derecho a ser oída respecto de lo afirmado y confirmado por la otra. En otras palabras: igualdad de ocasiones de instancias de las partes.[946]

Desde esta posición la bilateralidad no es un espacio dispuesto para lo fáctico, sino la imposición de una regla inalterable que responde a la exigencia de oír siempre a todas las partes antes de resolver.

Millar, en una obra clásica en la materia, sostenía que el principio de contradicción obliga a que ambas partes sean oídas, porque es un concepto inseparable de la administración de justicia que encuentra igual expresión en el precepto romano *audiatur et altera pars*, y en el proverbio en rima de la Alemania medieval: *Eines mannes red ist keine red, der Richter soll die deel verhoeren beed, (la alegación de un solo hombre no es alegación; el juez debe oír a ambas partes)*.[947]

192.1 El problema con las medidas cautelares

Ahora bien, el pensamiento expuesto reconoce limitaciones o postergaciones al aplicar el postulado. En materia cautelar se tolera tomar decisiones que aseguren la eficacia de la medida, llevando la comunicación del acto al tiempo después de la efectivización. Dilación que algunos consideran inconstitucional al punto de sostener que las propias diligencias precautorias son inconstitucionales por violar el derecho de bilateralidad y contradicción implícito.[948]

946. Alvarado Velloso, Adolfo, *La imparcialidad judicial y el sistema inquisitivo de juzgamiento*, *op. cit.*, p. 228.

947. Millar, Robert Wyness, *Los principios formativos del procedimiento civil*, Buenos Aires, Ediar, 1945, p. 47.

948. La Corte Suprema de Justicia (en pleno) de Venezuela, resolvió el 21 de mayo de 1996, en una acción de amparo deducida como autosatisfactiva que "... considera esta Corte que el artículo 22 de la Ley Orgánica de Amparo sobre Derechos y Garantías Constitucionales, en cualquiera de las formas en que tal acción se plantee (autónomamente, de modo conjunto con el recurso de nulidad o con la acción de carencia, o bien, con la acción popular de inconstitucionalidad), implica siempre el riesgo, de que la aplicación de dicho artículo niega que pueda establecerse el contradictorio; esto es, el llamamiento del presunto agraviante y la confrontación de sus alegatos y pruebas con las del presunto agraviado, por lo cual ha sido tildado de inconstitucional. La aplicación del amparo *inaudita* parte, choca a quienes consideran esencial la confrontación entre el actor y los que podrían quedar afectados por la procedencia de la medida, lo cual evita errores e impide que se cometan injusticias. El derecho a la defensa es principio absoluto de nuestro sistema en cualquier procedimiento o proceso y en cualquier

La tendencia se fundamenta, entre otros motivos, diciendo que

> El hecho de que las medidas cautelares puedan ser dictadas sin audiencia de parte y solo en consideración del mérito de las afirmaciones o proposiciones realizadas por el solicitante, es causa frecuente de error judicial y la consabida violación de los derechos del afectado. Al mismo tiempo, tal esquema supone un permanente obstáculo para el ejercicio correcto de la función judicial, en cuanto alienta la formación de un juicio por intuición (subjetivo) y no cognoscitivo (objetivo), de por sí arbitrario e injusto, porque descansa en un exceso de confianza en la función jurisdiccional, no sometida a controles legales. A ello se le debe sumar que la ley no ofrece un sistema de revocación cautelar flexible y expeditivo, por lo que el litigante que ha obtenido una medida cautelar dispone de recursos procesales para evitar la modificación de la medida obtenida y mantener una posición de supremacía con respecto a su adversario, lo que viene a alterar la posición de igualdad que las partes deben ostentar en el proceso.[949]

De más está decir la resistencia absoluta que esta orientación dirige contra las medidas autónomas o autosatisfactivas, que son aquellas que, de manera breve, urgente y a través de un procedimiento de cognición o contradictorio limitado, acuerdan una determinada pretensión para evitar un daño irreparable o de difícil satisfacción a una de las partes.[950]

---

estado o grado de la causa. Sería así contradictorio que, en materia de amparo, el propio Juez constitucional al proteger un sujeto contra la violación o amenaza constitucional, produjese a su vez una lesión de tal índole a la eventual contraparte, al afectar el derecho consagrado en el artículo 68 constitucional".

949. Irún Croskey, Sebastián, *Medidas Cautelares*, en bibliografía de la página del Instituto Panamericano de Derecho Procesal (www.institutoderechoprocesal.org).

950. Más que medidas cautelares, se ha entendido que se trata de verdaderos procesos, aunque breves, sumarios y urgentes, pues no cumplen con los requisitos de dependencia e instrumentalidad propios de toda medida cautelar. Distinto es el caso de las medidas cautelares anticipadas, que son aquéllas que se solicitan y acuerdan antes de la interposición de una demanda o bien del inicio de un procedimiento administrativo, cuando el peligro en la mora haga temer que no es posible la espera hasta el comienzo del procedimiento, sin que se produzcan daños irreparables, y, por tanto, se justifica el adelanto de su adopción (Calamandrei, Piero, *Providencias Cautelares*, Bibliográfica Argentina, 1945, ps. 53 y ss.). No obstante, siguen siendo accesorias e instrumentales en relación con ese procedimiento que ha de iniciarse con posterioridad, pues su finalidad es el aseguramiento de la eficacia de la decisión de fondo que ha de dictarse en ese procedimiento principal. Además, la ausencia del inicio oportuno de dicho procedimiento o de la posterior ratificación de la medida en el curso del mismo, según disponga el ordenamiento jurídico de que se trate, implicará el decaimiento de la medida, pues, se insiste, debe ser aneja y dependiente del mismo, aunque se

Eugenia Ariano Deho, defensora a ultranza de la bilateralidad como sistema inalterable, sostiene que en materia cautelar:

> Lo que hace extremadamente peligroso ese poder general de cautela que se le ha dado al juez peruano es el método del CPC para su ejercicio. En efecto, -agrega- nuestro CPC ha establecido un procedimiento uniforme en materia cautelar estructurado de tal forma que se presta a ser utilizado para cualquier cosa menos que para asegurar la efectividad de la tutela jurisdiccional. Así el artículo 637 del CPC establece que, en todos los casos, la petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, la cual, en caso de estimación, podrá apersonarse al proceso tras la respectiva ejecución y notificación de la resolución cautelar. Pero tal apersonamiento, nótese, solo será para apelar de la resolución, contando, para ello, con el brevísimo plazo de tres días (que es para apelar de los autos). Si partimos de la premisa de que no puede haber ningún tipo de tutela jurisdiccional sin debido proceso (lo que nos dice el artículo I del CPC), y que no puede haber debido proceso sin (posibilidad de) audiencia al contrario, el método general establecido para conceder *cualquier medida cautelar es por demás inconstitucional* en cuanto coloca al denominado afectado prácticamente en una posición de absoluta indefensión.[951]

---

acuerde de manera adelantada. En el ámbito del procedimiento administrativo son estas, las medidas anticipadas, las que pueden ser expedidas, de lo que se concluye que no hay medidas plenamente autónomas en vía administrativa, menos aún si son de gravamen, pues se trataría de una limitación indefinida en el tiempo, lo cual la haría inconstitucional" (TS de Justicia de Venezuela, 31/03/2008).

951. Ariano Deho, Eugenia, "¿Jugar a ser Dioses? La discrecionalidad del juez en el proceso cautelar", en *Suplemento de Análisis Legal del Diario El Peruano*, Año I, N° 3, 2004. Agrega allí la profesora titular de la Universidad Mayor de San Marcos: "... Ahora bien, este peculiar método de concesión de las medidas cautelares, en abierta violación de la esencia fundamental del proceso, se suele justificar diciendo que no es que no haya audiencia al contrario, sino que ésta, para asegurar la efectividad de la medida, está solo diferida. Ello no es cierto, al menos en el Perú, pues no es que el juez de la cautela difiera la audición del contrario, sino que simplemente no lo escucha (ni antes ni después), ya que el único camino que tiene el afectado, como ya se dijo, es apelar. O sea, que quien podría oír al afectado es un juez distinto del que dictó la medida cautelar. En el entretanto, de haber apelación, la medida despliega todos sus efectos sin que nuestro afectado pueda hacer nada para defender sus intereses ante el juez que la emitió. Este esquema de concesión previsto por el CPC para cualquier medida cautelar reproduce aquel que el Código derogado de 1912 había establecido para la concesión del embargo preventivo, y hay que decir que conceder un embargo inaudita *altera parte era* (y es) muy razonable, pues lo contrario implicaba (e implica) el riesgo de que los bienes se pusieran (y se pongan) a buen recaudo. Pero el Código de Procedimientos Civiles de 1912 sí había considerado la audiencia diferida del afectado pues tras la eje-

192.2 Las reglas mínimas de la construcción o sistema

Esta tendencia arma el principio de contradicción como base de un sistema donde la bilateralidad se entiende desde la ideología pensada para el proceso.

En efecto, el señorío de los sujetos que se convierten en partes de la controversia no admite ni tolera facultades materiales del juez para el desarrollo. Esto comprende al *principio dispositivo* conforme al cual el magistrado solo deberá sentenciar conforme lo alegado y probado por las partes; refiere al impulso procesal, persiguiendo que sean únicamente

---

cución del embargo el embargado podía, a su *libera electio*, o apelar u oponerse ante el propio juez que lo había dictado (artículo 241) y así obtener su levantamiento. La posibilidad de oposición ante el mismo juez que dicta la cautelar incomprensiblemente ha desaparecido en nuestro actual ordenamiento, quedando solo la posibilidad de apelar y la más tibia de pedir la variación (no la revocación) de la medida *ex* artículo 617 CPC ante el propio juez de la cautela y, aquí sí, previa audición del contrario. Ahora, yo creo que no hay que pensar mucho para darnos cuenta de que una cosa era (y es) un embargo, en donde era (y es) razonable que no se dé audiencia previa (pero sí diferida) al sujeto cuyos bienes se va a embargar, y cosa distinta cualquier otra medida con contenido incierto, que se adopta "oyendo" únicamente al solicitante y en donde el "afectado" se encuentra, ante los hechos cumplidos, solo con la posibilidad de apelar, es decir, prácticamente atado de manos frente al uso (que bien puede ser un abuso) del poder general de cautela. Pero lo curioso es que el juez también procede *inaudita altera parte* cuando deniega la medida solicitada. Ello no tiene explicación, pues si el juez, *in limine*, considerara que no existe la necesidad de dictar una medida, ¿no sería lógico que se oyera a la parte contraria y así emitir una resolución que produjera sus efectos en relación con ambas partes? Pues nuestro CPC dice categóricamente que no. Es más, si la resolución denegatoria es apelada, no solo no se notifica al contrario, sino que el superior absolverá el grado sin admitirle intervención alguna (así el último párrafo del artículo 637 CPC). ¿Tiene sentido esto? ¿Tiene sentido que sabiendo nuestro potencial afectado que se ha solicitado una medida cautelar en su contra no pueda siquiera tener la oportunidad de decir lo suyo? Pero hay un dato más que agregar: este método se aplica también cuando, conforme con los artículos 608 y 636 del CPC, la medida se pide antes de iniciado aquel proceso cuya efectividad estaría (de concederse) enderezada a asegurar. Ello determina que no pocas veces la medida se pide para fines no precisamente "asegurativos" sino directamente "satisfactivos", en cuanto ella misma sirve para lograr la "tutela" deseada. Todo ello sin (debido) proceso y sobre la piel del afectado, que luego tendrá que hacer malabares, con los pocos instrumentos puestos a su disposición por nuestro ordenamiento, para reponer las cosas al estado anterior. Se suele decir que solo Dios, para juzgar, no necesita proceso. Yo agregaría que "no solo" Dios puede juzgar sin proceso, sino también el juez civil peruano, el que, la más de las veces, tras la máscara de estar concediendo una tutela meramente cautelar, en el fondo, está concediendo una ilegítima tutela con efectos difícilmente reversibles. Y creo que no es bueno que los humanos juguemos a ser dioses".

los litigantes quienes mantengan el interés en la causa; supone que sean éstos quienes aporten los hechos y elijan la prueba, sin que tenga el juez potestad alguna sobre ella (el monopolio de la iniciativa probatoria es de las partes), como tampoco podría realizar un control sobre la regularidad de la instancia, existiendo defensas y excepciones a través de las cuales cualquiera de las partes podría denunciarlas.

Ni más ni menos que el ejercicio activo del derecho de defensa llevado al extremo de usarlo no solo como fundamento, sino además, como un derecho de contrastar a la contraparte y de censurar la actuación judicial.

Esta construcción metódica que afinca y tiene origen en la concepción liberal del proceso del siglo XIX, afirma en el dualismo de posiciones la esencia misma del debate dialéctico, trascendiendo la finalidad técnica para diseñar un modelo donde la contradicción no pueda ser evitada bajo ningún justificativo.

193. La bilateralidad como principio

La bilateralidad también se puede entender desde el prisma de lo constitucional y asentar los motivos en el *principio de igualdad*, conforme al cual cada parte debe tener oportunidades idénticas y soluciones equidistantes; asimismo, se razona con el derecho de *defensa en juicio* conforme al cual nadie puede ser condenado sin ser oído;[952] y en esencia, se consagra como derecho a la bilateralidad de la audiencia.

Cierta parte de la doctrina la instala como una garantía de *contradicción estática*, en el sentido de apuntar solamente a la exigencia de evitar que el juez resuelva sin haber dado intervención a ambos contendientes; por lo cual otros prefieren interpretar que la garantía es *dinámica* sin afectar al derecho de defensa ni a la igualdad formal. De este modo, el contradictorio establece las relaciones entre los ti-

952. Eisner, Isidoro, *Planteos procesales, op. cit.*, p. 52. Decía Eisner que el principio de contradicción es acatado durante todo el desarrollo del proceso organizado según nuestros regímenes políticos. Y el sistema de las notificaciones mediante cédulas, telegramas, edictos, notas y otros medios de hacer efectivas las vistas y traslados, no es sino la reglamentación procesal del derecho constitucional de defensa en juicio.

tulares de intereses contrapuestos, pero también vincula y organiza a las mismas partes con el juez.[953]

Se trata, entonces, de resguardar la paridad de armas (posibilidades), ya sea para hacer valer pretensiones como para demostrar razones y fundamentos, ante un juez imparcial. Concepto, este último, que introduce una garantía autónoma. Ella se traduce como una lectura propia de la bilateralidad, desde la cual se quiere evitar la influencia de factores extraños al equilibrio que debe preservar el desenvolvimiento de la litis.

En tal sentido, el ejercicio del contradictorio no puede quedar a merced de la discrecionalidad judicial ni a la iniciativa que las partes dispongan, porque si es una garantía, como tal se aplica en todo espacio de los procedimientos.

> Sostiene Coelho Nunes que hay dos maneras de obrar la bilateralidad: a) en forma *preventiva*, anticipando (forma genuina) a la resolución el pedido a las partes para que se expresen; y b) en forma *sucesiva*, posponiendo (forma impropia) las manifestaciones de una de esas partes con el fin de conseguir que la decisión adoptada tenga eficacia.[954]

Ahora bien, el derecho a la contradicción no es igual que la bilateralidad de la controversia. Mientras el primero se reduce a la posibilidad de alegar, de modo que es una facultad; el segundo es indeclinable, por ser una garantía. Por ejemplo, si la contradicción fuera puesta como principio, en cualquier proceso no podría faltar la comunicación que anticipe formalmente la previsión de un resultado; y al mismo tiempo, impediría que el juez resolviera sin sustanciar la petición. En cambio, si la atención se pone en faz operativa de la garantía y se resuelve como *principio de bilateralidad*, el juez no tiene obstáculos para decidir, siempre que haya dado oportunidad de oír, y de revertir la sentencia adoptada cuando se pronuncia sin audiencia de la contraparte.

953. Cfr. Andolina, Italo; Vignera, Giuseppe, *Il modello costituzionale del processo civile italiano*, Torino, Giappichelli editore, 1990, p. 159.

954. Coelho Nunes, Dierle José, "O Princípio do contraditório: uma garantia de influência e de nâo surpresa", en Didier Jr., Fredie y Ferreira Jordâo, Eduardo (coords.), *Teoria do processo*, AA. VV., San Salvador de Bahía, Juspodium, 2008, p.165.

Este es el sentido que acompañamos, y que respalda la mayoría de la doctrina. Por todos, dice Palacio:

> La vigencia del principio requiere fundamentalmente, que las leyes procesales acuerden una suficiente y razonable oportunidad de ser oídos y de producir pruebas. No exige la efectividad del ejercicio de tales derechos, razón por la cual el principio que nos ocupa no resulta desconocido cuando la parte interesada no hizo valer, por omisión o negligencia, los medios de defensa, las pruebas o los recursos que pudo utilizar en la respectiva oportunidad procesal.[955]

Con el importante agregado de Couture cuando aclara que el quebrantamiento de este principio no proviene de que se dicten resoluciones sin oír a la parte contraria, sino de que se conceda a un litigante lo que se niega a otro:

> Una resolución declarada inapelable para las dos partes o una prueba denegada a ambas partes, no constituyen violaciones legales del principio constitucional de igualdad ante la ley. El quebrantamiento existiría cuando al actor se le permitiera alegar, probar o impugnar lo que estuviera prohibido al demandado, o viceversa.[956]

193.1 Reaseguros de la bilateralidad

Desde nuestra perspectiva, la bilateralidad es un principio que, como tal, sigue la orientación política que le imprime el ordenamiento jurídico donde se inserte, sin poder vulnerar con la ideología los mínimos inquebrantables que resguarda como garantía.

No es contradictoria la afirmación si se piensa en los efectos antes que en el modelo. Vale decir, como principio, la bilateralidad reafirma el derecho a ser oído, pero no supedita la decisión judicial al cumplimiento de la notificación, siempre que ella se cumpla. Al mismo tiempo, todos los actos del proceso no exigen la presencia de ambas partes, quienes en su caso, retienen el derecho de revisión como reaseguro de la regularidad que consideren violada.

Lo que no se puede anular es la reversión del acto. Si la ejecución se ordena "*inaudita pars*" y tiene derivaciones permanentes, la garantía

955. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 263.

956. Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 185.

se quiebra porque no se puede cumplir el derecho a ser oído solo como una cuestión formal. Recuérdese que el derecho al recurso (como revisión de toda condena) es otra de las garantías concretas del proceso.

> Díaz establece dos proyecciones del principio de bilateralidad de la audiencia. Una de carácter *positivo*, que significa disponer de medios de comunicación entre el juez y los justiciables (notificaciones), con el fin de conseguir certidumbre de que los actos procesales lleguen a efectivo conocimiento del destinatario; y otro *negativo*, que resuelve con recursos e instituciones del proceso la validez o regularidad de las actuaciones cumplidas (teoría de las nulidades procesales.[957]

En otros términos, es la opinión de Alsina, para quien el principio de bilateralidad se impone con el fin de dar intervención a la contraria en todos los actos del procedimiento. Ello importa la contradicción, o sea el derecho a oponerse a la ejecución del acto, y el contralor, o sea el derecho a verificar su regularidad.[958]

193.2 El control de regularidad

Se mantienen vigentes las observaciones de Couture respecto de los actos que deben practicarse regularmente con el fin de mantener el principio de igualdad que garantice la bilateralidad procesal, a saber:

> … a) La demanda debe ser necesariamente comunicada al demandado; b) la comunicación debe hacerse con las formas requeridas en la ley bajo pena de nulidad; todo quebrantamiento en las formas del emplazamiento entraña el riesgo de que el demandado no haya sido efectivamente enterado de la demanda; c) comunicada la demanda se otorga al demandado un plazo razonable para comparecer y defenderse; la doctrina denomina a esta circunstancia, la garantía de "su día ante el tribunal"; d) las pruebas deben ser comunicadas al adversario para que tenga conocimiento de ellas antes de su producción; e) toda prueba debe ser fiscalizada por el adversario durante la producción e impugnada después de su producción; f) toda petición incidental que se formule, ya sea durante el debate, ya sea durante la prueba, debe sustanciarse con audiencia del adversario, salvo disposición en contrario; g) ambas partes tienen iguales

957. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, T. I, p. 216.

958. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal civil y comercial, op. cit.*, T. I, p. 457.

> posibilidades de presentar sus exposiciones de conclusión o alegatos y de impugnar mediante recursos las resoluciones que les sean adversas.[959]

Estas actuaciones se insertan en la columna de los supuestos indeclinables de notificación personal o fehaciente (teoría del conocimiento); mientras que para los demás rige la regla de preclusión, por la cual, una vez que transcurren los plazos o términos acordados, deviene el consentimiento tácito o la convalidación que expurga cualquier vicio posible.

De su lado, la irregularidad genera nulidades o anulaciones, que no tienen el mismo significado. La dificultad para explicar el procedimiento de las nulidades se implica en las diferencias existentes entre los actos jurídicos y los actos procesales.

Ocurre que, además de las múltiples expresiones que se utilizan para caracterizar el acto irregular, existen pautas invalidantes que son comunes al derecho de fondo y al procesal. Por ejemplo, la aptitud para deducir pretensiones; si bien con algunas diferencias importantes, muestra cierta relación entre la capacidad civil y la legitimación procesal, de modo tal que la incapacidad puede suponer la ausencia de requisitos necesarios para postular, tanto en el derecho material como en el adjetivo.

194. La bilateralidad "atenuada"

La bilateralidad también puede ser una *regla* del proceso, según se mire con la necesidad de tener una controversia con posiciones distintas e intereses contrapuestos, siendo esto lo más importante a resolver.

Es sabido que cuando se golpean las puertas de los tribunales, quien atiende (el juez) pregunta al que llama: ¿quién es?, requiriéndole que acredite (legitimación) y fundamente (pretensión) la razón del llamado, el que a su vez no será oído sin llevar un orden técnico y formal (legalidad de las formas y representación). ¿Por qué no preguntar qué quiere? Quizás así podrían superarse muchas dificultades del acceso a la justicia.

Este planteo teórico que ya hemos hecho en otra parte de la obra, tiene incidencia en los llamados procesos constitucionales, en particular, en el juicio amparo, el cual si bien es un proceso contradictorio (la controversia se entabla entre un sujeto que plantea la amenaza o

959. Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, pp. 183-184.

lesión de sus derechos constitucionales, frente a una autoridad pública o un particular, que debe responder por el acto lesivo que produce) podría considerar que el problema está en el derecho afectado antes que en el padecimiento de lo individual y subjetivo.

En efecto, la premisa que tiene este proceso constitucional, precisamente, es proteger los derechos del hombre de las amenazas o agresiones directas o indirectas que el particular o el Estado con sus organismos centrales o descentralizados, autónomos o autárquicos, generen a través de los actos.

Si el foco a resolver queda centrado en las alegaciones de las partes, únicamente, la función constitucional del juez del sistema difuso quedaría eludida por la probabilidad –que la jurisprudencia comprueba– de asignar al proceso las mismas reglas técnicas del proceso ordinario. Con lo cual será más fácil rechazar sin más trámite, que introducirse en la cuestión fáctica y jurídica y analizar si existe o no violación constitucional. Lógicamente, como todo proceso, el derecho de defensa es un principio incanjeable, de manera que corresponde oír a las partes en sus respectivas alegaciones.

Pero la controversia común enfrenta a litigantes que derivan en el llamado conflicto intersubjetivo de intereses. El intermedio entre ellos es el juez, y por eso, si el presupuesto se sostiene a pie juntillas, probablemente dos principios procesales queden desajustados con la finalidad del proceso de amparo: el principio dispositivo y el principio de bilateralidad.

Según el primero, el proceso es cosa de partes y el juez debe juzgar sin apartarse de lo propuesto en el marco de la demanda y la contestación, esto es, de la congruencia que reclaman los escritos constitutivos del proceso. Por el segundo, la bilateralidad obliga a la contradicción dejando al proceso como una lucha entre partes con argumentos opuestos.

En el amparo es fundamental y hace a la esencia de su función controlar la constitucionalidad y legalidad de los actos de las autoridades –públicas y privadas– de forma que la interpretación de los hechos y del derecho no puede tener el condicionante de lo alegado por las partes. Es imperioso ver hacia adelante los efectos, las consecuencias y las circunstancias que tiene el caso concreto frente a toda la sociedad.

Son los derechos de ella los que se protegen, pese al individualismo dominante que reporta todo procedimiento judicial. Es evidente que la naturaleza jurídica que se conceda al amparo influye en las

conclusiones que se alcancen. Por ejemplo, si fuese el amparo un *recurso*, debiera aceptarse previamente su característica como proceso, pues los recursos procesales solamente operan en vía de revisión de decisiones que afectan el derecho de las partes. En cambio, si la idea se aísla y se localiza como un *derecho de petición*, la acción cobraría sentido únicamente como derecho de solicitar la intervención de las autoridades. Luego, el trámite *per se*, requiere de otras explicaciones. Si aceptamos la noción de *remedio*, en el sentido de revisión de resoluciones dictadas por el mismo órgano que las dicta, quedaría sin fundamento el amparo cuando se cuestiona una norma por inconstitucional, pues no habría revisión propiamente dicha, sino actuación directa. Cuando se habla del amparo como *petición o pretensión* sobre un derecho fundamental cercenado, obligado resulta ver que, si es petición, se trazan paralelos con el derecho de acción, aun cuando debe agregarse el "derecho a la jurisdicción", es decir, a tener un proceso. Si fuera *pretensión*, habría *partes procesales*, pues ella se dirige al Estado y contra otro interés con el que ha de confrontar.

Ahora bien, el marco previsto en torno a las características del procedimiento repara que debe tratarse de un trámite rápido y expedito, sencillo y eficaz. La celeridad es primordial, es cierto, pero deben respetarse los demás principios y garantías del "debido proceso". Por tanto, cuando se debate acerca de si la contestación a la demanda de amparo es o no un escrito por el cual se traba la *litiscontestatio*, teniendo en cuenta que no lleva una negativa puntual de los hechos que se alegan, puede observarse la dificultad para hallar los puntos precisos a resolver, esto es: los hechos controvertidos y el derecho aplicable.

La atenta lectura del artículo 8 de la Ley N° 16986, no refiere a un "derecho a la controversia", pues la autoridad denunciada debe producir un informe circunstanciado acerca de los antecedentes y fundamentos de la medida impugnada. Sin embargo decir que en el amparo no hay contradicción sería aventurado, pues constitucionalmente el artículo 18 consagra el derecho a la defensa en juicio de todas las personas.

Muchas veces se repite que el principio de bilateralidad no es absoluto, debiendo entenderse al conjuro de las posibilidades de ser oído y de producir pruebas que convengan a la situación que se quiere defender. De allí que la Corte Suprema de Justicia de la Nación haya declarado en

reiteradas oportunidades que en el marco de esta clase de procesos debe respetarse el derecho de defensa en juicio de la parte demandada.[960]

Teniendo en cuenta estas particularidades, descartando la unilateralidad del amparo, se acepta que en él existe una "bilateralidad atenuada", solo que no se trata de controvertir al estilo del proceso común, negando o aceptando, sino aportando razones y fundamentos. Es cierto que la discusión se entabla en un trámite breve, predominantemente sumario y expedito, pero esta condición no le priva de oír ambas posiciones y juzgar conforme las potestades de control que el sistema constitucional al juez asigna.

195. Bilateralidad "inexistente"

El juego dialéctico del proceso establece la regla: *pido - escucho a la otra parte - resuelvo*. Es un orden preclusivo que no admite alteraciones, salvo en el caso de las medidas cautelares que permiten trabajar con esta escala: *pido - resuelvo - notifico para garantizar el derecho a ser oído* (de allí que algunos lo juzguen inconstitucional cuando este derecho se reduce a la posibilidad de plantear recursos que no tienen la posibilidad de revertir o modificar en la misma instancia la precautoria dispuesta).

Con la aparición de las llamadas "medidas autosatisfactivas" aparece una regla distinta: *pido - resuelvo - …* Como si no hubiera más que disponer, como si fuera un proceso no contencioso, del modelo de los voluntarios. Inclusive se las diferencia de las medidas cautelares, en cuyo caso la ausencia de bilateralidad podría quedar suplida con la exigencia de una contracautela, lo que no quiere decir que se elimine; y aun se lo distancie del proceso monitorio donde la notificación surge después de la sentencia; pero no es este el problema a analizar.

Estas medidas eluden la bilateralidad cuando se tornan irreversibles; y solamente la limitan cuando la urgencia admite tomar rápidas decisiones que el afectado al cumplimiento podrá cambiar, sustituir o modificar después de informarle la resolución, o poco tiempo después de cumplir con la medida.

960. CSJN, Fallos: 250:844; 250:204; 252:134; 254:286; 257:86, entre otros.

La compatibilidad de las medidas autosatisfactivas con el derecho de defensa puede lograrse mediante dos tipos de argumentaciones. Dice Picó i Junoy, en esta corriente, que

> … a) En primer lugar, debe destacarse que el derecho a la defensa del demandado tan solo se posterga o desplaza en el tiempo, como sucede en la tutela cautelar, en los procesos de ejecución o en el juicio monitorio, pero en ningún caso se elimina o limita. Al igual que sucede con la medida cautelar adoptada *inaudita parte*, en la medida autosatisfactiva también es posible que el demandado ejerza su derecho a la defensa si bien de forma diferida. Ello tendrá lugar, no en el proceso principal –como sucede con la medida cautelar– sino a través del recurso de apelación o la demanda de oposición que dará origen a un juicio declarativo posterior.[961] Pese a la autonomía de esta medida, la misma no puede configurarse como un verdadero "proceso", ya que si este lo definimos como el mecanismo de resolución de conflictos, este persistirá si el demandado formula su oposición. En cualquier caso se estará respetando su derecho a la defensa: si no se opone a la medida, habrá una renuncia tácita al mismo, y si se opone se estará materializando dicho derecho. No obstante, si configurásemos a la medida autosatisfactiva como un verdadero proceso autónomo, que concluyera con una sentencia definitiva susceptible de adquirir eficacia de cosa juzgada, muy probablemente sí existiría una eliminación del derecho a la defensa: entiendo que al adquirir este derecho el carácter de fundamental en nuestro sistema constitucional, debe garantizarse siempre en todo tipo de proceso, esto es, debe poder ejercitarse plenamente en cualquier tipo de juicio, con independencia de que se permita acudir, posteriormente, a otro proceso,[962] por lo que

961. Peyrano, Jorge, "Régimen de las medidas autosatisfactivas. Nuevas propuestas", en *Medidas autosatisfactivas*, *op. cit.*, p. 33.
En este orden de ideas, Peyrano afirma que la opción al demandado de "promover un juicio declarativo de oposición […] podría dar adecuada respuesta a las críticas que hacen base en que la medida autosatisfactiva involucraría un menoscabo para la garantía del debido proceso".

962. Por ello, Tarzia destacó la inadmisibilidad constitucional de "procedimenti speciali giurisdizionali che non solo in una loro prima fase, sommaria o sommarissima, ma per tutto il loro corso non prevedessero il contraddittorio tra le parti" (*Le garanzie generali del processo nel progetto di revisione costituzionale*, en "Rivista di diritto processuale", 1998, Nº 3, p. 666). De igual modo, acertadamente mantiene Carocca Pérez que "la garantía constitucional de la defensa debe respetarse en todo proceso jurisdiccional y durante toda su tramitación" (*Garantía constitucional de la defensa procesal*, *op. cit.*, p. 78), por lo que si bien son constitucionalmente admisibles procedimientos en los que se difiere el trámite de defensa del demandado, "lo que debe quedar claro, es que en base al principio de pro-

> la realización de un proceso –por muy urgente que fuese– con la sola audiencia de una parte comportaría, desde un punto de vista práctico o real, la eliminación en el mismo del principio básico de la bilateralidad, sin el cual difícilmente podría hablarse de la existencia de un proceso.[963]

La jurisprudencia superior ha sido reticente y hasta contradictoria, pues aceptó tomar decisiones urgentes restringiendo la bilateralidad, pero cuando debió calificar a las medidas autosatisfactivas no tuvo reparos en señalar sus debilidades.

En la causa "Kiper", la Corte Suprema de Justicia de la Nación dijo que adoptar una medida como la enunciada tenía los mismos efectos que si se hubiese hecho lugar a una demanda, y ejecutado la sentencia, cuando aquella demanda aún no se ha iniciado.

En el considerando 10) agregó:

> Constituye un claro exceso jurisdiccional, que importa, por lo demás, un menoscabo del derecho de defensa en juicio del Estado Nacional. En orden a ello, esta Corte ha señalado que los recaudos de viabilidad de las medidas precautorias deben ser ponderados con especial prudencia cuando la cautela altera el estado de hecho o de derecho existente al momento de su dictado, habida cuenta de que configura un anticipo de jurisdicción favorable respecto del fallo final de la causa,[964] con el agravante, en el caso de autos, de que la causa ni siquiera ha sido promovida.[965]

---

porcionalidad, atentaría contra el contenido esencial del derecho fundamental de defensa, que en esta clase de procedimientos no se contemplase ninguna posibilidad de las partes de obtener la revocación de la resolución, antes de su completa ejecución, es decir, se eliminase completamente la defensa, haciendo ineficaz la intervención de la parte. Asimismo, tampoco es admisible el argumento utilizado por el Tribunal Constitucional para reafirmar las limitaciones en los procedimientos sumarios, en cuanto a que podría siempre recurrir a un procedimiento ordinario posterior. Porque, según ya hemos puesto de manifiesto, la garantía debe ser apreciada siempre en cada proceso" (*Garantía constitucional de la defensa procesal, op. cit.*, p. 328).

963. En este orden de ideas, Montero Aroca, Juan, afirma que "la necesidad de oír a todas las partes es consustancial con la idea de proceso" (*Introducción al Derecho Procesal, op. cit.*, p. 240); Gimeno Sendra, José, mantiene que "el principio de contradicción, por ser consustancial a la idea de proceso, se encuentra implícito en todas las actuaciones del proceso civil" (*Fundamentos del Derecho Procesal*, Civitas, Madrid, 1981, p. 182); y finalmente, Berzosa Francos, María Victoria, destaca que la "dualidad de posiciones, si se intenta construir un auténtico proceso, genera el principio de audiencia" ("Principios del proceso", en *Justicia*, 1992, II, p. 563).

964. CSJN, Fallos: 316:1833; 320:1633, entre muchos otros.

965. CSJN, Fallos: 324:4520.

Poco tiempo después, el Alto Tribunal ratificó en fallo de fecha 26 de octubre de 2004 "Bustos, Alberto Roque y otros c/ Estado Nacional y otros s/ amparo":

> Que, finalmente, no se puede dejar de señalar la irritante desigualdad que ha producido entre los depositantes la desorbitada actuación de los tribunales inferiores, que por medio de medidas cautelares denominadas "autosatisfactivas" descalificadas por esta Corte (Fallos: 324:4520, considerando 9 y 10, y sus citas) provocaron un notable trastorno económico que incluso puso en riesgo la regularización de los compromisos asumidos por la Nación frente a organismos internacionales de crédito. En efecto, los beneficiarios de esas medidas han obtenido un lucro indebido a costa del sistema, en definitiva del país, y de quienes encontrándose en similares circunstancias no solicitaron o no obtuvieron ese disparatado beneficio. Sin embargo, no cabía procesalmente la intervención de esta Corte frente a la sistemática violación del art. 15 de la ley 16.986, que dispone conceder en ambos efectos, vale decir, devolutivo y suspensivo, con suspensión de la ejecución de la sentencia. Los recursos de apelación interpuestos contra las decisiones que admiten el amparo, norma legal que no podía ser obviada mediante la concesión a las medidas cautelares de los efectos propios de la eventual sentencia; ni cuenta ahora con atribuciones para remediar esa desigualdad de hecho fuera de los recursos legales. Por lo tanto, la desigualdad es responsabilidad propia de los tribunales que dictaron y ejecutaron las medidas.[966]

966. CSJN; Fallos: 327:4495.

Capítulo XXVI
El principio de economía procesal

196. Nociones generales

El principio de economía procesal es una regla de los procedimientos. Como tal puede tener manifestaciones que orientan la tendencia que se quiere asegurar en la regularidad de la instancia. Podrá ser el acceso a la justicia en cuyo supuesto es relevante el tema de la *economía de gastos* de necesaria inversión para hacerse oír; o podrá ser el tiempo para las actuaciones con el objeto de lograr rapidez y celeridad en el camino hacia la sentencia; no se descartan ramificaciones del principio necesarias para implementar uno u otro objetivo, como sería acentuar la rigidez con otras reglas, así la preclusión, la concentración de actos procesales, la adquisición o el propio impulso procesal.

Sin embargo, cada una de ellas carecería de relevancia si la mirada fuera diferente. En efecto, recordemos que la voz de Cipriani criticando a Klein como artífice del principio, dijo que

> Desde esta perspectiva, la celeridad, problema que siempre ha preocupado a todos los legisladores, asume en Klein un particularísimo relieve, hasta devenir en una característica esencial del proceso, atendiendo a que el Estado, en sede civil, si bien no tiene interés "en el objeto del litigio", tiene interés "en el modo en el cual este se desarrolla".[967] Aun más, él advirtió que, "a través de la estrecha relación entre vida y proceso, también la relación del proceso con el derecho material se vuelve más justa".[968]

967. Son las célebres palabras de Chiovenda, "Le riforme processuali e le correnti del pensiero moderno", en *Saggi*, 1907, T. I, p. 385. Pero cabe observar que todos los legisladores tienen interés en el modo en que se desarrollan los procesos. Cfr. Cipriani, Franco, "En el centenario del Reglamento de Klein (El proceso civil entre libertad y autoridad)", *op. cit.*, pp. 968-1004.

968. Klein, Felix, *Vorlesungen Über die Theorie der automorphen funtionen*, Alemania, Leipzig B. G. Teubner, 1897, p. 10. Cfr. Cipriani, Franco, "En el centenario del Reglamento...", *op. cit.*, p. 967.

> En el proceso de Klein, por lo tanto, "no debe haber tardanzas inútiles", ya sea porque el Estado tiene interés en deshacerse lo más rápido posible de la pretensión dirigida en su contra", como "porque el atasco de las causas que se reenvían distrae inútilmente su actividad".[969] De aquí, un último corolario: en el proceso de Klein las partes no tienen ningún derecho a pedir reenvíos, teniendo en cuenta que solo es el juez quien los dispone "si y cuando lo crea",[970] "pero solo en caso de absoluta necesidad".[971] Se puede deducir que la posición kleiniana del proceso civil, al margen de argumentos previsibles como la sencillez, la rapidez y el bajo costo, que son perseguidos por todo legislador, presenta perfiles de indudable originalidad. Más aun ella, en la medida en que hace hincapié en el bien común, en la colaboración y en los altos valores sociales en relación a los cuales no se puede no dejar de ser sensibles, se manifiesta muy sugestiva y, como lo demuestra el gran éxito alcanzado especialmente en Italia durante todo este siglo, provoca seguramente una gran fascinación. Mi impresión es, por el contrario, que ella es hija de su tiempo y que tal vez haya tenido, al menos en Italia, más fortuna de la que merecía y, además, de cualquier forma, que en la Italia de hoy día, vigente la Constitución de 1948, no sea posible seguirla.[972]

La base de este discurso quita la necesidad de analizar al principio de economía porque piensa que el tiempo del proceso y la asunción de costos litigiosos son cuestiones particulares, propias y personales de quienes van a la justicia.

Es cierto que a partir de Klein se estudia el aspecto económico del proceso como "mal social", y que la lentitud del proceso se ve como un factor distorsionante de la economía nacional; pero tomar desde ella consecuencias tan apocalípticas, como signar la cuestión en los parámetros de la privación de libertades, parece al menos, exagerado.

969. Así, compendiando el pensamiento de Klein, Chiovenda, *Le forme*, p. 371. Cfr. Cipriani, Franco, "En el centenario del Reglamento...", *op. cit.*, p. 998.

970. Así, en 1901, con una no bien disimulada incredulidad, Chiovenda, *Le forme*, p. 371. Cfr. Cipriani, Franco, "En el centenario del Reglamento...", *op. cit.*, p. 996.

971. Así, en 1909, con una disimulada complacencia, Chiovenda, *Lo stato attuale*, pp. 418 y 419. Cfr. Cipriani, Franco, "En el centenario del Reglamento...", *op. cit.*, p. 997.

972. Cfr. Cipriani, Franco, *Batallas por la justicia civil, op. cit.*, p. 63.

Ahora bien, la razón de esta polémica la presenta Chiovenda que asocia la cuestión con el principio del impulso oficial, basándose en la idea de que el Estado está interesado en la rápida definición de los litigios una vez que surgen; y que por esto, los órganos a cargo del trámite deben tomar la iniciativa de la pronta solución de los mismos

> El principio opuesto parte de la idea de que el proceso civil es cosa de las partes, y de que éstas tienen derecho a disponer del tiempo de su tramitación y, a la vez, la carga de hacerse diligentes para llevarlo adelante.[973]

Precisamente, la diversidad de enfoques ha tornado confuso el objetivo del principio, pues del significado de economía pueden surgir expansiones o reducciones conforme sea el interés de quien lo interprete.

197. Aspectos de la regla

En líneas generales el principio de mentas resuelve cuestiones de política procesal. Cada una en la dimensión de sus provechos incide en el dinero, el tiempo o el trabajo, según la clásica división de Guasp cuando separa el principio en la perspectiva social de tres objetivos: "el proceso tiene que ser barato, rápido y sencillo".[974]

Eisner, quien en nuestro país más se ocupó del tema, sostiene que

> El principio de economía procesal debe ser estudiado a través de las soluciones normativas y de los arbitrios judiciales en cuya virtud se procura asegurar:
>
> a. *La celeridad en los trámites*: mediante la abreviación de los plazos; la perentoriedad de los términos; la preclusión de las etapas procesales; la limitación de los recursos; la agilización del régimen de notificaciones; etcétera.
> b. *La concentración de los actos –y diligencias–*: mediante la realización simultánea de actos compatibles; la aproximación temporal de las actividades probatorias; la unificación de personería; la acumulación de acciones y de procesos; el fuero de atracción; la *perpetuatio jurisdicctionis*; etcétera.
> c. La proposición conjunta de acciones, defensas, pruebas y recursos esgrimidos en subsidio por razón de la *eventualidad*.

973. Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal civil, op. cit.*, T. II, p. 237.
974. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 26.

d. La eliminación de vicios y defectos que obsten a la recta y ordenada estructura de la relación procesal, o sea, el *saneamiento*, mediante el ejercicio de facultades judiciales aptas para prevenir y evitar nulidades.
e. La *elasticidad* de las formas y tipos procesales, que permita adecuar el sistema y modalidad del debate conforme a las necesidades de la litis que se ventila.
f. La depuración del proceso, mediante la *fijación preliminar de los hechos controvertidos susceptibles de prueba*; el rechazo *in limine* de las acciones y defensas manifiestamente inadmisibles, de las pruebas inconducentes, irrelevantes e inútiles o superfluas y de los incidentes ostensiblemente infundados.
g. La *moralización del proceso* mediante la exigencia de acatamiento a los deberes de probidad, lealtad y buena fe por parte de los litigantes y profesionales, asegurada con las facultades disciplinarias, sancionatorias y compulsivas otorgadas al órgano judicial que eviten articulaciones dilatorias y maliciosas.
h. Todas aquellas previsiones que conducen al *abaratamiento de los gastos* y dispendios abundantes, innecesarios o prescindibles y que descargan o liberan de imposiciones fiscales o causídicas; etcétera.[975]

En cambio Palacio, apegado a la necesidad de abreviar y simplificar los procedimientos, sostiene que el principio se acota a la preocupación de evitar la irrazonable prolongación de los trámites, a cuyo fin constituye de especial importancia atender las variables que la regla tiene a través de la concentración, la eventualidad, la celeridad y el saneamiento procesal.[976]

La contraposición se muestra a los fines de comparar el destino que tiene el principio de economía conforme se ocupa la doctrina más calificada. En este aspecto, Chiovenda le dedicó muy poco interés porque pensaba que solamente tenía un fin utilitarista;[977] en cambio otros como Couture, Rocco y Clemente Díaz, apuntaron al sentido político que adoptaba como poder - deber del juez en la realización del proceso.[978]

975. Eisner, Isidoro, *Planteos Procesales, op. cit.*, pp. 119-120. Del mismo autor *LL* 146-879 y ss.

976. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 285.

977. Chiovenda, José, *Principios..., op. cit.*, p. 154.

978. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, T. I, p. 243; Couture, Eduardo J., *Fundamentos del Derecho Procesal civil, op. cit.*, p. 189; Rocco, Alfredo, *La interpretación de las leyes procesales* (trad. de Mariano Ovejero), México, s/f, p. 333.

Unos y otros, a la vez, no han cambiado el *nomen juris* de la regla, la que nos resulta confusa y proclive a malos o dispares entendimientos. Dicho esto en el sentido de observar que el problema de la onerosidad de la justicia no es una cuestión que deba ser resuelta por el principio; como sí es menester profundizar los temas de la simplificación del trámite, para hacerlo más rápido, útil y efectivo, a tono con las exigencias actuales del debido proceso, y específicamente, con la garantía del plazo razonable.

Con esta división temática nos dedicaremos en más a desarrollar los contenidos.

198. El principio de economía de gastos

Los gastos en el proceso son consecuencia natural de la inversión requerida para demostrar razones y fundamentos que permitan persuadir al juez sobre el derecho a la sentencia favorable. El costo no está necesariamente vinculado a los principios del proceso y menos aun a las garantías, sin embargo, se relacionan íntimamente cuando el pago de aranceles se impone como una condición para el progreso de la causa (*v. gr.* la integración del anticipo de gastos fijados para la realización de la pericia; el depósito previo a la admisión del recurso de queja; etc.), en cuyo caso, el principio reconoce antecedentes en el Derecho Romano, y dentro de él con el instituto de las costas. También, cuando lo económico supone restringir la entrada a los tribunales, comienzan a encontrarse violaciones al debido proceso, y en este aspecto, la noción de acceso a la justicia libre y sin restricciones, plantea la necesidad de repensar si los gastos causídicos son adecuados al pensamiento que sostiene que, siendo la jurisdicción una atribución del Estado sustitutiva de la voluntad de los particulares para la actuación de la ley, la obligación de responder a cargas económicas para lograr el desenvolvimiento de los jueces es contrapuesto con los deberes institucionales que debe llevar a cabo.[979]

979. Cappelletti, Mauro; Garth, Bryant, *El acceso a la justicia*, La Plata, Colegio de Abogados de La Plata, 1983, pp. 25-6. Destaca el autor que "la solución judicial de los conflictos es muy onerosa en la mayoría de los países. Porque si bien los gobiernos pagan los servicios y el mantenimiento de la administración de justicia; los litigantes deben cargar con la mayor parte de los gastos, incluidos los honorarios profesionales. La magnitud del costo es notable en el derecho norteamericano, que no obliga a la parte perdedora a abonar los honorarios del abogado vencedor. Pero también la onerosidad

El caso de las imposiciones anticipadas para acceder al proceso (*v. gr.* tasa de justicia), o los sometimientos tributarios o impositivos que nada se relacionan con los gastos causídicos originados en y por el proceso jurisdiccional (*v. gr.* anticipos de honorarios; bonos de contribución forzada para el financiamiento de los colegios de abogados o sus cajas de previsión social), trazan en el campo de los principios la necesidad de aplicar una "economía de gastos", siguiendo para ello el criterio de que

> … la prestación de la actividad jurisdiccional del Estado no puede ser gratuita, y aunque su onerosidad pueda ser diferida o eximida por el carácter social del litigio, el costo de la actividad procesal no debe transformar el proceso en un artículo suntuario, al alcance solamente de las personas pecuniariamente pudientes.[980]

La gratuidad del proceso es antagónica con la onerosidad judicial e inclusive distante con los mecanismos judiciales previstos para la ordenación de las causas. En Estados Unidos, por ejemplo, el régimen de las costas no sigue el principio de imposición al vencido, sino que aplica la regla que reparte los gastos entre el vencedor y el perdedor, en virtud de la cual, cada una soporta los gastos procesales en que ha incurrido, incluido los honorarios de los abogados, a no ser que se establezca algo distinto por normas especiales.[981] En América Latina, en cambio, el *civil law* regula el mecanismo de los gastos produciendo equilibrios con los beneficios de litigar sin ellos cuando se acredita y prueba la imposibilidad de afrontarlos.

---

constituye un obstáculo en los países donde se imponen las costas al vencido. Allí, a menos que el futuro litigante tenga la seguridad de ganar el juicio, lo cual es improbable por la incertidumbre misma del resultado, debe afrontar el riesgo de la litigiosidad de la misma manera que en los Estados Unidos".

"La condena en costas, en los países que la imponen al vencido, es aproximadamente dos veces mayor porque aquél debe pagar también los honorarios de su abogado. Además, en algunos países, como sucede en Gran Bretaña, el actor no puede, frecuentemente, calcular el riesgo por las costas, en caso de perder el pleito, porque los honorarios profesionales varían mucho. Finalmente, en otros países, algunas veces los demandantes deben dar caución antes de iniciar un juicio".

"Por esos motivos, cabe preguntar si las legislaciones que le imponen las costas al vencido no oponen obstáculos tan grandes como los del derecho norteamericano. Cualquiera sea el monto, está claro que los altos costos, a pagar por una o ambas partes, constituyen uno de los peores obstáculos para el 'acceso a la justicia'"

980. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, T. I, p. 245.

981. Hazard, Jr., Geoffrey y Taruffo, Michele, *op. cit.*, p. 112.

Sin embargo, la justicia dista de ser gratuita, de manera que el principio de economía viene a poner un equilibrio en la imposición.

Santo Tomás de Aquino en la *Summa Theológica* había descrito ya la necesidad de proveer la retribución de los jueces por parte del soberano sin derivar la carga a la contribución de los particulares. Ello obraría en favor del crédito y decoro del príncipe, y favorecería la independencia de la magistratura y el prestigio de la administración de justicia. Una opinión contraria significaría tanto como alentar una peligrosa diferencia en favor de aquéllos que tienen mayor poderío económico.

De todas maneras, el sistema se aplicó; por lo que la onerosidad judicial llevó a vibrantes reflexiones, como las expuestas por Alcalá Zamora y Castillo quien, al destacar los fundamentos de Santo Tomás, decía que

> Contra todas esas evidencias el sistema opuesto se afirmó, por prácticas codiciosas y arbitraristas del erario público en penuria de los reyes, que acudió al expediente, convertido en sistema, y esta en teoría de los "oficios enajenados", no solo ahorro de gastos sino fuente de ingresos para la Hacienda, aunque con el riesgo de autorizar exacciones abusivas sobre los particulares.[982]

La reflexión, no obstante señalar una crítica al mecanismo, en realidad destacó el punto diferencial exacto en que debían separarse las obligaciones del Estado de sostener una administración jurisdiccional autónoma e independiente de aquellas que debían ser soportadas por el ciudadano por el "uso" del servicio judicial del cual disponía.

El "interés" del pleito y la "calidad" aforada de alguna de las partes llevó a pensar que cierto tipo de procesos gozaban del beneficio de gratuidad, *v. gr.* si la trascendencia de los hechos y los posibles resultados a obtener presumían un verdadero interés constitucional, el interés privado se postergaba pero lograba, a cambio, la exención de tributar por el trámite cumplido. En otros procesos, si intervenían agentes auxiliares de la justicia, como el Ministerio Fiscal o Pupilar, o peritos, etcétera, el pleito limitaba sus costos en la medida de la función que sustituían estos técnicos de la justicia.

Pero este cuadro de situación era injusto e inequitativo pues quedaba sometido a la influencia de variables de posible modificación por

982. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, "Gratuidad de la justicia y costas", JA 945-IV-29.

el transcurso del tiempo, sumiendo en crisis al sistema por la misma inseguridad que tenía como base.

Desde otra perspectiva, aquellos que defendieron la tesis de la gratuidad de la justicia aplicaron al criterio del "uso del servicio judicial" una doctrina de corte administrativista diciendo que, si la Administración de Justicia constituye al fin de cuentas un servicio público, los usuarios de este servicio, es decir, los litigantes, no deben pagar cantidad alguna por su utilización del mismo modo que los transeúntes de una ciudad no pagan los gastos de pavimentación de las calles cada vez que hacen uso de las mismas.[983]

La depuración ideológica y el desarrollo de experiencias comparativas y estadísticas demostraron que la gratuidad de la justicia traía mayores complicaciones que soluciones al problema del acceso a la justicia.

En primer término, extremaba el esfuerzo del servicio jurisdiccional ante el crecimiento geométrico de la litigiosidad. Luego, la ausencia de otro tipo de consecuencias a las del simple hecho de perder el pleito, animaba los excesos del justiciable aventurado que llevaría al proceso al plano del ilícito procesal o del abuso del proceso.[984]

Finalmente, la consideración expuesta se alejaba de la raíz histórica del instituto, principio básico según el cual las costas son, ante todo, una sanción de conducta procesal, que en el orden civil, por destacarse tanto el interés privado, refunden la indemnización con el castigo.[985]

198.1 La tasa de justicia y el principio de economía

La cuestión planteada sobre la "gratuidad de la justicia" no puede eludir el tratamiento de imposiciones de carácter económico que se deben afrontar para tramitar un proceso judicial. En efecto, el acceso a la justicia es una de las más preocupantes situaciones que desafía nuestro sistema judicial. No se trata, únicamente, de tener jueces ni de ofrecer un proceso abierto hacia cualquiera porque no es este el problema; la dificultad tiene connotaciones sociológicas, como la desconfianza en el Poder Judicial, y otras contrariedades, como el desconocimiento de

983. Cfr., Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 1168.

984. Gozaíni, Osvaldo, *La conducta en el proceso, op. cit.*, p. 186.

985. Alcalá Zamora y Castillo, *op. cit.*, p. 30. Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Costas Procesales, op. cit.*, p. 5.

los derechos. Tampoco se puede soslayar la inseguridad jurídica, en el sentido de la perversa oscilación jurisprudencial o la vaguedad como se interpretan las leyes y los hechos que se analizan en un caso litigioso.

Donde queremos focalizar la cuestión, es en las exigencias fiscales que son previas al proceso, condiciones de admisibilidad que no son cuestiones jurídicas (aunque en el fondo también lo sean) sino obstáculos al movimiento mundial que persigue facilitar el acceso a los jueces, a desarrollar un proceso con libertad, y a tener una sentencia que dirima el conflicto con justicia y razonamientos fundados. En definitiva, todo Estado tiene el deber de proteger a sus habitantes y si existen obstáculos para ello, es premisa inmediata localizarlos y confrontar su legalidad y constitucionalidad en el marco de la necesaria protección de los derechos humanos.

Con este emplazamiento habrá que cotejar si el costo que se impone para ser oído es aceptable en términos de justicia y equidad; si es lógico que se tenga que pagar para tener jueces que escuchen las pretensiones de las partes y resuelvan las controversias; o si se puede tolerar que el beneficio de litigar sin gastos sea el único sustituto creado para evitar que las situaciones de pobreza impidan llegar a los jueces.

En nuestro sistema procesal y fiscal, la obligación de pagar para ser oído está por demás extendido con la llamada tasa de justicia, tributo que se encuentra legislado por:

a. La Ley N° 23898, de aplicación respecto de las actuaciones judiciales que se tramitan ante los tribunales nacionales de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y ante los tribunales nacionales con asiento de las provincias;
b. Por los distintos regímenes provinciales de aplicación en los tribunales de justicia local;
c. Por la Ley N° 327 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires de aplicación a las actuaciones del Poder Judicial de la Ciudad de Buenos Aires; y finalmente
d. Por otras disposiciones referidas a tribunales jurisdiccionales como la Ley N° 22610 que establece una tasa para las actuaciones ante el Tribunal Fiscal de la Nación, de naturaleza jurisdiccional administrativa.

El servicio de justicia se puede analizar desde lo concreto (ejercer el derecho de pedir ante los jueces) o en la dimensión de lo abstracto (la

justicia es una garantía constitucional que se consagra en el art. 14 de la Constitución, como derecho a peticionar ante las autoridades; y con los arts. 18 y 43 que delinean el derecho al debido proceso y sus reglas).

La tasa de justicia opera en el primer campo y obstaculiza directamente al segundo. Es cierto que el acceso se promete a "toda persona" (art. 43), como también lo es que no todas ellas reclaman ante los jueces por situaciones conflictivas.

> Por eso, solamente paga el que pide, porque es quien pone en marcha la actividad de un sistema. Es tan puntual el requisito, que las excepciones están expresamente indicadas, y ni el Estado se exime de pagar. Se afirma así que, en los procesos en los que es parte el Poder Judicial, la cancelación de la tasa de justicia debe efectuarse mediante la pertinente imputación contable que efectuará la Administración General de la Corte, a cuyos efectos el juzgado interviniente deberá comunicar el importe adeudado y los autos a los que corresponde el gravamen.[986]

El obligado a anticipar la llamada tasa de justicia, y en los hechos, quien debe pagarla, es el actor. Por tanto, es una exigencia anterior al proceso y una obligación que se pone en cabeza del que pide, aun cuando pueda repetirlo en concepto de costas. De este modo, el costo judicial se convierte en un presupuesto de admisión; dicho en otros términos, es una de las llaves necesarias para abrir las compuertas de los juzgados. Por esto mismo, es una condición, y como toda condición, es un obstáculo a superar. Asimismo, no es voluntaria, todo lo contrario, se impone y generaliza.

Esta característica ha llevado a encontrar en la tasa, denominada genéricamente como tal, la categoría de impuesto.[987] En consecuencia se podría afirmar que se trata de un gravamen, siendo el hecho configurador de tal obligación fiscal el requerimiento de la administración de justicia.

Empero, no se puede generar una obligación tributaria sin que exista un hecho que fundamente la necesidad de su establecimiento.

986. CSJN, Fallos: 323:64.

987. Giuliani Fonrouge, Carlos y Navarrine, Susana consideran que la naturaleza es de un impuesto que se paga con la iniciación de las actuaciones, en general. *Tasas judiciales*, Depalma, Buenos Aires, 1998, p. 9; Carlos M. Giuliani Fonrouge, *¿Impuestos o tasa de justicia?*, La Ley 72-559.

Es este un presupuesto de todo tributo, y en cualquiera de sus modalidades (impuestos, tasas y contribuciones).

La actividad jurisdiccional tiene el contrasentido de cobrar una actividad que el Estado tiene el deber de cumplir, porque el proceso es una garantía constitucional anterior al conflicto, y no se suscita con la petición de parte.

En realidad, la acción –como derecho de peticionar a las autoridades– no puede subordinarse al cumplimiento de exigencias rituales o económicas, porque precisamente la evolución de las ideas lleva a considerar en el terreno del "debido proceso" el acceso a la justicia sin restricciones. Es decir, sin encumbrar el cumplimiento de formalidades ni poniendo condiciones de orden económico.

La *tasa* siempre debe destinarse a financiar servicios divisibles y guardar una relación con el servicio prestado, mientras que el *impuesto*, por su parte, solventa servicios y funciones indivisibles. Si el Estado impone una tasa como necesidad de satisfacer el servicio jurisdiccional, el hecho imponible es difuso.

> Ahora bien, se ha dicho que el hecho imponible que origina la obligación de pagar la llamada tasa de justicia es la prestación de un servicio por parte del órgano jurisdiccional respecto de la pretensión deducida, pesando sobre quien inicia las actuaciones la carga de afrontarla, más allá de que la interesada pueda reclamarle a su contraria el reintegro de las sumas pagadas.[988] Pero no se puede pasar por alto que, el hecho imponible tomado de la actividad judicial suscitada a petición de parte, es un aforo impertinente y contradictorio con el movimiento continental hacia una justicia de acceso irrestricto y sin limitaciones absurdas o irrazonables.

La naturaleza impositiva de este instituto fiscal surge con mayor claridad cuando se comparan sus características con la de las tasas, haciendo reprochable su identificación como tal. El criterio inveterado que sostiene el carácter de *tasa retributiva* por el servicio judicial que se presta, no responde con la naturaleza del tributo.

En efecto, la exigencia que instala el Estado al usuario que reclama el acceso a la justicia no puede ser *tasa* porque no reviste las características que tienen estas en general: a) No se individualiza el servicio prestado; b) no hay presunción de riqueza; c) inexiste la

988. CSJN, Fallos: 320:2375.

razonabilidad del tributo; d) puede ser confiscatorio; e) debe guardar relación entre el monto y el servicio.

198.2 El principio de economía en la Corte Interamericana

En nuestro país, Bidart Campos se interroga: "¿Por qué el justiciable ha de pagarle al Estado por el ejercicio de un *derecho* que, como lo es el acceso a la justicia, el Estado tiene el *deber* de satisfacer mediante una *función de su poder*? Las tasas son contraprestaciones que el contribuyente ha de sufragar por un servicio que recibe del Estado –por ej.: alumbrado público–. No halla demasiado sitio en el espacio del derecho tributario una supuesta "tasa" de justicia que ha de abonarse cuando un órgano del Poder Judicial cumple una obligación –constitucional– por cierto, cual es la de impartir justicia en un proceso.[989]

En los hechos esta es la realidad: el Estado *debe* prestar la actividad jurisdiccional, porque al asumir de los hombres el *poder* de resolución de conflicto, que desplazó de aquellos la posibilidad de autotutela (justicia por mano propia), también se obligó a concretar una labor de justicia en cada caso concreto.

El preámbulo constitucional le impone "afianzar la justicia", y también le determina una organización judicial necesaria para administrar la equidad y aplicar el derecho correspondiente en las situaciones que consideran los jueces y magistrados.

Inclusive, si fuera un servicio público podría argumentarse que la no prestación del servicio elimina la carga tributaria; porque si el servicio es malo, o se presta en condiciones deficientes, el pago hecho pierde sustento y permitiría su reintegro o repetición. Por eso es importante distinguir entre el precio y los ingresos tributarios por la circunstancia de que estos últimos están sujetos al principio de legalidad o de reserva de ley en materia tributaria, mientras el primero puede –en principio– ser fijado por la Administración.[990]

Esta diferencia también es trascendente porque no resulta jurídicamente admisible que se otorgue a la Administración, en el caso

989. Bidart Campos, Germán, "¿Hay que pagarle al Estado para que administre justicia? (Repensando la tasa de justicia)", en *La Ley*, 13/03/2003.

990. Conclusiones de las XV Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, celebradas en Caracas (Venezuela) en 1991.

del precio, las facultades especiales que el derecho positivo le pueda conceder en el caso de los créditos de naturaleza tributaria. Todo intento de confundir tasa y precio con regímenes legales híbridos o atípicos debe ser entendido como un mecanismo para eludir las garantías individuales del contribuyente.

> La Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires se ocupó en destacar que la llamada tasa de justicia es un tributo y no un precio (Causa "Molino Atlántica S.A.S.C., Buenos Aires", mayo 28-974, Act. 20019). Al aceptar que la llamada *tasa* funciona como *impuesto* es más lógica su obligación y se adaptaría mejor al modelo diseñado.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dio una respuesta puntual que abre expectativas, si nos atenemos al temperamento del acatamiento obligatorio de la jurisprudencia supranacional, y a lo ordenado en la Convención respecto de la obligación que tiene el Estado para adecuar su legislación interna.

El caso "Cantos" (Argentina) resuelto el 28/11/2002 sostiene entre otros conceptos:

> Los Estados tienen, como parte de sus obligaciones generales, un deber positivo de garantía con respecto a los individuos sometidos a su jurisdicción. Ello supone [...] tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos que la Convención reconoce. Por consiguiente, la tolerancia del Estado a circunstancias o condiciones que impidan a los individuos acceder a los recursos internos adecuados para proteger sus derechos, constituye una violación del artículo 1.1 de la Convención... [991] Consid. 62) [...] Por una parte, existen normas internas en la Argentina que ordenan liquidar y pagar por concepto de tasa de justicia y de honorarios de abogados y peritos sumas exorbitantes, que van mucho más allá de los límites que corresponderían al cubrimiento razonable de los costos y costas generados por la administración de justicia y a la equitativa remuneración de un trabajo profesional calificado. Por otra parte, también existen disposiciones que facultan a los jueces para reducir el cálculo de la tasa y de los honorarios aludidos a límites que los hagan razonables y equitativos.

991. Caso "Hilaire, Constantine y Benjamin y otros", *supra* nota 5, párr. 151; CIDH, Excepciones al agotamiento de los recursos internos (arts. 46.1, 46.2.a y 46.2.b *Convención Americana sobre Derechos Humanos*). OC-11/90 del 10 de agosto de 1990. Serie A N°. 11, párr. 34.

> Es, asimismo, del conocimiento de este Tribunal, que la Suprema Corte de Justicia de Argentina ha invocado la posibilidad de hacer prevalecer en las causas judiciales de orden interno las disposiciones de los tratados internacionales, lo cual ha llevado a que en diversos procesos los jueces hayan aplicado directamente la Convención Americana, modificando, en lo pertinente, los alcances del orden normativo nacional.[992] Así las cosas, este Tribunal no encuentra fundamento para considerar que el Estado ha incumplido el artículo 2 de la Convención porque su orden jurídico, considerado en su integridad, no lleva necesariamente a impedir el acceso a la justicia.
>
> En todo caso sería aconsejable que el Estado suprimiera de su ordenamiento jurídico las disposiciones que pudiesen dar lugar, de una u otra manera, a la imposición de tasas de justicia y al cálculo de honorarios que, por ser desmedidas y excesivos, impidieran el cabal acceso a la justicia. Y a su vez adopte el conjunto de medidas tendientes para que la tasa de justicia y el cobro de honorarios no se transformen en obstáculos para hacer efectivos los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial consagrados en la Convención Americana.

Nuestro país había dicho, sobre el particular, que la determinación de ese monto estaba de acuerdo con la ley, cuyo propósito era evitar demandas temerarias; que esa suma fue proporcional a lo reclamado en la demanda, que no se trataba de una tasa confiscatoria y que el señor Cantos no la impugnó en el orden interno.

Sin embargo el Tribunal supranacional ha señalado, en reiteradas ocasiones, que el Estado no puede eximirse de responsabilidad respecto a sus obligaciones internacionales argumentando la existencia de normas o procedimientos de derecho interno.[993] Por eso, lo llevó a concluir que la suma fijada por concepto de la llamada tasa de justicia y la correspondiente multa constituyen una obstrucción al acceso a la justicia, pues

992. CSJN, "Ekmedjian, Miguel Angel c/ Sofovich, Gerardo y otros", Caso Nº E.64. XXIII, 07/07/1992.

993. Cfr. Caso "El Caracazo", Reparaciones, *supra* nota 5, párr. 77; Caso "Hilaire, Constantine y Benjamin y otros", *supra* nota 5, párr. 203 y Caso "Trujillo Oroza"c, Reparaciones, *supra* nota 6, párr. 61. En igual sentido, ver Caso "De las Comunidades Greco-Búlgaras" (1930), Serie B, N° 17, pág. 32; Caso de "Nacionales Polacos de Danzig" (1931), Series A/B, No. 44, pág. 24; Caso "De las Zonas Libres" (1932), Series A/B, N° 46, p. 167 y Aplicabilidad de la obligación a arbitrar bajo el Convenio de Sede de las Naciones Unidas (Caso de la "Misión del PLO") (1988) 12, a 31-2, párr. 47.

no aparecen como razonables, aun cuando la mencionada tasa de justicia sea, en términos aritméticos, proporcional al monto de la demanda.

La Corte consideró que si bien el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consiguientemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, lo cierto es que estas debían guardar correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho.

En consecuencia, sostuvo que el monto por cobrar en el caso en estudio no guardaba relación entre el medio empleado y el fin perseguido por la legislación Argentina, con lo cual obstruye, evidentemente, el acceso a la justicia del señor Cantos, y en síntesis, viola los artículos 8 y 25 de la Convención.[994]

Resumiendo, la cuestión se puede enfocar en la puerta de entrada al proceso, y desde aquí también señalar ángulos diversos. El principio de economía propicia resguardar el derecho a ser oído en igualdad de oportunidades, a cuyo fin el costo del servicio judicial se puede presentar como una *tasa retributiva de servicios*,[995] en cuyo caso debiera definirse la eficacia del sistema ante los derechos del consumidor, teniendo en cuenta que, con esta libertad literaria, podríamos definir al justiciable como un consumidor del servicio judicial. Luego, si se considera a la *tasa* como *tributo* en lugar de *precio por el servicio prestado* tendremos que responder varios desajustes que muestran la distancia entre el presupuesto de derecho y la realidad analizada; en cambio, si centramos el problema en la dimensión del debido proceso, entre cuyas reglas aparece el derecho de acceso a los jueces, la tasa de justicia encontrará explicaciones contradictorias con el fenómeno que propende a la libertad de postulaciones ante la justicia y al acceso sin restricciones.

994. Consid. 55: "Este Tribunal estima que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia no basta que en el respectivo proceso se produzca una decisión judicial definitiva. También se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales. Esta última situación se agrava en la medida en que para forzar el pago procedan las autoridades a embargar los bienes del deudor o a quitarle la posibilidad de ejercer el comercio".

995. La Ley N° 23898 de Tasas Judiciales, sancionada el 29/09/1990, define a la obligación tributaria como tasa retributiva de servicios y no como impuesto.

199. El principio de economía de esfuerzos

La otra vertiente del principio estaciona en la simplificación de los trámites y en la facilitación de las actividades, diseñando en cada orden, una serie de reglas que se amoldan al trámite donde se insertan.

La doctrina suele dividir la regla en dos campos. Por un lado transitan los cánones para el desenvolvimiento de las actuaciones, ordenando el régimen hasta llegar a la sentencia; y por otro se presenta la cuestión de política procesal consistente en disponer quién o quiénes son los obligados a cumplir con el mandato de la economía y aceleración de los tiempos del litigio.

199.1 Principio de eventualidad

Esta regla solo funciona en los modelos de procedimiento por etapas regidas por el principio de preclusión. Por eso, quedan al margen aquellos mecanismos sustanciados con el régimen de "unidad de vista", llamado también de "indivisibilidad", donde los distintos actos que integran el proceso no se hallan sujetos a un orden consecutivo riguroso, de manera tal que las partes pueden, hasta el momento en que el tribunal declara el asunto en condiciones de ser fallado, formular peticiones, oponer defensas y proponer elementos probatorios que no se hicieron valer en un período anterior.[996]

El modelo romano-canónico que rige nuestro sistema contiene un orden dispuesto para el trámite que resuelve con el *principio de eventualidad* una prohibición expresa: todas las alegaciones que sean propias de las etapas por las que atraviesa la controversia se deben presentar en forma simultánea y no sucesiva, de manera que, como dice Palacio, "en el supuesto de rechazarse una de ellas, pueda obtenerse un pronunciamiento favorable sobre la otra u otras, que quedan planteadas *in omnem eventum*".[997]

Por ejemplo, con la contestación de la demanda se debe acompañar la prueba documental que se tenga, y ofrecer los medios de confirmación que se quieran utilizar en la etapa probatoria; todas

996. Parra Quijano, Jairo, *Derecho Procesal Civil* (Parte General), Bogotá, Temis, 1992, T. I, p. 9.

997. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 287.

las excepciones se deducen simultáneamente con la resistencia a la pretensión; el recurso de nulidad por defectos de la sentencia queda comprendido en el de apelación; la reserva de la cuestión federal se practica en los escritos postulatorios; etcétera.

La regla defiende la previsión judicial y la seguridad jurídica, evitando la sorpresa de innovaciones o defensas que no fueron articuladas oportunamente, por lo que sufre la resistencia de cierto sector de la doctrina cuando el proceso tiene extensiones en el principio de congruencia.

También el principio recepta la llamada "acumulación eventual" que permite reunir en una misma pretensión, soluciones alternativas. Si una se deniega, se pide la segunda planteada en auxilio. Testimonian el caso, el recurso de reposición con apelación en subsidio; la interposición simultánea de recursos extraordinarios locales y el federal cuando se duda quién es el Tribunal Superior de la Causa, y pocas más.

Dice Peyrano que

> … algunas voces se han alzado contra el principio de eventualidad, calificándolo como exageración artificial del de preclusión, fundándose en el hecho de que su vigencia constriñe a los litigantes prudentes a interponer *in limine* numerosas cuestiones por temor a perder luego la oportunidad de plantearlas, con lo cual, a veces, se complica inútilmente el proceso.[998]

Calamandrei prefería el llamado "principio de la preclusión elástica de las deducciones"[999] conforme al cual se podían reservar ciertas articulaciones o defensas que se aplicarían en caso de que las principales peticiones fuesen rechazadas, de manera que con el sistema, se evitaba sobrecargar al proceso con una pluralidad de pretensiones subordinadas.

998. Peyrano, Jorge Walter, *El proceso civil, op. cit.,* pp. 275-6. Allí cita a Calamandrei cuando sostiene que: "El sistema de la preclusión puede presentar el grave inconveniente de hacer indispensable la adopción del principio de eventualidad, en fuerza del cual las partes, para no perder la facultad de hacer las deducciones de mérito y de rito que puedan aparecer antes o después como útiles a su defensa, deben proponerlas todas ellas acumulativamente en el término preclusivo señalado a tal objeto, aun cuando alguna de las mismas, destinada a ser hecha valer solo en vía subordinada, esto es, solo en la eventualidad de que las otras deducciones propuestas en vía principal no sean aceptadas, no presente interés actual en el momento en que es propuesta" (Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal civil, op. cit.,* T. 1, p. 391).

999. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.,* T. I, p. 386.

No obstante al cerrar su exposición creyó que

> Este sistema, si de un lado tiene la ventaja de luchar eficazmente contra la táctica de dar largas de aquellos litigantes de mala fe que tenderían a conservar los mejores argumentos para las sorpresas de última hora, puede, de otro lado, constituir un peligroso incentivo para la complicación y para la multiplicación inicial de las defensas; porque las partes, por exceso de prudencia, pueden ser inducidas a utilizar, desde el principio del proceso, un aparato imponente de deducciones en el cual las razones más sólidas se encontrarán juntas con los más sutiles virtuosismos curialescos.[1000]

199.2 Principio de concentración

Esta regla tiende a dar operatividad al principio general de la economía procesal reuniendo la mayor cantidad de actos procesales en una o pocas actuaciones. La acumulación se opone a la dispersión, de modo tal que el sistema pensado para el trámite resulta esencial para este cometido.

En los procesos por audiencias, como el vigente en la justicia federal, se observa en el desarrollo de la audiencia preliminar (art. 360, CPCCN); mientras que el avance por esclusas, propio del procedimiento escrito, asienta en la etapa probatoria la finalidad que el principio persigue.

Por eso decía Alsína que

> El concepto de concentración expresa el hecho de que toda la actividad procesal, o por lo menos la recepción de la prueba, se realice en una o en pocas audiencias próximas, a fin de que el juez pueda adquirir una visión de conjunto y se encuentre en condiciones de dictar enseguida su sentencia; desde este punto de vista, la concentración es un complemento de la inmediación, porque supone la presencia en la audiencia de las partes, el juez, los testigos, peritos, etc.[1001]

También fue Alsina quien le dio al principio una extensión diferente, al señalar que en el proceso de aceleración del trámite era posible eliminar actuaciones que no fueran indispensables, y adoptar otras

1000. Ibídem, p. 392.

1001. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal civil y comercial, op. cit.*, T. I, p. 461.

medidas destinadas a suplir omisiones de las partes o más convenientes para regularizar el procedimiento.[1002]

La concentración como regla para la "unidad de vista" parece importante para la economía de esfuerzos en el proceso civil, pero la eficacia de ella va a depender, antes que de la simplificación por unificación de actos, de la inmediación que concrete el juez con la concentración dispuesta.

199.3 El principio de celeridad

La incidencia del tiempo en el proceso tiene una garantía genérica en el "plazo razonable" que se exige para la terminación de los litigios; mientras que el desarrollo, en sí mismo, debe quedar impreso en las reglas de la celeridad, evitando dilaciones innecesarias, demoras imprudentes, o períodos prolongados sin otro fundamento que la mera actuación.

De este modo el principio de celeridad se concreta con reglas especiales, que como en los casos anteriores, dependerá su eficacia del instrumento donde se la quiera aplicar. Por ejemplo, si el impulso de la causa es de oficio, el avance rápido y consistente es un deber jurisdiccional; en cambio, si la regla es la caducidad por abandono o negligencia, el desinterés de las partes no puede ser causa para la eternización de los juicios.

La perentoriedad de los plazos es otra extensión; como lo es también la notificación automática o la preclusión de los términos. Podetti reflexionaba que

> … haciendo abstracción de las calidades éticas de jueces y profesionales, que tanto influyen sobre la pronta solución del litigio (moralidad, responsabilidad), en tres direcciones principales dentro del proceso actual, debe encaminarse la reforma que intente restablecer el principio de celeridad. Ellas son: los plazos para la realización de actos procesales de las partes, el régimen de la prueba y los plazos para que los jueces dicten sus resoluciones.[1003]

Parece de más agregar que, en torno a lo explicado, giran en órbitas convergentes dos principios esenciales: el de propiciar la eficacia del servicio jurisdiccional a través de un proceso sin restricciones

1002. Ibídem, T. I, p. 462.

1003. Podetti, Ramiro, *Teoría y técnica del proceso civil, op. cit.*, p. 135.

(legitimación amplia, prueba conducente y efectiva; sentencia útil y motivada); y el de lograr que el enjuiciamiento llegue en su tiempo, que no es otro que el de los intereses que las partes persiguen cuando ponen el conflicto en conocimiento de los tribunales.

Ambos preceptos concilian y obran armónicos e interactuados, porque de no serlo, cualquier infracción al derecho fundamental de la celeridad en los procesos serviría para advertir una crisis manifiesta en el derecho al proceso debido; y si fuera así, bastaría con condenar al órgano judicial que infringe el deber de rapidez sin otro recaudo que el de pronunciarse inmediatamente.[1004] Para ello sería suficiente el artículo procesal a través del instituto de la perdida de jurisdicción y la sanción por mal desempeño; pero el principio de celeridad se apoya en la garantía del plazo razonable, y persigue desde sus reglas consolidar el principio de rapidez con eficacia.

En efecto, la disposición puesta a nivel constitucional pretende conseguir la eficiencia del servicio jurisdiccional de manera que las demoras inusuales injustificadas puedan generar responsabilidades civiles, esto es, pretensiones indemnizatorias que reparen el daño efectivamente adquirido por la tardanza del tribunal.

Por otro lado, para lograr una justicia oportuna depende del sistema dónde y cómo se orquesta el procedimiento; y de medidas concretas de política económica. Las primeras responden a la crisis manifiesta que proyecta la transformación de las sociedades industriales y posindustriales modernas que generan una nueva demanda de justicia, con un sentido de real y efectiva igualación, por encima de la sola igualdad formal, para posibilitar el desarrollo de la personalidad humana. Es a la luz de esta nueva demanda de justicia que debe interpretarse la filosofía política del "Estado social" o "promocional" o *welfare state* que se ha traducido en un enorme aparato de legislación económico social, consecuencia de la promoción y actuación de los "nuevos derechos sociales". Empero, esta cada vez más vasta y compleja función promocional del Estado moderno ha comportado, obviamente, formas de gigantismo gubernamental a menudo peligrosas y potencialmente agresivas. De ahí la constante búsqueda de nuevos instrumentos y métodos alternativos,

1004. Cfr. Gimeno Sendra, José Vicente, *Constitución y Proceso*, *op. cit.*, p. 141.

para la racionalización y el control de tal aparato y, por consiguiente, para la protección contra los abusos que el mismo puede originar.[1005]

El segundo pilar reposa en las medidas de policía social y económica que adapten la realidad del medio con las necesidades de justicia que la sociedad reclama. No es únicamente el costo y la celeridad, sino la eficacia y la seguridad lo que se persigue en un estudio profundo de la elevación a rango constitucional o fundamental del derecho a un proceso rápido y expedito.[1006]

199.4 El principio de preclusión

El principio de preclusión responde a la necesidad de dar un tiempo a la oportunidad de alegar, probar y resolver. Por la preclusión procesal, en situación con los tiempos del proceso, se articula el orden secuencial de los actos, de manera ordenada, progresiva y donde cada actividad debe cumplirse en el período designado. Ello significa que el transcurso de una fase para seguir a otra, consume la oportunidad y extingue el tiempo ofrecido para hacer.

Esa preclusión origina tres posibilidades diferentes: en la primera, puede suceder que se pierda la alternativa o facultad de alegar por haber transcurrido el tiempo otorgado en los plazos del procedimiento. Aquí la preclusión castiga la inercia del interesado, dando por perdida la oportunidad.

En segundo lugar, si un acto procesal se cumple en una etapa equivocada privando con ello de obrar adecuadamente en la instancia en curso, se habla de *preclusión por extinción*. Con ella, el error impide regresar reparando el equívoco. También aquí la preclusión opera como sanción al descuido.

Finalmente, la preclusión obraría por *consumación* cuando ya se hubiera ejercido válidamente la facultad de que se trata. Cumplido el acto, no es posible reiterarlo, aun bajo el pretexto de mejorarlo o integrarlo con elementos involuntariamente omitidos en la primera ocasión.

1005. Cappelletti, Mauro, "Acceso a la justicia (como programa de reformas y como Método de pensamiento)" (trad. de G. Seminara), en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, N° 41, pp. 159-160.

1006. Gozaíni, Osvaldo, *Respuestas Procesales*, *op. cit.*, 2ª parte, p. 199 y ss.

La sentencia, para adquirir firmeza, necesita que el tiempo para consentir esté cumplido. Son, por tanto, sentencias firmes, aquellas contra las cuales no cabe recurso alguno, ordinario ni extraordinario, ya por su naturaleza, ya por haber sido consentidas por las partes. En el régimen procesal el principio se presenta en el artículo 36, inciso 1, vinculado con la regla del impulso procesal. Como una derivación de ambos llegan la *caducidad* y la *negligencia* como presupuestos de control a la celeridad del proceso.

La *caducidad* se ocupa de sancionar el abandono total o parcial del proceso, tarifando el tiempo de acuerdo a la naturaleza del trámite; o bien, teniendo por decaída, de oficio o a petición de partes, la producción de ciertas pruebas ofrecidas. La *negligencia*, en cambio, refiere a la morosidad de la parte para cumplir con la prueba, generando con su actitud un retardo en el trámite de la causa.

En rigor de verdad, el impulso procesal fundamenta la rigidez de los plazos y las modalidades con que se sanciona la inactividad procesal.

Finalmente cuadra recordar la diferencia que trae Alsina cuando explica que

> No debe confundirse la preclusión con la cosa juzgada, aunque aparentemente sus efectos sean los mismos. La cosa juzgada no es sino la *res judicata*, que a su vez no es sino la *res in iudicium deducta*, es decir, el fundamento de la acción, después que el juez lo ha reconocido o negado en la sentencia. Por consiguiente, la sentencia que produce cosa juzgada es la que admite o rechaza la demanda, destinada a producir sus efectos fuera del proceso, protegiendo al vencedor contra cualquiera nueva pretensión respecto de la misma cosa (*exceptio rei iudicata*) o acordándole el derecho de solicitar su ejecución (*actio iudicati*). Ahora bien: la incontestabilidad de la sentencia definitiva supone la *preclusión* del derecho a impugnarla tanto en su efecto como en su contenido, es decir, que no se admite contra ella recurso alguno ni puede renovarse la discusión de las cuestiones que ella resuelve. Desde este punto de vista, la preclusión tiene una función diferente: es el medio del cual se vale el legislador para hacer progresar el procedimiento impidiendo el retroceso de los actos procesales. Así, tiene de común con la cosa juzgada que impide una nueva discusión; por ejemplo, la cuestión decidida en una sentencia interlocutoria, cuando no es impugnada, queda preclusa y no puede ser renovada en el mismo proceso. Pero, en cambio, tienen una diferencia fundamental: en tanto que la cosa juzgada produce efecto

> fuera del proceso, la preclusión solo produce efecto dentro del proceso y para ese proceso; la cosa juzgada supone entonces un proceso terminado, mientras la preclusión supone un proceso en marcha. Por eso es un error afirmar que las sentencias interlocutorias producen cosa juzgada, cuando solo tiene efecto preclusivo.[1007]

199.5 El principio de saneamiento

El principio de saneamiento se instala en el campo de las facultades de la jurisdicción, procurando expurgar aquellos vicios que inducen al entorpecimiento de la causa, o que provocan dificultades para reconocer el objeto en discusión, generalmente destinados a prolongar el proceso o impedir su rápida finalización.

El saneamiento reposa en los actos o en las conductas; cuando se aplica en los primeros trabaja entre las facultades jurisdiccionales de depuración del objeto; mientras que en el restante, es un reproche a la parte y/o sus abogados a quienes se califica desde el principio de moralidad.

Del primer supuesto se ocupa el artículo 34, inciso 5, apartado b) del Código federal, que impone a los jueces el deber de "señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar nulidades".

En el campo de la celeridad procesal, el principio pretende dos objetivos: a) refinar al proceso de vicios que inciden en la utilidad del litigioso, y b) asegurar que el objeto del proceso se encuentre precisamente determinado, liberándolo de manifestaciones dispendiosas o de pruebas inconducentes que sean, en definitiva, un estorbo insalvable para resolver.

En el primer tramo consideramos la actuación del juez en el trámite generado hasta quedar los autos en estado de dictar sentencia. Podrá así testar términos injuriosos, imponer la claridad en la redacción de los escritos, devolver presentaciones que violenten las reglas del derecho de defensa o sean ofensivos o agraviantes; expulsar de las audiencias a quienes las interrumpen, etcétera.

El rechazo *in limine* de aquellas pretensiones manifiestamente infundadas sostiene una posibilidad más de actuar el principio; toda vez

1007. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal civil y comercial, op. cit.*, T. I, pp. 456-457.

que el interés acusado no sería signo de protección por su ausente o nula exposición de motivos, dando facultades al magistrado para realizar anticipadamente un análisis sobre el fondo, evitando hacerlo en la sentencia con el dispendio jurisdiccional sucesivo.[1008]

199.6 El principio de adquisición

Esta regla sostiene que todo el producto de la actividad que las partes desenvuelven se adquiere para el proceso sin medir los resultados conseguidos. Es decir que, más allá de las cargas referentes a los modos de realizar afirmaciones y confirmar las posiciones e intereses que en el proceso se tengan, los beneficios y utilidades se toman para el esclarecimiento de la relación jurídica procesal, sin atender el origen que lo trae.

El principio de adquisición sí difiere respecto a los efectos que se adopten. Para algunos, que siguen a Chiovenda, la agregación se relaciona con todas las actuaciones del proceso; en cambio otros apuntan que el campo de aplicación solo versa para el material de conocimiento y a los actos susceptibles de aportarlo a la causa. O como dice Eisner, "solo las alegaciones o afirmaciones de las partes y a las pruebas que estas acercan al proceso".[1009]

La distancia es importante porque trasciende el fenómeno de la simple agregación para instalarlo entre las reglas de la economía procesal y, dentro de ella, en un campo especial y trascendente como es la influencia de los actos al tiempo de dictar sentencia final.

1008. En tal sentido se dice que la facultad reconocida al juez de rechazar *in limine* la demanda cuando no se ajuste a los recaudos formales estatuidos, deriva de los deberes que pone a su cargo el art. 34, inc. 5, en particular el de señalar antes de dar trámite a cualquier petición los defectos u omisiones de que adolezca (CNCiv., Sala A, "Cognata, Alberto c. Lawson, Eduardo", 08/10/1992, LL, 1994-B, 328, con nota de Andrea Alejandra Imatz). No obstante la CSJN afirma que: "Es arbitrario el rechazo 'in límine' del incidente de nulidad articulado sobre la base de la invocación de falsedad de las firmas asentadas en numerosos escritos de la actora si, en atención a la entidad de las circunstancias en que aquél fue fundado, correspondía su resolución previa sustanciación y prueba" (Fallos: 320:1038).

1009. Eisner, Isidoro, *El principio de adquisición procesal*, Buenos Aires, LL 128-1032.

Si la adquisición se toma para cualquier fenómeno de actividad, puede haber algún problema respecto a la interpretación del acto en sí mismo, porqué, como recuerda Alsina:

> La actividad que las partes desarrollan en el proceso influye recíprocamente en el sentido de que no solo beneficia a quien ejecuta el acto y perjudica a la parte contraria, sino que también puede esta beneficiarse del acto en cuanto pueda perjudicar a su autor. De ello resulta que el acto procesal es común y que su eficacia no depende de la parte de la cual provenga, sino de los efectos que produzca.[1010]

En consecuencia, mejor es corresponder al principio de adquisición con la dimensión que tienen las afirmaciones y las pruebas, de forma tal que, como algunos también sostienen, pueda hablarse de una comunidad probatoria aunque con efectos disímiles.

Siendo así, también esta regla muestra la asimetría de enfoques con quienes aceptan que el proceso se mueve y desarrolla a impulso de las partes, de manera que la adquisición de la prueba solo podrá ser resuelta desde el interés de la actividad; nunca de la iniciativa oficial.

No obstante, parece mejor la opinión que lidera Eisner cuando apunta que una corriente así

> … produce un conflicto entre la garantía liberal e individualista que se consagra en el principio *"Nemo tenetur edere contra se"* y la tendencia cada vez más acentuada de sacrificar la solución privatística en beneficio de una recta y eficaz administración de justicia que reclama la comunidad. Si diéramos al concepto *adquisición procesal* un alcance amplio y comprensivo de todas sus implicancias, no habría inconveniente en extender el mismo a la incorporación compulsiva de materiales probatorios en poder de las partes o de terceros, que sin haber sido ofrecidos formalmente por los litigantes, han sido, en cambio, conocidos, citados o advertidos a través de menciones incidentales deslizadas o formuladas en el proceso. En tal caso, podemos observar como el sistema dispositivo queda sumamente restringido por campear en mayor grado el principio inquisitivo o de oficialidad. Por otra parte si pensamos en los distintos modos de introducir las pruebas al proceso, también nos cabe considerar diversas soluciones

1010. Alsina, Hugo, T*ratado teórico práctico de Derecho Procesal civil y comercial, op. cit.*, T. I, p. 459.

inspiradas en los variados métodos de conjugación entre las pautas directrices arriba examinadas.[1011]

200. El impulso procesal

Esta es una regla muy relacionada con la política procesal dispuesta para el trámite. Así como en los llamados procesos sociales rige el impulso oficial, que supone el deber jurisdiccional de actuar el trámite en forma consecutiva sin necesidad de que las partes lo pidan; no es tan rotunda la afirmación cuando se trata de procesos civiles o comerciales (de interés privado) que se consideran administrados por el principio dispositivo, por el cual el proceso se promueve y avanza conforme sea el interés de los litigantes. Este principio interpretado a ultranza, considera que solamente las partes son quienes disponen del trámite, y el juez debe esperar las reacciones de ellos para realizar los actos que se le exponen. Por lógica se entiende que la sentencia se podrá dictar únicamente si las partes lo piden.

Sin embargo no es este el criterio que impera, habiéndose colegido de la exposición de motivos de la Ley N° 17454 que este precepto no tiene otra intención que facultar a los jueces para ordenar el pase de una a otra etapa sin necesidad de aguardar las peticiones de las partes.

Recordemos que allí se dijo que

> El ordenamiento procesal se ha apartado así del tipo de procedimiento dispositivo y ha quitado al juzgador su antiguo carácter de espectador pasivo del litigio. Le otorga un papel activo en la relación procesal, procurando que resplandezca la verdad y la justicia sea asequible a todos por igual.[1012]

El impulso del proceso, por vía de principio, le corresponde a quien lo promueve, porque al activar el mecanismo jurisdiccional concreta una pretensión que habilita el curso de la instancia, que se desarrollará hasta la sentencia. Por eso se denomina instancia al conjunto de actos procesales que realizan las partes para obtener la decisión judicial de un litigio, desde la promoción de la demanda hasta el llamamiento de autos para sentencia (para algunos), o hasta que se notifica la sentencia (para otros).

1011. Eisner, Isidoro, *El principio de adquisición procesal, op. cit.*, p. 1036.
1012. Exposición de motivos, capítulo II.

Dicho de otro modo, toda petición inicial de un proceso, trámite o procedimiento dirigido a un juez para que satisfaga un interés legítimo de quien acciona, es en general instancia y a partir de ello comienza para el accionante la carga de impulsar el procedimiento.[1013]

Sin embargo, este principio no puede estar en manos de quien acciona, porque de otro modo, el proceso serviría únicamente a intereses privados que podrían manipular el curso de la instancia y aplicarla a sus exclusivos designios, aprovechándose así de la disposición procesal que cuenta. Bastaría con instar en los tiempos previos a la perención, para mantener viva la instancia. Lo que tampoco es oficioso, porque no se trata solamente de mantener el litigio en estado permanente de conflicto, sino de llevarlo a satisfacer con justicia el destino para el cual fue el proceso previsto.

Pero no se trata solamente de una cuestión de pertenencia (quién tiene el dominio del impulso procesal), sino de política judicial. Cuando se persigue que el proceso tenga un tiempo razonable para las actuaciones, al mismo tiempo se establecen deberes y derechos para el juez y las partes, en orden a las respectivas obligaciones que surgen de la regla.

No obstante, el garantismo discute esta conclusión. Cipriani, por todos, afirma que

> En cuanto, igualmente, a la concepción publicística del proceso civil, es ya, probablemente, el tiempo de decir que los estudiosos ajenos al pensamiento de Klein no pueden ser considerados como seguidores de una ya superada concepción privatista o, peor aún, individualista de la justicia civil. Tales ideas podrían tenerse en los tiempos de los fueros personales y hereditarios, pero, desde que la jurisdicción devino, con el Estado moderno, una prerrogativa exclusiva e inalienable del Estado, nadie ha tenido jamás una concepción privatista del proceso civil y todos han coincidido en advertir que el Estado siempre se ha preocupado de la administración de la justicia y quiere que los procesos se desarrollen en la mejor y más racional de las formas.[1014]

1013. Cfr. Colombo, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, T. II, p. 663.

1014. Mortara, Lodovico, *Lo Stato moderno e la giustizia*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 1885.

Capítulo XXVII
El principio de inmediación

201. Introducción

Con la inmediación se propicia que el juez o tribunal se encuentre en permanente e íntima vinculación personal con los sujetos y elementos que intervienen en el proceso, recibiendo directamente las alegaciones de las partes y las aportaciones probatorias; a fin de que pueda conocer en toda su significación el material de la causa, desde el principio de ella y hasta su culminación.[1015]

La inmediación es una regla pero también puede convertirse en un principio instructor cuando señale la forma cardinal para desarrollar un procedimiento judicial. Es esencial e ineludible en el proceso oral; imprescindible en los juicios por audiencias; y facultativo en los de trámite escrito.

Eisner sostiene que es un principio porque se trata, precisamente, de una pauta o criterio orientador que procura conformar las normas procesales y de organización judicial de modo tal que obtenga las finalidades que persigue.[1016]

En cambio, Palacio dice que es un principio cuando se referencia a los procesos orales, porque en ellos el contacto personal y directo del juez o tribunal con todo el material del proceso, es una exigencia que excluye cualquier medio indirecto de conocimiento judicial. Pero en el proceso escrito, no opera como principio salvo que se lo interprete con importantes limitaciones, que al fin de cuentas, observa que la inmediación solo radica en imponer la presencia del juez en la ejecución de la prueba que se deba recibir en audiencias.[1017]

Sin dejar lugar a dudas, Clemente Díaz afirma que es una *regla* o *máxima*, que postula la comunicación personal del juez con las partes y el contacto directo de aquel con los actos de adquisición de las

1015. Eisner, Isidoro, *El principio de inmediación*, Buenos Aires, Depalma, 1963, p. 33.
1016. Ibídem, p. 33.
1017. Palacio, Lino, *Manual de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 139.

pruebas, como instrumento para llegar a una íntima compenetración de los intereses en juego a través del proceso y de su objeto litigioso.[1018] Por ello admite que la regla se aplica a los procesos orales como a los escritos siempre que estén reunidas las siguientes características: a) La presencia de los sujetos y personas procesales ante el juez; b) La falta de un intermediario judicial entre las cosas y personas del proceso y el juez; y c) La identidad física entre el juez que tuvo contacto con las partes y el que dictará la sentencia.[1019]

202. El problema político de la inmediación

Al juez se lo puede adoptar como una pieza o engranaje del proceso que actúa al tiempo de resolver; o asignándole un rol activo que dirija el procedimiento conforme sus convicciones. Al primero suele llamarse "juez espectador", al restante "juez director".

Esto no fue un problema en la historia del proceso, sino hasta el siglo XX; en el Derecho Romano la relación entre juez y partes era próxima y constante; las actuaciones se cumplieron en todas sus etapas (acciones de la ley, período formulario y sistema extraordinario) ante el magistrado, modificándose la costumbre con la influencia de la iglesia, que transforma al proceso en romano-canónico, permitiendo la delegación hacia instructores que recibían la prueba.

En cambio, el fenómeno era desigual en los germanos. El procedimiento no tenía el mismo lineamiento, toda vez que en la Edad Media el sistema judicial fue diametralmente distinto al racional que se elaboraba desde las normas del Imperio, porque dominaban juicios divinos e invocaciones supremas de corte místico. No había procedimientos por cuestiones, sino enjuiciamientos comunes para lo privado y lo público, lo civil o lo penal. Es un proceso entre partes, configura casi una lucha de intereses. El trámite es oral y público, completamente ocupado de ritos y solemnidades, muchos de ellos de carácter religioso[1020]

1018. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, T. I, p. 380.

1019. Ibídem, p. 382.

1020. La invitación a comparecer ante el tribunal, formulada por la parte demandante ante testigos, se llamaba *mannitio* y era el acto inicial del proceso que, como dice Brunner, era esencialmente público y oral y descansaba por entero en el principio acusatorio, de manera que estaban abandonadas a las partes la iniciación y la continuación

como fueron las "Ordalías". Además, contra la sentencia no había recursos, lo que era lógico si consideramos que el fallo era producto de la voluntad divina. La innovación más importante se alcanza en la prueba, que se torna racional abandonando deidades. Estas características restaban importancia a la presencia del juez en las etapas transitadas

La Europa continental de los siglos siguientes abandonó la idea del juez presente, descansando la tarea de examinar a testigos y partes en informantes a quienes se delegaba esa labor.

Con la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 la cuestión parece adoptar un cambio. Basándose en las Leyes de Partidas se ordenó que la prueba de testigos se cumpliera personalmente ante el juez, y si este no podía estar presente, se podía esperar hasta quince (15) días su producción. El art. 33 estableció que: "Los jueces y ministros ponentes de los tribunales colegiados recibirán por sí las declaraciones y presidirán todos los actos de la prueba". No obstante, la norma tuvo muchas vías de escape y continuó la delegación operando como regla, sin dar lugar a nulidad alguna.

Focalizada la cuestión en términos de ordenamientos legales, vemos que la influencia española se hace sentir rotundamente en Latinoamérica, que aplica a pie juntillas las leyes de 1855 y de 1881 que establecen el sistema escrito, formal y displicente con la inmediación (se le ordena como facultad). Por su lado, quienes siguieron el curso de la Ordenanza Procesal Civil alemana de 1877 generalizaron el uso de la oralidad en sus procedimientos, integrada a los principios de inmediación y concentración.

Es cierto, dice Eisner:

> … que bajo el régimen de esta ley la oralidad se llevó a sus formas más exageradas, al punto de no atribuirse valor a ninguna manifestación o petición de las partes si no era objeto de una alegación verbal ante el mismo tribunal, y solo ésta era tenida en cuenta, aunque además se registrara por escrito en el protocolo. Pero de todos modos de allí partió el principio saludable que luego, y en formas más razonables o atemperadas, se consagró en otras leyes procesales de la época.[1021]

---

del proceso; apareciendo así como su cúspide lógica los contratos procesales entre los litigantes. La autoridad del tribunal era muy limitada y en parte venía a quedar sustituida por la coacción jurídica del formalismo (cfr. Brunner Heinrich, *Historia del Derecho Germánico*, traducida y anotada por José Luis Álvarez López, Barcelona, Labor, 1936, p. 24).

1021. Eisner, Isidoro, *El principio de inmediación, op. cit.*, p. 56.

202.1 La Ordenanza de Klein y su influencia en el principio de inmediación

Con la Ordenanza austríaca que enseguida hacemos referencia, comienza una etapa nueva en los grandes períodos de formación de modelos procesales. Inicia el llamado "proceso social" que abandona el modelo liberal caracterizado, para todos, por el Código Procesal Civil napoleónico de 1806.[1022]

El proceso oral, concentrado o por audiencias fue la idea central de la célebre reforma procesal de Franz Klein, que transformó el llamado proceso común europeo. Las grandes líneas de la innovación se basan en mirar al proceso desde la perspectiva del interés público, sin abandonar la que tienen los litigantes, pero aumentando sensiblemente los poderes del juez respecto de estos.

El proceso comienza con planteos escritos que concretan el objeto de la controversia; luego, se pasa a una audiencia central (preliminar) que tiene una diversidad de objetivos. La audiencia la dirige el juez, personalmente, incentivando así, notablemente, el principio de inmediación. En el desarrollo debe propiciar fórmulas conciliatorias, examinar y resolver las excepciones pendientes que se hubieran opuesto con relación a presupuestos procesales (principio de saneamiento), debe fijar el tema a decidir y la prueba destinada a forjar la confirmación de lo pedido. Cumplido, la etapa de verificación se realiza en audiencias donde la presencia del juez es inevitable.

Este modelo revirtió el sistema escrito dando paso a la oralidad, cuestión que por aquél tiempo no fue solamente una variación en las reglas, sino una verdadera decisión de política judicial. Es cierto que, el modelo de la justicia civil social no supuso una abolición total del modelo liberal, porque en realidad lo complementa en función de perseguir una mayor concentración de los actos en vías de auspiciar la

1022. Gimeno Sendra, Vicente, *Observaciones al proyecto de ley de enjuiciamiento civil española desde el Derecho Procesal europeo*, Universidad de educación a distancia, Publicaciones – Debate, Nº 2, donde dice que dicho código francés estaba informado por los principios de oralidad absoluta, inmediación, celeridad (a través de la concentración y supresión de instancias) y valoración mixta (tasada y libre) de la prueba, que acabó, a lo largo del siglo XIX, instaurándose en la mayoría de los países europeos (así, por ejemplo, las Ordenanzas de Hannover).

mayor celeridad procesal. También lo es que la mudanza de roles del tribunal, antes pasivo, aventuró una polémica que aún persiste.

Además, la doctrina encontró que con este sistema se beneficiaba al principio de la verdad, que excedía en mucho la regla de comportarse en forma leal y honesta, instalando una regla moral en el proceso.[1023]

Cappelletti, admirador explícito del mecanismo instaurado, sostuvo que

> … esto es un instrumento para el bienestar social. En tal concepción *social* de la justicia, la función del juez deja de ser la de un árbitro apartado, que sin intervenir nunca en la conducción del proceso, se limita a pronunciar la propia decisión al final del duelo jurídico entre las partes. El juez, por el contrario, asume en esta concepción un cometido de guía y de propulsión procesal no solamente *técnica* y *formal* (controlando la observancia de las reglas del *fair play* y el ordenado y rápido desarrollo del procedimiento), sino también *material*. En otras palabras, desde la fase preparatoria del procedimiento, él asume un cometido de carácter *activo* y *asistencial* respecto de las partes, discutiendo con ellas la mejor formulación de las demandas y excepciones, colaborando con ellas en la búsqueda de la verdad, y, en suma, actuando a fin de que la victoria sea de la parte que efectivamente tenga razón y no de aquella que sepa prevalecer en virtud de la propia fuerza económica o por la mayor habilidad propia o del defensor […]. La importancia que, en una semejante concepción social del proceso, viene a asumir el contacto directo y personal, y por consiguiente "oral", del juez con las partes, no tiene necesidad de ilustración, así como no tiene necesidad, por otra parte, de ilustración los riesgos –de autoritarismos, de arbitrios, de abusos– conexos con una concepción semejante.[1024]

202.2 El Código italiano de 1940

En Italia la transformación venía de lejos. La influencia de la ordenanza austriaca fue evidente, pero más pesó la opinión de Chiovenda, quien había dicho que el proceso italiano no era solamente complicado, larguísimo y costoso; sino también un viejo arnés, enteramente inadecuado a las condiciones del tiempo y en contraste

1023. Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Temeridad y malicia en el proceso*, *op. cit.*, p. 113 y ss.
1024. Cappellletti, Mauro, *La oralidad y las pruebas en el proceso civil*, *op. cit.*, p. 81.

marcado con la índole de la función pública a la que está destinado, tal como aparece al espíritu moderno.[1025]

En 1906 había pronunciado una conferencia en Nápoles que él mismo reconoce fue el punto de partida hacia un proceso sobre la base de la oralidad, de la inmediación y de la concentración.

> La justicia en el proceso no comienza con la decisión; con el inicio mismo de la causa se abre un amplio campo a la justicia distributiva. Tampoco las normas judiciales contemplan solamente a los litigantes del caso concreto; las mismas deben proveer de modo que refuercen la confianza de los ciudadanos en la acción del Estado; no solo como juez sino como poder. Obsérvese todavía: con la idea de que la administración de justicia sea una función de la soberanía, se viene formando lentamente la convicción de que el juez como órgano del Estado no deba asistir pasivamente a la litis, para pronunciar al final una sentencia, como la máquina automática que accionada por el peso de la moneda que cae emite una golosina o un boleto de entrada; sino que debe participar en la litis como fuerza viva y activa. En otros términos, el Estado está interesado, no en el objeto de la litis, sino en el modo como este se desarrolla. Y este simple principio contiene en sí una entera revolución en el campo de los conceptos procesales.[1026]

1025. Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de Derecho Procesal civil, op. cit.*, V. II, p. 177. En este trabajo Chiovenda expone claramente su pensamiento sobre el peso de la oralidad en el proceso y dice: "No es menos importante el lado social de la cuestión. Con abreviar la litis, con dar a la oralidad la mayor parte en los juicios, con hacer al juez más vivamente partícipe de la relación procesal y más inmediato su contacto con las partes en causa, se aproxima la justicia a las clases menos pudientes mucho más que con preparar organismos de defensa del pobre, destinados a funcionar en modo inadecuado a su noble fin".

1026. Ibídem, V. II, p. 162. En cambio, Montero Aroca pese a la afirmación del propio Chiovenda, sostiene que fue en la conferencia pronunciada en 1909, en el Círculo Jurídico de Roma con el título "El estado actual del proceso civil en Italia y el proyecto Orlando de reformas procesales", cuando aquel se ocupa ampliamente de la oralidad, y afirma que en ella se encuentra la reforma radical que Italia necesita. Por eso dice que Chiovenda tuvo en cuenta para fomentar la oralidad, dos proyectos esenciales. Uno el proyecto Orlando del 16 de marzo de 1908, cuando se presentó el proyecto de ley titulado "Nuevas disposiciones en torno al orden y a la forma de los juicios", proyecto que se debía a la pluma de Mortara y que no llegó a ser discutido por la disolución anticipada del Parlamento, pero que se reitera el 24 de mayo de 1909, también obra de Mortara, y titulado "Reformas al Código de procedimiento civil" que tampoco fue discutido. El otro se debió a la iniciativa legislativa de quien fuera el siguiente ministro de Justicia, Vittorio Scialoja, precisamente el maestro de Chiovenda, quien cultivó el amor por la oralidad y llevó a la transformación del pensamiento del maestro de la ciencia procesal (Montero Aroca, Juan, *La Ley de Enjuiciamiento Civil española y la oralidad, Derecho Procesal, op. cit.*).

El pensamiento del maestro italiano vigorizó a la oralidad como centro del sistema. Con ella era posible acercar la justicia al pueblo y hacerla más confiable; y al mismo tiempo, provocaba un autocontrol de las partes, que postergaba la conducta obstructiva, también frenada por los principios de concentración y dirección del juez.

El 28 de octubre de 1940 se publicó el nuevo código de procedimiento civil que entró en vigencia el 21 de abril de 1942. Sus redactores fueron Piero Calamandrei, Francesco Carnelutti y Enrico Redenti. Este ordenamiento, según palabras de Calamandrei, "quiere ser un decidido retorno a las mejores tradiciones patrias, realizado conscientemente por el trabajo de selección histórica llevado a cabo en los últimos cincuenta años de doctrina".[1027]

La impronta del proyecto Chiovenda de 1919 fue evidente en el proceso de conocimiento, instaurando la oralidad que sustituye la forma de expresión en las actuaciones del procedimiento, el que se concentra en audiencias regidas bajo el principio de inmediación. Al juez se le da plena autoridad para dirigir e impulsar el trámite, aumentando sus poderes de investigación.[1028]

Esta corriente, con el paso del tiempo, consolidó el paso del procedimentalismo al procesalismo o publicismo del proceso civil. Por supuesto que hubo detractores que no soportaron el principio de autoridad y sostuvieron que el sistema era el testimonio claro de un régimen autoritario y despótico.

1027. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal civil*, T. I, Ejea, Buenos Aires, 1986, p. 82.

1028. Cabe reconocer que el Código de 1940 no fue producto de esta sola influencia, porque después de 1919 se designó otra comisión en 1924 presidida por Lodovico Mortara y la vicepresidencia de Chiovenda, que a su vez encargó a Francesco Carnelutti la redacción de otro proyecto, que en definitiva se integró y revisó por el, por entonces, Guardasello Alfredo Rocco. Este proyecto tuvo un replanteo entre los años 1933 y 1934 cuando interviene Enrico Redenti, que culmina con la aspiración del Guardasello Arrigo Solmi que quería acentuar los poderes instructorios del juez (este fue el pilar de la oralidad que impulsó Chiovenda, al que reprodujo en varios pasajes). En el verano de 1939 se designa Guardasello a Dino Grandi, quien impulsa el proyecto Solmi y designa a esos efectos una nueva comisión, integrada por Calamandrei, Carnelutti y Redenti, oficiando de coordinador Leopoldo Conforti. Esta fue la comisión que creó el código publicado el 28 de octubre de 1940.

Cipriani, por ejemplo, afirma que

> En 1942, cuando pasamos del proceso liberal al proceso "publicista" se produjo un pandemonio. Basta pensar que las partes fueron constreñidas a llevar a los roles de audiencias de "todas las causas que dormían" en secretaría que, según parece, eran la mitad de las que estaban pendientes, con el fin de que fueran rápidamente o conciliadas o resueltas. Los jueces se encontraron así, de la noche a la mañana, con sus roles sustancialmente doblados y con el deber de ser (también) los timoneles en todas las causas. Con la consecuencia que éstos, en vez de decidir rápidamente y bien todas las causas, terminaron decidiendo muchas menos que antes. La lección de 1942, sin embargo, no sirvió. Se ha negado *maiorem*. Primeramente, se dijo que la culpa era de las disposiciones transitorias y, luego, que lamentablemente estaba la guerra. La culpa, creo yo, en cambio, la tenía con palmaria evidencia el Código, que pretendía que el juez llegara preparado a la primera audiencia de todas las causas y que todas fueran, lo más rápidamente posible, conciliadas o resueltas. La estrangulación, lo que hoy se llama el cuello de la botella, en lugar de formarse solo al final, se formaba desde el inicio, con la consecuencia de que las primeras audiencias se fijaban con cuentagotas, inclusive a los dos años, dos años durante los cuales el demandado estaba autorizado a no hablar: así, no se tenían ni sentencias ni transacciones. Una aberración. A lo cual, afortunadamente, puso fin la reforma de 1950, que en cierto sentido autorizó al juez a no estudiar las causas en vista a la primera audiencia y a dedicarse a las sentencias (pero, lamentablemente, no autorizó a dejar de lado las causas que pretendían estar en *surplace*).[1029]

202.3 Las reformas procesales del siglo XX. Consagración del principio de inmediación

La oralidad se instaló en las reformas posteriores, pero no impacta en Latinoamérica porque en estas tierras el modelo fue la ley de enjuiciamiento civil española. No obstante, si entendemos como una proyección de la oralidad el sistema que propicia, es indudable que culmina consagrando el principio de inmediación.

1029. Cipriani, Franco, *Batallas por la Justicia Civil, op. cit.*, p. 78.

En efecto, un lúcido estudio sobre el significado de la oralidad visto como concepción destinada a la transformación de las instituciones del procedimiento, sostiene que

> … más allá de entenderlo como una profusión de la palabra hablada, de la expresión verbal en la mayoría de los actos procesales que domina, también lo dota de una calidad estructural y formal específica, en la que la palabra hablada no es más que una circunstancia. Excede la concepción de la oralidad, la simple utilización de la expresión verbal, para constituirse en un modo y forma estructurada de llevar adelante el proceso que tiene un funcionalismo propio, tal cual ocurre con un sistema, por eso apuntalamos que la oralidad debe comprenderse en su concepción amplia de sistema procesal.[1030]

Con esta medida, la participación activa del juez en la audiencia trasciende la expresión de los actos. Asimismo, la inmediación se concibe como actividad principal del juez y se establece como un deber en la etapa probatoria. Cuando el código dispone el trámite por audiencias, la presencia se convierte en una obligación funcional.

Las reformas posteriores tomaron el curso de la inmediación emparentado con la regla de la oralidad, aplicada especialmente en la recepción de la prueba. En Alemania, por ejemplo, sostiene Goldschmidt que el juez quedaba sujeto a dos postulados: a) utilizar de inmediato los medios probatorios que las partes ofrecieran (principio de inmediación en sentido subjetivo o formal), de modo tal que se establece la relación entre el juez con los medios probatorios, y b) que ha de utilizar los medios de prueba inmediatos (principio de inmediación en sentido objetivo o material), que se refiere a la relación de los medios de prueba con la cuestión a probar.[1031]

Sin embargo España, permitió la delegación en funcionarios suprimiendo así la eficacia del principio de inmediación; problema que la doctrina advierte cuando se pretende introducir con reformas procesales la tendencia del principio de autoridad, como dirección material del proceso.

1030. Villalba Bernie, Pablo D., *Proceso Civil. Actualidad y futuro*, Asunción del Paraguay, Editorial Bijupa, 2008, p. 120.

1031. Goldschmidt, James, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 87.

En Argentina, el Decreto/Ley N° 14237 estableció en el artículo 23 que

> El juez debía convocar a una audiencia con el fin de establecer los hechos articulados sobre los cuales versaría la prueba. En ella convenía un juez presente quien en ese momento o dentro del tercer día siguiente debía fijar los hechos controvertidos.

También el artículo 21 dispuso que

> En cualquier estado del juicio los jueces y tribunales podrán disponer las medidas necesarias para esclarecer la verdad de los hechos controvertidos y mantener la igualdad de los litigantes o prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe, así como aquellas tendientes a la más rápida y económica tramitación del proceso.

Este decreto, después reformado por el Decreto N° 23398/56, estaba en línea con otros proyectos contemporáneos, como el que había gestado David Lascano en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional de La Plata; o el de Eduardo Juan Couture, realizado en la República Oriental del Uruguay; también el de Ricardo Reimundín para la provincia de Salta, entre otros. El conflicto fue que, habiendo dispuesto elevar la autoridad del juez en el proceso la inmediación se instaló como una *facultad*, o un *poder*, y cuando se dijo que era una *obligación*, no se establecieron consecuencias para el incumplimiento.

Años después la doctrina acentuó la necesidad de resolver este conflicto, y tras renovadas intenciones, se llega a un modelo tipo que se presenta como un ideal a conseguir. Es el fruto de la investigación y empeño de tres distinguidos juristas del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal (Enrique Véscovi, Adolfo Gelsi Bidart y Luis Torello, todos ellos uruguayos).

En sus grandes líneas, el código modelo esclarece que tiene la intención de proponer puntos de partida para una reflexión a nivel continental, sobre los principales problemas del proceso que son comunes, para llegar a algunas posibles determinaciones, también comunes, o al menos, emanadas de la deliberación de todos.

Reproducimos algunas ideas aportadas para evidenciar por qué la inmediación ya no es un tema a debatir:

- El juez es un sujeto de derecho esencialmente imparcial, que debe reunir particulares aptitudes en el ramo del Derecho y actuar con plena autoridad en el ejercicio de sus funciones.

- Sólo el abogado puede asistir o defender ante la Justicia, cualquiera sea la materia o la naturaleza del proceso; su presencia es indispensable en el mismo.
- El poder jurisdiccional corresponde a todos los tribunales por igual. La distribución de su alcance ha de inspirarse por razones de división de trabajo, por el número de asuntos especialmente, alguna especialización y, eventualmente, su modo de actuación (oral o escrito).
- Todo sujeto debe tener libre acceso al Tribunal; todo derecho alegado ha de poder sustentarse por aquél y definirse y aplicarse por este. El proceso es el medio fundamental para la afirmación de los derechos humanos y éstos deben también consagrarse en su programación.
- El proceso es una estructura de sujetos dispares y en él ha de reconocerse su actividad primordialmente conjunta y solo sucesiva cuando se trate de actos fundamentales y unilaterales de cada proceso (*v. gr.* demanda, contestación, sentencia). A pesar de ello, se procurará la mayor coincidencia temporal de los mismos (preferencia de la audiencia sobre la actuación escrita y sucesiva); enfoque sintético y de conjunto.
- La instrumentalidad del proceso, al servicio de todo el derecho sustantivo, no implica diversidad de procesos, sino más bien su unificación; él proceso no tiene preferencia por una u otra materia, ni a ésta corresponde señalar las estructuras procesales, sino meramente sus necesidades (*v. gr.* importancia de medidas provisionales o cautelares; necesidad de suma abreviación; etc.). Las soluciones son establecidas y brindadas por el Derecho Procesal. El criterio ha de ser la reducción de las diversas formas, a su mínimo indispensable.
- La reforma del proceso debe procurar su apertura a las posibilidades de la época, cuyos logros científicos deben tener amplia aceptación en el mismo; así, por ejemplo, la apertura de la prueba (todo elemento que sirva para demostrar la existencia de un hecho, ha de ser admitido); la colaboración de técnicos y hombres de ciencia (asistentes sociales, consejeros matrimoniales para la conciliación, psicólogos, etc.); la racionalización del modo de operar de los tribunales como si fuesen

modernas empresas; la incorporación de medios actuales de fichaje y registro; etcétera.

- El proceso en los conflictos sociales y colectivos, nacionales o internacionales, se encuentra en este momento en una encrucijada fundamental para la "lucha por el derecho". Para ello se hace indispensable su acercamiento a la vida cotidiana, de modo que las partes ingresen a él, como a un medio racional y comprensible para dilucidar sus derechos y sus posibilidades de real comunicación entre los sujetos del proceso, dando mayor flexibilidad y oportunidad para el intercambio entre el juez y las partes.
- Una de las mayores exigencias de nuestra época radica en la abreviación de los trámites, en la obtención de un resultado relativamente rápido. El proceso actual no está a la altura del "jet" (no hablemos del espacio) y no puede estarlo, porque en él no se trata de un pensamiento cristalizado en técnica, sino de un pensamiento que debe lograr elementos del pasado, para en base a su estudio determinarlos y realizar la estimación (jurídica) de las situaciones planteadas. Pero cuando se piensa en la abreviación del proceso, se considera especialmente el tramo a seguir para llegar al *judicio* realizado aquel (salvo en pocas situaciones de hecho muy complejas o en algunos problemas difíciles de derecho) se desprende de dicha tramitación.
- Para las partes, el proceso es un tránsito obligado pero que podría, en su mente ser prescindible, para llegar al cumplimiento o a la ejecución de la sentencia. La autoridad del Tribunal desaparece si esto no puede asegurarse y verificarse; el problema de la eficacia de la justicia es otro de los temas básicos de la reforma procesal.

202.4 Desilusiones y críticas

La inmediación es una necesidad que opera más allá de la regla. No se puede creer que ella sea cumplida con la presencia formal sin actividad directora; como tampoco es negociable la dirección autoritaria que sobrecoja los demás principios y obstruya las garantías.

Las desilusiones de la inmediación son producto de omisiones legislativas que, a esta altura, no parecen casuales. Con ello queremos

expresar que después de la última reforma (Ley N° 25488) que sufrió el Código Procesal federal, se repitió el error ancestral. Antes se sostenía que era deber del juez asistir a las audiencias de prueba *bajo pena de nulidad*, mientras que ahora, solo se indica que es un deber del juez hacer lo establecido pero sin sanción o consecuencia alguna cuando haya inejecución o incumplimiento.

Una vez más se difuminó la oportunidad de indicar la importancia que tiene en el proceso civil la participación activa del juez, controlando la regularidad de las actuaciones, sin afectar la imparcialidad con las partes. ¿Por qué, entonces, ocuparnos aunque sea brevemente de este problema? Porque creemos que es necesario insistir hasta el hartazgo sobre un tema que por espinoso y trascendente no puede ser objeto de tanta parsimonia.

El problema aparece con las potestades que tiene el juez para desarrollar el proceso manteniendo, en toda la instancia, los principios que venimos comentando. La autoridad se refleja en distintas decisiones; desde la última e imprescindible para fortalecer la confianza en la institución, que es la ejecución por la fuerza cuando el mandato judicial no se cumple; hasta otras menores, como son las medidas correctivas por la inconducta procesal.

Pero también, la *autoridad procesal* pondera otros valores, tales como la conducción y depuración del proceso, exigir la verdad de los hechos, la prudencia y equilibrio en las decisiones, entre otros contenidos axiológicos que muestran la complejidad del principio.

En sus orígenes el proceso civil se formó e implementó como una cuestión entre litigantes. Fue una lucha, y como en toda lucha, solo había ganadores y perdedores. Conserva, entre otros, este mensaje el tema de las costas procesales. Pero con Chiovenda y su firme impulso por la oralidad, comprendió que la función del juez no podía quedar tan inerte. No era un espectador de lujo en la controversia, sino un activo director que podía exigir de las partes algo más que el desempeño técnico.

El pasaje del proceso de manos privadas al interés público cambió la consideración del principio de autoridad y se esforzó por la inmediación. El quid no está asentado, desde entonces, en la mera facultad de ejecutar lo juzgado, sino en un conjunto de atribuciones que polarizan su presentación, en pos de la eficacia del servicio jurisdiccional.

Hoy, en curso la primera década del siglo XXI, la concepción social cobra fuerza a partir de la influencia constitucional en el proceso, y del activismo que regresa hacia el juez como director del proceso. La publicización eleva al litigio dentro de la esfera del derecho público, y por él se entiende que un individuo que acude a la jurisdicción no persigue ya solamente un interés privado sino que, por vía de la despersonalización del derecho subjetivo y de la socialización del derecho, muda hacia un marco de protección que considera la situación global de la sociedad. Hoy en día esta línea directriz parece consagrada: el proceso es público, porque aún resolviendo conflictos privados, generaliza sus respuestas dando pautas de convivencia social. Obviamente, tal emplazamiento, no se puede realizar sin un juez atento y vigilante con la realidad que debe resolver.

Sugerentemente se dice que la metamorfosis actual de los jueces es notable y se indica en distintas actitudes: 1) Un juez que está en el centro del ring pero no ya en la actividad neutral (la de *referee*) solo para impedir los "golpes bajos". Ha quedado atrás esa posición de mero mediador, de asegurador o garantía del juego formal y privatístico de los contendientes; 2) Aquella ubicación del juzgador y del oficio se monta al mismo tiempo y en vértice principal, en la ley orgánica y en un sistema procesal donde la *predominancia de lo escriturario no tiene destino*, así se lo emparche continuamente con retoques y escaramuzas de superficie, pese al innegable rigor técnico de las fórmulas trabajadas. La *inmediación debe acompañar* con todas sus reverberaciones al juez funcional, desde el comienzo hasta la ejecución de la sentencia. *El proceso en vivo desplaza así al expediente muerto*.

Finalmente las críticas: la presencia del juez es un requisito esencial del acto procesal y sin embargo el juez pocas veces está. ¿Constituye una causa de mal desempeño?:

> Se ha dicho que, en realidad el juez no está, porque no está nunca en la ficción del procedimiento escrito. Así el criterio analítico adecuado a una teoría estratificada del delito lleva a afirmar que la conducta del juez ausente en la audiencia en la que se deja constancia de su presencia es típica. Pero no se presentan los otros caracteres necesarios de la conducta, pues ésta no es antijurídica ni tampoco culpable. Las condiciones de trabajo existentes obligan a delegar funciones para no producir una consecuencia mucho más grave que detendría la administración de justicia; y si al juez se le ocu-

rre asistir a todas las audiencias entonces no lograría atender su despacho, se le vencerían todos los términos y se lo sometería a un juicio político.

La conducta del juez ausente en la audiencia en la que se deja constancia de su presencia ni siquiera es penalmente típica porque una tipicidad legal no pasa el test necesario. Media un conflicto entre todos los deberes, pero un conflicto aparente porque siempre predomina un deber sobre otro y en el caso es superior el de mantener el despacho al día. Se trataría de un caso de atipicidad conglobante por cumplimiento de un deber jurídico preponderante.[1032]

Si la ausencia es producto de una licencia que se concede ante un pedido voluntario del magistrado, ella no le "suspende" en el ejercicio normal de sus atribuciones, solo le faculta para "no concurrir a su despacho", a fin de atender el trámite de los expedientes a su cargo o asistir a las audiencias para dar cabal cumplimiento al principio de "inmediación".

Cabe reiterar que tras la reforma, se establece en el artículo 34 el deber de asistir a las audiencias y de realizar personalmente los actos procesales que tiendan a la eficacia de la función jurisdiccional, pero no se establecen sanciones en caso de incomparecencia. Solamente se indica la nulidad del acto en el caso del artículo 360 (audiencia preliminar) si quedó constancia en el acta de esa ausencia del juez.

1032. CNCrim. y Correc., Sala VI, "Casabal, Elía A.", 01/07/1985, *LL* 1985-E, 122.

Capítulo XXVIII
Las reglas de la oralidad y la escritura

203. La oralidad como principio político

El sistema oral o escrito para los procedimientos se puede resumir en ventajas e inconvenientes que muestren en la confrontación, beneficios y perjuicios para quien elija un trámite conforme. No obstante, la sencillez no es tal cuando se escarba en los orígenes del modelo, porque con ella comienza una cuestión de política procesal que excede largamente la simplificación de las reglas.

En efecto, la oralidad fue expuesta por Chiovenda como sinónimo de su pensamiento, claro que acompañada de dos principios más, concentración e inmediación procesal. La línea argumental toma cuerpo en la prolusión de 1901, en la Universidad de Roma cuando refiere a *las formas en la defensa judicial del derecho*,[1033] y sostiene que la abolición de las solemnidades judiciales era una necesidad que podía quedar resuelta con algunos *medios directos*, como la oralidad, la relación inmediata entre la parte y el juez; y *medios indirectos* como la exclusión absoluta de las espórtulas judiciales.[1034]

En esta oportunidad se avizora la oposición que plantea al procedimiento tradicional, con dilaciones e incertidumbres y propenso a la discusión constante de todos los planteos. En 1906, dos hechos suscitan al unísono la aspiración por la oralidad en los juicios. Por un lado la edición de sus *Principios*, y por otro, la conferencia dictada en el Círculo Jurídico de Nápoles (11 de marzo de 1906), cuando dice:

> El ideal de nuestro tiempo sería que ninguna litis se perdiese por razones de forma. Más profundo y más grave aparece el contraste entre la dirección del pensamiento científico moderno, enemigo por naturaleza de todo prejuicio, de todo convencionalismo, de todo vínculo en la investigación de la verdad, y los límites de toda clase, positivos y negativos, que se ponen

1033. Chiovenda, Giuseppe, *Ensayos de Derecho Procesal civil, op. cit.*, V. 2, p. 123 y ss.
1034. Ibídem, p. 143.

> al pensamiento del juez en la investigación de la verdadera situación de hecho en las causas. De un lado, el juez no puede servirse por lo general más que de los medios de prueba que las partes presentan y proponen; algunos medios le están prohibidos enteramente, como el examen testimonial, fuera de ciertos límites; y, de todos modos, no puede hacer uso de ellos sino de acuerdo con determinadas reglas. ¿Qué más? En los juicios más graves no le es dado ni siquiera conocer personalmente a los litigantes, las afirmaciones de los cuales debe juzgar; por otro lado, él está obligado a considerar como verdaderos los hechos confesados, y a juzgar conforme al juramento prestado. La prueba legal tiene siempre un puesto importante en nuestro proceso civil; y el juez, aunque cumpla una función de Estado, es siempre el más pasivo de los funcionarios de Estado.[1035]

Queda impreso con este razonamiento una clara y rotunda afirmación: un proceso de formas desnaturaliza el debate entre las partes, en cuyo caso las soluciones deben partir no desde el Derecho Procesal, sino desde las leyes, porque, en definitiva –se interroga– ¿no es este un problema entero de la relación entre el Estado y el ciudadano, trasladado al campo del proceso civil? ¿No es el eterno conflicto entre la libertad individual y los poderes públicos?

Montero Aroca afirma que es realmente en la conferencia de 1909 (Círculo Jurídico de Roma, del 17 de abril de 1909) cuando Chiovenda establece de modo general y teórico cuál era el contenido del principio de oralidad, pero que la verdadera fundamentación está en los *Principios*.[1036]

1035. Ibídem, p. 167.

1036. Cfr. Montero Aroca, Juan, *La nueva ley de enjuiciamiento civil española y la oralidad, op. cit.*, pp. 555-635): "En marzo de 1906 pronuncia Chiovenda una conferencia en el Círculo Jurídico de Nápoles, con el título Las reformas procesales y las corrientes del pensamiento moderno, en la que después de una larga introducción sobre la importancia política y social del proceso civil, sobre la influencia de las reformas políticas en las leyes procesales, con alusión a tratados internacionales, afirma la inadecuación del Código procesal italiano de 1865 a las condiciones de la sociedad y de la cultura de la época, para concluir que la solución 'no será fruto de una reforma legislativa, ni de una reforma radical, sino solo de una lenta y profunda modificación de nuestra conciencia y de nuestros sentimientos'. En este contexto de conservadurismo iluminado, de defensa de los abogados y de indeterminación de las reformas necesarias, hizo dos alusiones a la oralidad; una de pasada y otra algo más concreta, pero no para proponerla como modelo, sino solo con referencia a Austria y a la Ordenanza de Klein. Dijo solo que el proceso austríaco 'ha spinto alle sue estreme applicazioni il principio della oralità; el mismo se basa en la concentración normal de todas las actividades procesales en una única audiencia, destinada a las alegaciones de fondo por las partes, a las pruebas, al debate'".

Es cierto, pero no se pueden aislar las ideas escritas de las conferencias pronunciadas, porque cuando escribe los *Principios* recopila y sintetiza la historia italiana, para demostrar que la invasión de leyes extranjeras había sido un obstáculo para la evolución del Derecho Procesal. Allí señaló al *Reglamento general judicial* de José II (1781) de Austria, conocido como código Lombardo; luego, el *Código de procedimiento civil* francés que publican varios estados italianos a partir de 1806, e indica la influencia de otras legislaciones particulares de los Estados de Parma y Piacenza, entre otros.

Para Chiovenda los errores que advertía en toda esta legislación eran: excluían completamente la publicidad y la oralidad y toda inmediata relación entre el juez y los litigantes; el sistema quedaba dominado por el poder dispositivo de las partes; los estadios procesales se sostenían en la contestación, la réplica, la dúplica, la tríplica, la cuadruplica, debiendo el demandado, sin embargo, producir todas sus excepciones al mismo tiempo, sin poder el actor deducir en la réplica nuevas circunstancias y pruebas. Se conservó también la sentencia probatoria del derecho germánico, aunque el pleito quedaba dividido en dos partes: una destinada a las *afirmaciones*, que terminaba con la sentencia ordenando la prueba; y otra destinada exclusivamente a las *pruebas* que terminaba con la sentencia definitiva.

La crítica que expresa en la introducción de los *Principios* tiene un sentido y dirección. Chiovenda estaba elaborando una renovación del

Estas dos únicas alusiones no pueden entenderse como el inicio de la propaganda sobre la oralidad. Este se encuentra en la conferencia pronunciada por Chiovenda en 1909, y en el Círculo Jurídico de Roma con el título "El estado actual del proceso civil en Italia y el proyecto Orlando de reformas procesales", pues en este otro texto sí se ocupa ampliamente de la oralidad y sí afirma que en ella se encuentra la reforma radical que Italia necesita. Entre 1906 y 1909 se había producido un hecho aparentemente sin relación con el principio de oralidad, pero que va a condicionar todo el desarrollo del mismo y desde el inicio. El Maestro de Chiovenda, quien lo había hecho catedrático de la Universidad de Roma a la tempranísima edad de 34 años y por *chiara fama*, sufrió una repentina conversión que le llevó a ser apóstol de la idea de que "no podemos continuar manteniendo un derecho general que es inferior al de todos los otros pueblos civilizados". En estas circunstancias, ante un proyecto de ley que contenía pequeñas reformas y con un Maestro que se declaraba apóstol de la reforma radical, Chiovenda tuvo que abandonar su anterior posición de modificación de la conciencia y de los sentimientos para convertirse a la nueva fe de la reforma radical. Esa conversión consistió en llegar a ser el apóstol de la oralidad; su camino de Damasco fue indirecto, pues el converso primero fue Scialoja y Chiovenda lo fue sólo en segundo grado.

proceso civil imaginando un sistema diferente al tradicional, emparentado con la filosofía del Código de Klein de Austria, pero distinto en la dimensión de los poderes y deberes jurisdiccionales.[1037]

En efecto, la oralidad podía ser un sistema para el desarrollo de las actuaciones, pero también permitía un control activo sobre el desempeño de las partes, concentraba los actos y reducía la contradicción al mínimo imprescindible, desde que todas las alegaciones debían formularse al mismo tiempo. De este modo, las partes conservaban el poder dispositivo respecto del material (aporte de los hechos), siendo el juez quien asumía el control y la dirección del proceso, antes en manos de los litigantes.

Al mismo tiempo, la oralidad permitía en el pensamiento de Chiovenda, facilitar el objetivo de todo proceso: la *actuación de la ley*.

> Este es el fin del proceso, no la defensa de derechos subjetivos, como muchos afirman [...] sino la actuación de esta garantía que es la ley [...] La actuación de la ley es el fin constante del proceso, sea fundada o infundada la demanda del actor; la sentencia que la acepta o que la rechaza es siempre actuación de la ley, esto es, afirmación de una voluntad positiva o negativa de la ley. El proceso no sirve a una parte o a la otra; sirve a quien tiene razón, según el criterio del juez.[1038]

En suma, la oralidad se emplaza como un sistema político para la gestión judicial. Ella importa elegir más que un modo de expresión, porqué en la práctica supone trabajar con el material procesal (alegaciones, afirmaciones, ofrecimiento de prueba, etc.) que se presenta en la audiencia, sin recurrir a escritos o memorias; a diferencia del modelo escrito, donde el tribunal labora únicamente con el material suministrado por las partes a través de los escritos.[1039]

1037. Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Los protagonistas del Derecho Procesal. Desde Chiovenda a nuestros días*, *op. cit.*, p. 33. A principios del siglo XX, el ascendiente de la Ordenanza procesal austriaca era muy grande y generaba resistencias en quienes mantenían con el peso de su autoridad científica los esquemas rituales del código sardo de 1865, que había sido adoptado como ley nacional al realizarse la unidad italiana. Mattirolo y aún más Mortara (1855-1936) eran hirientes con Chiovenda; el primero porque veía que el fulgor de su estrella se apagaba con el recién llegado, el segundo, porque siendo apenas mayor, sentía que pese a lograr ser reconocido con más lustre que su maestro (Mattirolo) no conseguía doblegar al "joven impetuoso y poco reflexivo".

1038. Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal civil*, *op. cit.*, T. I, p. 96.

1039. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal*, *op. cit.*, T. I, p. 314.

204. Evolución de la oralidad

La instrumentación verbal del debate contaba ya con fuerte presencia en el Código de procedimiento civil de Hannover de 1850 (elaborado por Gerhard Adolf Wilhelm Leonhardt) y en Alemania la Z.P.O. lo consagró en 1877, tomándolo como "la piedra angular" de la reforma.

Schönke explicó que

> … el objetivo de un procedimiento con oralidad plena es muy difícil de alcanzar, pero de considerable importancia. Ha sido puesta de relieve también en el Decreto de aceleración e inmediación en el procedimiento, en donde se dice el debate oral es la médula del procedimiento. Solo de un debate oral regido por la inmediación y en el que reine la actividad, puede y debe el juez sacar su convicción El requisito de la substanciación oral significa que no puede resolverse sin debate oral a una petición unilateral de la parte ni sin súplica ni debate de ambas partes. Además, solo puede ser tenido en cuenta en la resolución lo alegado por las partes ante el Tribunal en el acto de la vista. No obstante, es admisible en el debate remitirse a escritos en cuanto no se oponga ninguna de las partes y el Tribunal lo estima pertinente. Concluido el último debate oral, no hay ya posibilidad en principio para escritos preparatorios. Otra cosa sucede si las partes han solicitado una resolución sin vista oral bajo reserva de que por ambas se puedan todavía, dentro de un determinado plazo, presentar escritos. Por lo demás, no pueden ser utilizados como fundamento de la sentencia, escritos que se hayan presentado después de concluir el último debate oral […]. Del principio de la oralidad síguese también el que la sentencia solamente pueda ser dictada por los jueces que han asistido al debate.[1040]

La oralidad se consolidó en Europa hasta llegar a constituir un principio particular (el principio de oralidad) que fue adaptado por las legislaciones emergentes.[1041] No obstante, con el paso del tiempo y, especialmente, por la escasa preparación del debate, la oralidad plena fue mitigada permitiéndose la introducción de alegaciones escritas.

1040. Schönke, Adolf, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 42.

1041. Cappelletti dice que todos los códigos del siglo XX, desde el húngaro de 1911 (obra de Alejandro Plósz), al noruego de 1927, el yugoslavo de 1929 y el polaco de 1933, hasta llegar al Código federal suizo de 1947 y el sueco de 1948, así como las leyes de países socialistas de Europa, se han basado en el criterio de la relación inmediata y oral del juez con las partes y los otros sujetos del proceso (Cappelletti, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado*, Buenos Aires, Ejea, 1963, p. 54).

De este modo el desarrollo actual en Alemania admite alternar entre presentar por escrito las peticiones; requerir la celebración de una audiencia para expresar verbalmente lo que se quiere; y finalmente, puede haber regulaciones intermedias mixtas.[1042]

Prácticamente lo mismo sucedió en Italia, que tras la prédica de Chiovenda, finalmente consagrada en el Código de 1940, se desvirtúa en 1948 cuando de alguna manera se vuelve al proceso sumario.

Irónicamente dijo Allorio:

> Ya se sabía todo esto. Que el código de 1940 realiza una forma de oralidad sin inmediación y sin concentración, y por esto mismo, limitada y de reducido rendimiento, no es absolutamente novedad. Es igualmente conocido que el sistema adoptado por el código fue resultado de un compromiso entre exigencias ideales y concretas posibilidades técnicas. Lo *optimum* habría consistido en la instrucción confiada al mismo órgano decisor, al colegio; mas la escasez del personal judicial no permitía realizarlo. Y puesto que, por otra parte, no había encontrado favor la idea del juez único, emergente en los proyectos Solmi, se tomó por una vía intermedia.[1043]

En definitiva lo que sucedió fue que no logró la oralidad una fórmula pura, en el sentido de desenvolver todas las actuaciones en forma verbal y ante el juez de la causa. Hubo preeminencia de lo escrito, o un predominio de la oralidad, recibiendo cada forma la influencia del otro.

Guasp reconoce justamente que el predominio de la oralidad pareció ser un axioma procesal que fue perdiendo el carácter de indiscutible como alguna vez llegó a pensarse:

> … pero no es menos cierto que esta alteración no se debe tanto a un fracaso experimental del sistema, como al deseo de llegar a una combinación de direcciones de la que se espera mayor rendimiento que el que en sí pudiera dar la oralidad.[1044]

1042. Leible, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, Medellín, Dike - Konrad Adenauer Stiftung, 1999, p. 141.

1043. Allorio, Enrico, *Problemas de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 339.

1044. Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit.*, p. 689.

204.1 Oralidad y principio de publicización (socialización del proceso civil)

La influencia del modelo de Klein, con las adaptaciones que introdujo Chiovenda, y las modificaciones habidas en los ordenamientos procesales de cada país, pergeño un cambio filosófico en la forma de mirar el desempeño procesal. Dice Cappelletti que la idea es muy simple:

> … significa que el proceso civil, aun siendo un instrumento dirigido a la tutela de los derechos (normalmente) privados, representa, sin embargo, al mismo tiempo, una función pública del Estado. Tratándose de una función pública –al igual que las funciones legislativas y administrativas- hay que considerar que el Estado mismo, y no solamente las partes privadas, está interesado en un ordenado, rápido, orgánico, imparcial ejercicio de aquella función; que esta interesado, en suma, en realizar e imponer el mejor posible modo de llevar a cabo aquella función. La consecuencia práctica más evidente de esta idea es la siguiente: que las partes privadas, aun siendo libres de disponer de los derechos sustanciales deducidos en juicio, o sea del objeto del proceso, no son libres, sin embargo (o, por lo menos, no son completamente libres) de disponer a su gusto también del proceso mismo, o sea del instrumento procesal. En otras palabras, las mismas no son libres de determinar a su gusto el modo como el proceso debe desenvolverse.[1045]

El protagonismo del juez era imprescindible en la oralidad, y se proyectó como una ineludible consecuencia del principio de inmediación; a diferencia del sistema escrito decimonónico que pretendió la total neutralidad del juez, ubicado en el desarrollo del proceso solo en la etapa final de decisión.

De todos modos, la inmediación sin oralidad (procedimiento donde predomina el desarrollo escrito) es posible, y anuda en los poderes y deberes del juez la actividad directora que de él se espera; así como en los procesos mixtos, como el llamado "juicio por audiencias" favorece la concentración y el desarrollo verbal de la instancia.

1045. Cappelletti, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado, op. cit.*, p. 45.

204.2 Alcance de la oralidad

El planteo de las pretensiones en debate oral no se logró instalar con la eficacia que el modelo tuvo en vista; por eso, la etapa proposicional escrita fue predilecta, dejando lo verbal actuado para la etapa de deliberación probatoria.

Desde entonces, se trata de resolver si es mejor el método que permite al juez analizar directamente los hechos y las alegaciones, oyendo a las partes para dictar posterior sentencia; o si es preferible llegar a esta instancia una vez cumplidas distintas etapas compiladas en el expediente. Va de suyo, que la presentación del dilema ofrece una primera experiencia: no existen procesos absolutamente orales, ni totalmente escritos, pues unos y otros reciben en algún momento pasajes de ambos tipos de expresión.

Por eso, también, el enfrentamiento entre oralidad y escritura diseña una polémica real en torno a derivaciones de sus postulados, más que a la pureza y eficacia que persiguen con sus idealizaciones. En consecuencia, la crisis asienta en los problemas de la inmediación, la concentración y la publicidad, entre otros aspectos; pero el punto neurálgico radica en desentrañar la verdadera naturaleza de uno y otro principio.

A estos fines puede constatarse que no existen, como anticipamos, procesos totalmente escritos u orales, sino, más bien, procedimientos que mezclan ambos generando un predominio manifiesto de alguno de ellos. En general la instancia de apertura (demanda) es escrita, como también lo son el responde, las excepciones y defensas. Sin embargo esta característica no es suficiente ni otorga ventajas prácticas para elucidar la conveniencia de optar por un medio de los mentados para expresar la voluntad.

Lo fundamental debe atender dos cuestiones esenciales: la primera recibe de la actividad procesal el dato que comprueba la adscripción a uno u otro mecanismo, sin comprender que haya oralidad o escritura en el proceso, por el solo hecho de la forma de instaurar la demanda. Adelantando conclusiones, advertimos que tampoco el tránsito absoluto por la oralidad, en las etapas consecutivas, instalará en ese campo al proceso, toda vez que es posible constatar la presencia de actos escritos en otros ciclos, o en la misma sentencia.

En segundo lugar, resulta contundente como elemento de distinción, ver la incidencia del material suministrado por escrito o recogido en actos[1046] para pronunciarse sobre el mérito de la causa. Como el primer componente no tiene respuestas sin fisuras, es conveniente adoptar como temperamento el predominio procesal de uno de los sistemas.

Descartemos la etapa introductiva para mostrar la condición del procedimiento, dado que si referimos exclusivamente al proceso civil y comercial, no aparece en esta instancia ninguna alegación verbal. La nota definitoria, entonces, escala en la etapa probatoria, y es esta coinciden tres hechos destacables para reconocer la importancia de un mecanismo sobre otro.

La señal más próxima se manifiesta en la forma como va a producirse el acto de demostración, en cuyo caso, el ordenamiento jurídico puede exigir que sea cumplido "en presencia de otras personas, bien sean estas personas los destinatarios finales del acto mismo o no".[1047]

Al respecto señala Guasp:

> El principio de la inmediatividad que ofrece particular interés en lo que se refiere a los actos de prueba se muestra más importante en cuanto a su aplicación en un proceso de tipo oral que de tipo escrito, no en el sentido de que en este último no sea posible o conveniente, sino en el que en aquel resulta indispensable para que las ventajas de la oralidad no queden malogradas; esto explica el que, aunque por razones diversas, también haya perdido el principio de la inmediatividad el carácter indiscutible que antes tenía *ex iure condendo*; la división que hoy parece afirmarse entre instrucción y fallo del proceso confiada cada uno a órganos jurisdiccionales independientes, demuestra en efecto, la crisis del principio.[1048]

Seguidamente, el rumbo lo ilumina la secuencia con que se producen los actos, de modo tal que la prueba concita sucesivas actuaciones; o se reúne en un acto de concentración procesal, o se emite de viva voz ante la autoridad encargada de recibirla. De este modo, es dable comprobar en los actos preclusivos la presencia del sistema escrito, tanto como ocurre en la concentración procesal que se expresa mediante actos exclusivamente redactados previamente, o que se levantan en

1046. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal*, *op. cit.*, T. I, p. 314.
1047. Guasp, Jaime, *op. cit.*, p. 690.
1048. Ibídem, p. 691.

actas circunstanciadas del relato que otros aportan (oralidad actuada). La oralidad estará presente cuando el acceso a la prueba sea inmediato y el tribunal la perciba sin necesidad de memorizarla por escrito.

Finalmente, esta caracterización pondera el tiempo que fracciona el desenvolvimiento de los tipos, porque mientras la oralidad persigue culminar el proceso en el menor número de actos; la escritura conlleva un orden secuencial, preclusivo y ordenado, (generalmente formal) para desarrollar el litigio.

Bien dice Fairén Guillén que

> ... la oralidad produce la necesidad de evacuar todo el material de la instrucción en una o varias sesiones ante el tribunal lo más próximas posibles, es decir promueve la concentración del material y del procedimiento, hecho posible también gracias a la facultad de interrogación y esclarecimiento de los jueces derivada del principio oficial.[1049]

205. La escritura como sistema

De alguna manera el principio de la escritura en los procesos convalida el criterio de desconfianza en el juzgador. Implícitamente se lo quiere al juez como lector de las prédicas y resolutor de los conflictos. Ha de juzgar sobre la base de los escritos sin entrar en contacto con las partes y menos aun con los testigos y demás partícipes.

Explica Cappelletti que

> ... la escritura se consideraba casi como un escudo del juez contra las tentaciones y los peligros de la parcialidad. La misma era, en realidad, la barrera, el diafragma que separaba al juez del proceso y de aquellos que del proceso son los verdaderos protagonistas privados: sobre todo, las partes y los testigos.[1050]

Lo cierto es que pese a estas características, lo escrito diagramó buena parte de los códigos procesales latinoamericanos, quizás por la influencia de la ley de enjuiciamiento civil española que, como vimos, desalentó con su práctica el modelo oral que contenía.

1049. Fairén Fuillén, Víctor, "La elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento", en *Revista de Derecho Procesal*, N° I, Buenos Aires, Ediar, 1949, p. 185.
1050. Cappelletti, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado, op. cit.*, p. 49.

205.1 Las formas escritas

El procedimiento escrito se estructura sobre la base de la sustanciación de los actos, lo que supone respetar a ultranza el principio según el cual "debe oírse a la otra parte". Para cumplir con la regla, toda petición que incida sobre el derecho de la oponente debe ser conocida por la otra, quien toma conocimiento a través de medios de comunicación que conservan el acto y lo incorporan al expediente como un documento indubitado (público).

El tipo procedimental argentino corresponde a esta modalidad, otorgando ciertas concesiones a la oralidad en los casos del informe *in voce* que se autoriza a formular ante las cámaras de apelaciones cuando se trata de agravios contra la sentencia definitiva y se ha producido prueba en segunda instancia.[1051] En cambio la oralidad, por sí misma, no tiene ventaja alguna si no es completada o integrada con otros principios que la nutren de valor intrínseco.

205.2 Inmediación con oralidad o en la escritura

Lo esencial para la eficacia de cualquier sistema está en la inmediación del órgano judicial, vale decir, en la presencia del juez en la dirección de los actos del proceso. El modelo del proceso por audiencias combina oralidad en las actuaciones con expresiones escritas, debiendo afinar mejor algunas situaciones que debiendo ser totalmente verbales, terminan reflejando lo actuado en actas que vuelcan la forma de expresión en un documento escrito. Este mecanismo conspira con la eficacia que del sistema se espera.

206. Ventajas de la escritura

Las ventajas que presenta la escritura se pueden enunciar:

a. Fija documentalmente la expresión y voluntad de las partes, permitiendo conocer en todo tiempo las manifestaciones de ellas, constatando la evolución del pensamiento y la seriedad de su compromiso hacia la verdad y razón de sus conductas.

1051. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 270.

b. Admite pensar en la reflexión serena del juez a la hora de dictar sentencia, alejando los peligros de la improvisación y la ligereza.
c. Mediatiza el peligro de la retórica forense y del exceso en la elocuencia con que se expresan quienes hacen de la verborragia la manera común de convencer al justiciable y al órgano judicial.
d. El procedimiento escrito abarata el costo del proceso, aún cuando sea opinable este criterio.

Los inconvenientes serían los siguientes:

a. La solemnidad exigida para formalizar la presentación de los actos genera el riesgo de desecharlos por no revestir la coloración ritual exigida. Asimismo, el sistema acuñado es lento y fatigoso porque obliga a correr plazos de vistas y traslados con sus tiempos para oír al contrario.
b. La obligación escrita no previene el exceso verborrágico, porque, a contrario sensu, la misma expresión latosa y abundante puede vertirse por escrito, e inclusive, utilizar ese medio para introducir ambigüedad y desconcierto.
c. La realidad práctica reconoce que en el proceso escrito la inmediación es pura esperanza, e ideología, posibilitando la delegación de actos vitales del juicio en los auxiliares de la jurisdicción. Tal contingencia, sobre todo en la etapa de prueba, puede llevar al juez a incurrir en errores cuando valora los hechos y las pruebas, pues la reproducción en actas, habitualmente, no es precisa ni exhaustiva.

207. Ventajas de la oralidad

De su parte, la oralidad resulta conveniente por estos motivos:

a. Facilita el entendimiento con las partes de una manera franca y directa, eliminado el subterfugio o la habilidad para persuadir sin derecho. La inmediación es el pilar del principio, imposibilitando la delegación de funciones, que son tan importantes en la prueba.
b. La búsqueda de la verdad cuenta con el magnífico encuadre de la investigación y requerimiento directo, soslayando el sofisma habitual que encierran las audiencias del proceso escrito. Es decir, que para lograr el perfil adecuado, es imprescindible la

presencia del juez en las etapas donde comparecen las partes para aportar hechos, pruebas y alegaciones de mérito, so riesgo de vulnerar los beneficios que se obtienen de la proximidad. Correctamente dice Lascano que

> … el lugar que corresponde a la oralidad está en la prueba; cuando no hay prueba la oralidad no es necesaria y ni siquiera conveniente, a menos que se trate de cuestiones simples, fáciles de considerar y resolver de inmediato. La ventaja primordial de la expresión verbal radica precisamente en que constituye un medio que conduce a una más exacta expresión de la realidad de los hechos. Eso es lo que en definitiva destacan los autores de todas las épocas –desde Bentham a Chiovenda– que han hecho el elogio apasionado del procedimiento oral. La mayor facilidad con que se ha incorporado la oralidad en el procedimiento penal de casi todos los países, se debe en gran parte, a que en lo criminal, el objeto materia del proceso es el delito, vale decir, un hecho material susceptible de probarse. El asunto de derecho, la cuestión legal, constituye algo accesorio, que no llega a absorber el debate sino la excepción. Son los hechos y las complicaciones de los mismos los que atraen la atención y el interés de las partes, el juez y el público, ansiosos todos de llegar al descubrimiento de la verdad; y como el descubrimiento de la verdad es la razón de ser y objetivo primordial de la instrucción, se explica que se utilice el medio m s idóneo para conseguirlo.[1052]

c. La oralidad se fundamenta en la desformalización del proceso, porque, parafraseando una cita de Chiovenda:

> … la escritura, como dice Sócrates, es cosa muerta. No satisface plenamente nuestra curiosidad, no responde a nuestras dudas, no nos presenta los infinitos aspectos posibles de la misma cosa. En la viva voz, habla también el rostro, los ojos, el color, el movimiento, el tono de la voz, la manera de decir y tantas otras diversas pequeñas circunstancias que modifican y desarrollan el sentido de las palabras; y suministran tantos indicios en favor o en contra las afirmaciones de las palabras. La lengua muda es la elocuencia del cuerpo, valiéndose de la frase de Tulio como más interesante, es también más verídica que las palabras, y puede ocultar menos la verdad. Todos los signos

1052. Lascano, David, *Proyecto de código de procedimiento civil y comercial*, La Plata, La Ley, 1935.

percibidos se pierden en la escritura muda y faltan al juez los argumentos más claros y ciertos.[1053]

d. El proceso es esencialmente público, tanto para las partes, como para la sociedad toda, que a su vez conlleva el control público de la actividad jurisdiccional. La publicidad del sistema beneficia la verdad final que se consigue, sea por la depuración que se decanta del material postulado en la etapa introductiva; o bien, de las declaraciones de los terceros allegados a la causa que aún deformando deliberadamente la realidad, puede encausarse por el juez o requerirse las interpretaciones necesarias. Va de suyo, que la "majestad de la justicia", presente y vista por los testigos, elimina toda suspicacia de la falsedad o inducción del deponente.
e. La práctica oral, evita, o por lo menos inutiliza, la "chicana" procesal, porque la conducta obstruccionista tiene respuesta inmediata y solución tempestiva. La ausencia de escrúpulos es una fantasía en la oralidad, con las excepciones que naturalmente la praxis suele ofrecer.

Sin embargo, la oralidad es resistida y muestra en el paso de la historia estos reveses:

a. Si existe una crisis en la práctica del juicio oral es producto de las necesidades que el sistema requiere. Son inversiones de infraestructura y en recursos humanos que suelen postergarse, convirtiendo la necesidad de aplicación pura, en estructuras judiciales que comparten la actividad judicial en procesos escritos y orales que pocas veces pueden convivir en armonía.
b. Los principales reparos a la oralidad fueron presentados por las asociaciones de abogados, sosteniendo que la instauración de tal tipología arrasa con la cuantificación del trabajo porque obliga a una atención directa, puntual y precisa, con días enteros de dedicación. Por otra parte, agregaron, es una medida que lleva a asociar el trabajo profesional ante la posibilidad de superposición de audiencias, limitando el crédito de honorarios y haciendo, en consecuencia, más oneroso al proceso.

1053. Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal, op. cit.*, T. II, p. 132.

c. La justicia entendió que la oralidad requería una magistratura especializada, o al menos, una preparación previa que los educara en el método. No hay que olvidar que, de alguna manera, el juicio oral desplaza la evaluación meditada y serena, con la rapidez que exige la inmediatividad. Ambos aspectos fueron anotados señalándose que "el problema de la oralidad-escritura no tiene solución absoluta [...] porque no solo depende de factores técnicos procesales, sino también de otros, como son la idiosincrasia y la educación social, política y jurídica de los individuos y los pueblos".[1054]

Una revisión del modelo impone considerar los desatinos que han generalizado su desventura. En general la crítica recae sobre la verdadera celeridad que ofrece porque, la realidad muestra que los procesos orales son aún más lentos que los escritos.

No se advierte fallas estructurales del método sino un cúmulo increíble de expedientes que impide racionalizar el trabajo. En la Provincia de Buenos Aires, a través del Decreto-Ley N° 7861, se constituyeron los tribunales colegiados sin atender el crecimiento progresivo de la demanda judicial en los asuntos que atraía su competencia. Por otro lado, la deficiencia en la infraestructura judicial, el escaso número de jueces para la oralidad, los padecimientos para realizar las pruebas periciales antes de la audiencia central, la falta de cooperación de los abogados, el disfavor de las autoridades para mejorar el sistema, etcétera, completaron el cuadro distorsionadodistorsionaron que hizo creer que el proceso oral no era una respuesta sustitutiva a los males endémicos del sistema escrito.

Es cierto también que la oralidad requiere ajustes metodológicos y prácticos, basados en la consecuencia de establecer no un sistema absolutamente puro, sino combinado con la escritura. En efecto, existen pasajes concretos del proceso oral o por audiencias, que necesitan una reeducación funcional.

La rebeldía, la incontestación de la demanda, o la incomparecencia a estar a derecho necesitan evaluar el sentido del silencio en este procedimiento ¿Por qué continuar su trámite, cuando la dinámica de las cargas y obligaciones, habría convertido el litigio, en una cuestión de puro derecho?

1054. Fairén Guillén, Víctor, *La elaboración de una doctrina general de los principios del procedimiento*, Madrid, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, 1949, p. 423.

Finalmente, el tiempo para pronunciar el veredicto y dictar la sentencia no deben alejarse del momento de la audiencia central; hasta sería aconsejable que el primero se dijera en el mismo día, a los fines de resguardar el principio de unidad de vista y el rol y protagonismo del órgano.

208. Principio de publicidad

La tarea dogmática e informadora de la publicidad puede fraccionar sus intereses en estos sentidos:

Como *garantía constitucional* integrada a la noción de "debido proceso", por cuanto refleja los actos del Poder Judicial, transformando el silogismo que para el público tiene el proceso en una noción deductiva y comprensible para quienes nada conocen de leyes.

De suyo, importa también corporizar el sentido de responsabilidad social de los jueces, esto es, la responsabilidad no ya enfocada en función del prestigio e independencia del Poder Judicial, ni del poder de un ente abstracto como es el Estado, ni de algo que se personifique en gobernantes, grupos o individuos determinados. Ella debe ser entendida en función de los usuarios del servicio de justicia, de ahí que combina la imparcialidad y la objetividad de los jueces con un adecuado porcentaje de responsabilidad social, requerido tanto a la sociedad como a quienes forman parte de ella y que son los auténticos destinatarios de dicho servicio.[1055]

La *publicidad interna del proceso*, se desenvuelve en el principio regulando los actos que pueden trascender hacia afuera o que, por su contenido, quedan solo en conocimiento de las partes. En este aspecto, conviene advertir que la naturaleza pública del proceso, impide la existencia de procedimientos secretos para las partes. Estas deben igualarse en las reglas de la bilateralidad, porque si el contradictorio se anula, también se anula el proceso como institución regular.

La publicidad interna del proceso se destaca en las disposiciones que se ocupan de las audiencias (con asistencia o no del público, según lo disponga el juzgado); en el acceso al expediente (pueden solicitarlo partes e interesados, o solo quienes acrediten intervención en él), en

1055. Cappelletti, Mauro, *La responsabilidad social de los Jueces*, La Plata, Platense, 1987, p. 99.

las formas de cumplir ciertas notificaciones (copias en sobre cerrado por la índole secreta del conflicto), entre otros.

El *principio de publicidad* interesa al proceso como manifestación exterior de sus actos. No ocupa, en este sentido, tanto el interés de las partes, como sí el acceso que tiene el público en general para conocer sus problemas internos. Cabe distinguir aquí entre publicidad activa, cuando el público participa directamente "viviendo el proceso"; de la publicidad pasiva, cuando el público toma noticia del proceso sin haberlo presenciado.

En estos casos la publicidad del proceso cobra relevancia por su incidencia en otros derechos de la persona, como son el derecho a la intimidad o el de protección de datos personales.

Por ejemplo, el registro de antecedentes penales, o el de sentencias, o toda información que surja de un expediente judicial, debe permitir al interesado el derecho de exigir que la información que se transmita sea únicamente respecto a la decisión final adoptada sin agregados. Si la sentencia decide la exclusión del hogar de una persona y el embargo de sus bienes, no se podría complementar la información indicando cuales son los inmuebles o valores afectados ni el lugar del que se lo excluye.

El Consejo de Europa ha recomendado la eliminación inmediata de todo dato personal que no sea necesario para el sumario policial, a cuyo fin se establecen tres categorías de actuaciones de investigación: en primer lugar las dirigidas a prevenir o, en su caso, reprimir amenazas graves e inminentes para la defensa del Estado, orden y seguridad pública, siempre que sean cometidas por bandas o grupos organizados; en segundo lugar, las previstas para prevenir otros peligros reales para la seguridad pública, distintos de los anteriores; y en tercer lugar, las que reprimen infracciones penales que requieran la utilización de datos personales, sean o no especialmente protegidos.

209. El principio de acceso a la información pública

Todos los actos de la administración son públicos. Los interesados tienen derecho a obtener, en cualquier tiempo, informes, copias, reproducciones y certificaciones que soliciten y la exhibición de los expedientes que deseen consultar, salvo que se trate de asuntos militares, o diplomáticos de seguridad nacional o de datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.

Este principio que informa la garantía del ciudadano como control sobre la administración pública, se puede explanar en el campo judicial como derecho de acceso al expediente como "cosa pública".

Sin embargo, hay que diferenciar el derecho a obtener información que se puede exigir al Estado mediante el requerimiento a una conducta determinada; de aquel que le corresponde al interesado en saber los sucesos de un expediente judicial.

En el primer caso, el derecho a la publicidad de los actos administrativos, responde a las garantías de fiscalización pública que se tienen en un sistema democrático y republicano; en cambio, la información judicial puede ser secreta o reservada de conformidad con la índole de las cuestiones que se desenvuelven. En estos casos, el acceso puede ser prohibido sin mella en garantía alguna.

Reunidos los derechos se espejan con los intereses en juego y por consiguiente en la necesidad de ser armonizados para encontrar un ecuánime balance entre la necesidad de confidencialidad del gobierno y el de la información del público y la prensa, amén de la promoción de la democracia. Esta finalidad que determina el marco de la institución que nos ocupa ha marcado sus límites en los cuales al ser el Estado, por así decirlo, el sujeto pasivo de la relación jurídica que se entabla son diferentes de los trazados al derecho a la información, en relación con la vida privada y el derecho de acceso a la información personal. Sus límites están fijados por razones de interés estatal: seguridad, defensa, secretos diplomáticos, de interés social: averiguación de delitos: o de interés de terceros: protección de la intimidad de terceros, datos suministrados por particulares bajo garantía de confidencia.

En nuestra opinión, el derecho de acceso previsto en el artículo 43 constitucional, como un derecho a la información, no se puede confundir con el derecho de entrada o conocimiento de las actuaciones administrativas, documentos o archivos de carácter público. Si la inteligencia que se acuerde a la norma fundamental es demasiado amplia, podría llegarse a vulnerar aspectos importantes del secreto y confidencialidad que tiene el Estado y los mismos particulares para que no revele información que es naturalmente confidencial.[1056]

1056. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas Data*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2011, p. 156.

SECCIÓN 3ª
ADMISIÓN AL PROCESO

Capítulo XXIX
Los presupuestos procesales

210. Nociones generales

El primero que se refirió a los "presupuestos procesales" fue el jurista alemán Oskar Von Bülow,[1057] que ya había desarrollado su tesis sobre el fenómeno de la relación jurídica procesal procurando explicar la validez y significado del encuentro de partes en un conflicto judicial.

La diferencia establecida parte de considerar que hay "requisitos" anteriores a la demanda; y recaudos que se deben tener y cumplir para continuar en el proceso judicial. De este modo, los *presupuestos procesales* son requerimientos de admisibilidad donde anidan condiciones previas

1057. Von Bülow pertenece a la llamada Edad de Oro del procesalismo alemán, época caracterizada por la fundamentación científica de las nociones básicas del Derecho Procesal. Nació en Breslavia en 1837. Estudia en Berlín y Heidelberg, y en esta famosa ciudad universitaria comienza su carrera docente que continúa en Giessen, Tubinga y Leipzig. En 1892, aquejado de una penosa enfermedad, abandona la enseñanza y se retira a Heidelberg, donde muere el 19 de noviembre de 1907.
El mérito de Von Bülow radica en la interpretación que hizo de los requisitos para entablar un proceso válido entre partes, diferencia que lo posiciona, para algunos, en el privilegiado lugar de ser "creador de la ciencia procesal". Fue discípulo de Vangerow y profundo conocedor del Derecho romano; comenzó su elaboración doctrinal con publicaciones del tipo de *De praeiudicialibus formulis* (1859) y *De praeiudicialibus exceptionibus* (1863), que posteriormente desarrolló con maestría en *Lehre von den Prozesseinreden und die Prozessvoraussetzungen* (1868), donde estudia el problema de las excepciones y de los presupuestos procesales y aboga por la eliminación total en el sistema procesal civil de aquellas, a las que califica de "pomposo ornato del más caprichoso latín canónico".
A partir de entonces trata de poner de relieve la naturaleza pública del Derecho Procesal. Considera que el proceso es una relación jurídica trilateral que, fundada en la demanda judicial, tiende a la obtención de una sentencia justa. Existe, dice, un derecho de las partes respecto al juez y un deber del juez respecto a las partes de dictar sentencia, como resultado del proceso cuyo acatamiento deviene obligatorio. Niega la existencia de un derecho a la tutela judicial anterior a la demanda. La función del juez, afirma en *Gesetz und Richteramt* (1885), es más legislativa que interpretativa. El campo de acción del juez es tan creador como el del legislador. En el proceso se produce Derecho objetivo. Como ha dicho Chiovenda, von Bülow fue "un pensador lleno de dudas, más inclinado a la crítica sutil y cáustica que a las enunciaciones seguras y definitivas" (Peláez del Rosal).

a la constitución de la relación procesal. En ellas se encuentran: las personas que pueden demandar y ser demandadas (legitimación); objeto y materias que pueden llevarse al terreno del litigio (idoneidad); y el tiempo para hacerlo (prescripción y caducidad del derecho). En esta perspectiva, se habla del interés, la posibilidad jurídica, y la legitimación en la causa.

Por otro lado aparecen las excepciones y defensas que se pueden oponer contra el progreso de la demanda. Algunas se dirigen a cuestionar la "posibilidad jurídica", y otras atacan, directamente, las razones de fondo o materiales. Las primeras son excepciones, las otras se llaman defensas.

Esta simplificación no conformaba a Bülow quien rechazó la supuesta confusión proveniente del Derecho Romano entre excepciones (que indican actividad dispositiva de la parte) y presupuestos procesales (condiciones para la constitución de la relación jurídica procesal). Para aquel era necesario que el juez adoptara un control directo sobre la relación jurídica procesal evitando que fueran las partes quienes, merced al principio dispositivo, implementaran y desarrollaran la litis.

Tanta potestad judicial no fue comprendida en ese tiempo, y por eso fueron las críticas certeras de Kisch, Rosenberg o del propio Goldschmidt, años después.

En la doctrina italiana se pretendió morigerar el impacto de una teoría tan avanzada, estableciendo una suerte de clasificación de los presupuestos; se propusieron entonces: "Presupuestos del conocimiento del mérito", "extremos exigidos para decidir el fondo de la cuestión", o"condiciones para la sentencia de mérito".

Lo cierto es que la mayor parte de los comentarios en contra de la teoría de las excepciones y los presupuestos procesales que explanó Von Bülow se dirigieron a advertir que hubiera o no defectos en la constitución de la relación jurídica procesal, a pesar de ello, había actividad procesal.

En consecuencia, cuando hablemos a partir de ahora de requisitos o presupuestos para dar vida al proceso judicial, necesariamente habrá que distinguir entre los que son necesarios para *entrar al proceso* (acción y derecho de acción); los que permiten estar y continuar en el mismo (*derecho a la jurisdicción y derecho al debido proceso*), y los que asientan en la eficacia misma del juicio como elemento de creación del derecho a través de la sentencia.

211. Clases de presupuestos procesales

La clasificación de los presupuestos procesales responde al modelo pensado para que los actos adquieran validez y generen efectos jurídicos. Cada una de las instancias que promueve un litigio tiene condiciones de regularidad que se dirigen a los sujetos y al objeto procesal, por una parte; y por otra, para establecer las reglas que deben respetar los actos del procedimiento.

Los presupuestos necesarios para constituir una relación procesal y desarrollar un proceso cualquiera hasta la sentencia se diferencian de la siguiente manera.

a. Presupuestos para el ejercicio de la acción: son las condiciones exigidas en la parte interesada que ejercita la acción procesal para formalizar una petición ante el órgano jurisdiccional. Se vinculan con la capacidad y la representación en juicio. A su vez, enmarcan la posibilidad de actuación del juez, quien deber contar con jurisdicción (autoridad) y competencia (potestad).
b. Presupuestos para validar la pretensión: se relacionan con la idoneidad del objeto procesal; es decir, a la posibilidad jurídica que tienen los sujetos para constituir una relación válida.
c. Presupuestos referidos al procedimiento: son reglas dispuestas para el juicio contradictorio y se vincula con los deberes formales y de conducta que deben imperar en todo litigio.

212. Control de oficio y excepciones

Las condiciones que validan la regularidad de la instancia suelen ponerse entre los deberes del oficio jurisdiccional, de forma tal que los presupuestos procesales se controlan de oficio al tiempo de formalizar la demanda y en cada uno de los actos que las partes desenvuelven.

Cuando por omisión o inadvertencia el procedimiento continúa pese al vicio encontrado, se faculta a que sea la contraparte quien lo denuncie a través de excepciones que adviertan el error procesal, o con defensas que se relacionan con el derecho de fondo.

El control de oficio es común entre los presupuestos exigidos para el acceso a la justicia; mientras que el terreno habitual de las

excepciones procesales, se dividen entre las que tienden a invalidar el derecho material (derecho de fondo alegado por el interesado) que se denominan excepciones sustanciales; y las que impiden progresar por algún vicio o defecto de orden procesal, que se reconocen como excepciones procesales o impedimentos.

Doctrinariamente, reciben la clasificación de *perentorias* y *dilatorias*, según fulminen el proceso definitivamente, o posterguen su continuidad hasta el saneamiento del vicio.

Es importante aclarar que excepciones y presupuestos refieren a cosas diferentes, pero en el código procesal no se establece claramente la distinción, circunstancia por la cual se puede afirmar que no todos los presupuestos procesales se requieren mediante excepciones, ni todas las excepciones vinculan a presupuestos procesales.

213. La capacidad civil y la legitimación para obrar en el proceso

Si el ejercicio de la acción la separamos de su aspecto garantista, que se concreta con el derecho de peticionar; y la proyectamos a los efectos que de ella derivan, se podrán encontrar los presupuestos necesarios para validar el acto primero de poner en marcha la organización jurisdiccional. Quien pide debe tener: a) capacidad, y b) representación en juicio. Y, plantear el requerimiento ante quien posea: c) competencia (del órgano judicial). Estos son presupuestos generales que anidan en el derecho de acción.

Sin embargo la capacidad tiene nivelaciones diferentes que ponen dudas sobre quienes pueden ejercer derechos individuales y llevarlos al proceso cuando surgen inconvenientes con ellos. La compatibilidad entre el derecho de fondo y el procesal no siempre es equivalente.

213.1 Capacidad

El Código Civil y Comercial tiene a la capacidad como regla, al punto que se diferencia de la capacidad procesal estableciendo numerosas excepciones como veremos de inmediato; en cambio, para el Derecho Procesal civil, la capacidad se tiene como una cualidad necesaria

para el ejercicio de la acción, o para ser sujeto obligado con la pretensión cuya satisfacción se pretende.

El carácter inicial que el derecho sustantivo asigna, refiere más a la aptitud que al ejercicio, es decir: establece el marco de la capacidad e incapacidad sobre las condiciones personales. En cambio, el derecho adjetivo persigue que la actividad del ejercicio del derecho sea realizado por quien fuera su titular y tuviera la posibilidad jurídica de reclamarlo.

El presupuesto que admite plantear pretensiones parte de una suma acumulada de exigencias que nace con la titularidad de la relación jurídica que fundamenta el derecho a obtener una sentencia favorable. Luego sigue la verificación de la idoneidad del que pide (capacidad sustancial y procesal), y cuando se consigue quedar instalado como parte, se habla de posibilidad jurídica confirmada.

Una variable de este emplazamiento comienza con los atributos que se acreditan, en los que la capacidad para obrar es el título a investir porque se considera que la legitimación no es más que la capacidad civil llevada al campo procesal. Desde aquí el ropaje se compone de situaciones jurídicas fundadas en derechos materiales, antes que en intereses subyacentes.

También la jurisprudencia ha encontrado una tercera opción que confunde a la legitimación con la capacidad para actuar en un caso concreto, interpretando que es la posición en que se encuentra una persona con respecto a determinado acto o situación jurídica. En estos casos la legitimación se suma a la capacidad componiendo un inescindible agrupamiento.

Lo cierto es que cualquiera sea el rumbo que se adopte, cada uno de los tópicos que integran este capítulo se entienden y aplican con diferencias notables. Un caso evidente se da con los permisos que acuerda el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, que tiene capacidades diferentes conforme la edad o la situación que se atraviese.

Solo como ejemplo véase el artículo 26 del mencionado cuerpo sustancial, que dispone:

> Ejercicio de los derechos por la persona menor de edad. La persona menor de edad ejerce sus derechos a través de sus representantes legales. No obstante, la que cuenta con edad y grado de madurez suficiente puede ejercer por sí los actos que le son permitidos por el ordenamiento

jurídico. En situaciones de conflicto de intereses con sus representantes legales, puede intervenir con asistencia letrada.
La persona menor de edad tiene derecho a ser oída en todo proceso judicial que le concierne así como a participar en las decisiones sobre su persona.
Se presume que el adolescente entre trece y dieciséis años tiene aptitud para decidir por sí respecto de aquellos tratamientos que no resultan invasivos, ni comprometen su estado de salud o provocan un riesgo grave en su vida o integridad física.
Si se trata de tratamientos invasivos que comprometen su estado de salud o está en riesgo la integridad o la vida, el adolescente debe prestar su consentimiento con la asistencia de sus progenitores; el conflicto entre ambos se resuelve teniendo en cuenta su interés superior, sobre la base de la opinión médica respecto a las consecuencias de la realización o no del acto médico.
A partir de los dieciséis años el adolescente es considerado como un adulto para las decisiones atinentes al cuidado de su propio cuerpo.

Con este aplicativo la capacidad civil le permite al menor ejercer y producir actos jurídicos, y en algunos casos (disposiciones sobre el cuidado de su cuerpo; resolver por sí tratamientos médicos o psicológicos; autonomía en asuntos donde estén en juego sus intereses, etc.) asumir en el proceso una personalidad jurídica singular, que al confrontarla con las posibilidades del Código Procesal, verifican la contraposición por impedimentos (se tiene capacidad procesal a partir de los dieciocho [18] años).

Quiere decir que una cosa es que el menor pueda realizar negocios, administrar bienes adquiridos con su trabajo, e inclusive ser oído en un proceso judicial en asuntos que le conciernan; pero muy diferente resulta que de ello se adquiera una capacidad procesal que, *prima facie*, parece no ser la misma que asigna el Código Civil y Comercial.

Bien se puede afirmar que los derechos materiales se acuerdan en base a la capacidad conferida; y que la legitimación procesal está en el campo de la posibilidad jurídica de realizarlos dentro de un proceso.

213.2 La representación del menor

De igual alcance conflictivo tienen los actos realizados con representación legal, donde no hay capacidad ni legitimación, sino un *tertium genus* denominado legitimación por mandato o representación.

Esta se puede referir a las personas o a los derechos conforme se actúe para defender derechos de alguien en particular (*v. gr.* tutor; curador; administrador; etc.); o de un conjunto identificado entre los objetivos que fundamentan la asunción de responsabilidades propias (*v. gr.* asociaciones de usuarios y consumidores; organizaciones no gubernamentales; Defensor del Pueblo; etc.).

En los asuntos donde haya menores de edad podrán suscitarse controversias procesales (presupuestos necesarios para entrar al proceso) y concesiones materiales (principio de autonomía progresiva) que necesariamente deben encontrar un molde donde ajustarse para evitar dispersiones que se pueden prevenir.

Un test a realizar puede ser tomado de las decisiones en control de convencionalidad que ha dicho la Corte IDH:

> En la Opinión Consultiva 17/2002, se formularon algunas precisiones con respecto al derecho que tienen los menores para estar en juicio. El grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años. Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de tres (3) años no es igual a la de un adolescente de dieciséis (16) años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio.

En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de este, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso.[1058]

La contrariedad de este modelo asienta en la posibilidad de igualar representación con interés público suficiente, como hizo hace muchos años atrás la doctrina más acreditada.

1058. Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/2002, "Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño", 28/08/2002.

En efecto, Devis Echandía sostuvo que

> Para que haya *legitimatio ad causam* no se necesita ser el titular o el sujeto activo o pasivo del derecho o de la relación jurídica material (lo que supondría que esta siempre existiera), sino del interés representado para que se decida si efectivamente existe (y por lo tanto, aun cuando en realidad no exista). Se puede tener la legitimación en la causa, pero no el derecho sustancial pretendido; por ejemplo, quien reclama una herencia o un inmueble para sí, tiene la legitimación en la causa por el solo hecho de pretender ser heredero o dueño; pero puede que no sea realmente heredero o dueño y por ello la sentencia será de fondo, pero adversa a su demanda. Si además de existir la legitimación en la causa, resulta que el derecho o la relación jurídica sustancial existe en verdad, que el demandante es su titular y el demandado el sujeto pasivo, entonces el demandante obtendrá sentencia favorable de fondo; mas, en caso contrario, la sentencia será de fondo o de mérito, pero desfavorable a aquel.[1059]

Las tendencias presentadas seguramente están conectadas, alojando el problema de responder quien puede estar en el proceso en contingencias tales como: a) disponer la capacidad como regla y la legitimación como presupuesto; b) entender que la capacidad civil es la que otorga legitimación por generar el vínculo entre el derecho sustancial y la parte en el proceso; c) conferir autonomía a los dos conceptos (capacidad civil y adjetiva) dejando en la discrecionalidad jurisdiccional el acceso a los jueces; d) permitir que sin capacidad procesal se puede tomar intervención en el litigio motivado en la existencia de un interés jurídico prevalente.

Cada opción tiene sus bemoles, en la medida que se debe responder de *lege ferenda* toda vez que lo existente muestra conflictos de articulación (sobre todo, entre el Código Civil y Comercial de la Nación con cada uno de los códigos procesales en lo civil y comercial federal y de cada provincia).

213.3 Capacidad procesal y de disfrute

Es importante diferenciar la capacidad civil y la procesal respecto de aquella que denominamos "de disfrute". Las distancias son evidentes, porque con el código civil derogado se debió atender la aptitud normati-

1059. Devis Echandía, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal: teoría general del proceso*, Bogotá, ABC, 1996 (14ª edición), T. I, p. 267.

va (ser dueño del derecho) y fáctica (ejercicio del derecho), estableciendo una asimetría entre capacidad e incapacidad de hecho y de derecho.

En cambio, sin reformas en el tiempo y apenas alterado por alguna jurisprudencia expansiva del concepto, la legitimación en la causa (titular de la relación jurídica en litigio) y en el proceso (posibilidad jurídica de ser eventual beneficiario de una sentencia favorable) se mantienen como conceptos incólumes que, a veces, se confunde con la aptitud reglada en normas materiales.

En materia civil se ha tenido como argumento repetido sostener que existe una capacidad de goce y otra de ejercicio, donde la primera es el presupuesto de la segunda. El goce es la titularidad y el ejercicio la actividad. Uno es atributo, el otro es facultad.

Guillermo Borda, cuya interpretación es importante por ser el reformador del sistema decimonónico que varía recientemente, decía:

> La capacidad es general, y la legitimación lo es para determinados actos. Capacidad es, como se ha explicado, una aptitud general para disponer de derechos y contraer obligaciones; así, toda persona mayor de edad no interdicta ni inhabilitada es capaz de comprar, vender, donar, celebrar contratos [...]. Legitimación es un concepto vecino pero más circunscripto: es el poder de ejercer determinados y concretos derechos y obligaciones. Así, por ejemplo, el único legitimado para vender un departamento, es su propietario. Yo puedo tener capacidad para vender, pero si no soy el propietario de un determinado bien, no puedo venderlo, es decir, no tengo legitimación para hacerlo.[1060]

Con este argumento por mucho tiempo se aplicó en el proceso la idea de capacidad del sujeto para ser titular de los bienes que adquiere y de los derechos que ostenta; mientras que la legitimación procesal era la aptitud para realizar actos concretos de protección o defensa. El ejemplo del menor fue constante: tenía derechos por su capacidad de goce, pero carecía de legitimación al no poseer aptitud de ejercicio sino por medio de sus representantes.

En verdad hubo una suerte de aislamiento (que quizás provenga de aquella polémica entre Windscheid y Muther sobre la acción y el derecho de acción) entre la capacidad razonada sobre los derechos

1060. Borda, Guillermo, *Manual de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1996, p. 234 y ss.

que se tienen, y la legitimación consecuente para llevar a juicio algún conflicto sobre ellos.

> La capacidad de ejercicio revela una idoneidad del sujeto para un tipo de actos, idoneidad que se mensura en relación con un grado de desarrollo psíquico general, en tanto que la legitimación considera la idoneidad para un acto singular, que se mide o valora conforme a circunstancias particulares, diversas de caso en caso. La ulterior capacidad de ejercicio adquirida no equivale a una confirmación del acto, pero la posterior adquisición del poder de disposición de la que se carecía, subsana la falta de legitimación.[1061]

La capacidad procesal, en realidad, no desatiende la capacidad civil. Todo lo contrario, la tiene en cuenta porque es la base donde apoyar la condición de parte en sentido técnico. Vale decir, si el proceso es un conflicto de intereses entre partes, son éstas quienes deben acreditar la titularidad de la relación jurídica controvertida. En este aspecto, la capacidad de postulación supone que quien va al proceso como actor, el que comparece como demandado, los que llegan como testigos, los abogados que intervienen, los terceros que concurren, etcétera, cada uno tiene un derecho personal que le permite actuar sin impedimentos.

En cambio, la capacidad procesal, en sí misma, se vale de los presupuestos procesales de la legitimación para obrar y en este sentido se comienza a ver que los actos jurídicos sustanciales no son iguales que los actos procesales.

> Para el derecho de fondo las relaciones jurídicas necesitan de manifestación expresa, desde que los procesos íntimos, desarrollados en la conciencia del sujeto, no valen como actos. Éstos se exteriorizan con hechos, y por eso, no hay derecho que no provenga de un hecho y, precisamente, de la variedad de hechos procede la variedad de derechos.[1062]

El acto jurídico era para el Código Civil, todo hecho voluntario lícito, que tenga por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos (art. 944 Código Civil, hoy derogado).

Este calificativo fue determinante para influir en la doctrina procesalista, al punto que nuestros más preciados maestros llegaron a

1061. Llambías, Jorge, *Tratado de Derecho Civil. Parte General*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1997, T. II, p. 290.

1062. Gozaíni, Osvaldo, *Temeridad y malicia en el proceso, op. cit.*, p. 292.

sostener cierta armonía y, porque no, una conjunción ideal entre el acto jurídico y el acto procesal.

Pero aplicar esta conclusión al acto procesal resulta un tanto forzado ni bien se observa que la potestad de las partes se sujeta al orden público que preserva el proceso. No se trata de enfrentar al acto jurídico con el acto procesal, sino de diferenciarlos convenientemente para elaborar, a partir de sus principios, las consecuencias propias que importan sus respectivos desvíos.

La doctrina más caracterizada ha advertido los problemas que provoca la falta de una teoría del acto procesal que abarque su contenido subjetivo, recomendando en su lugar, y hasta tanto se legisle convenientemente al respecto, el uso de los principios sustentados por el derecho civil.

> Guasp observó las dificultades de esta remisión, pues ello suponía hacer extensivo a los actos procesales, los vicios en el consentimiento. Decía que cuando la voluntad exteriorizada en el acto procesal coinciden con la voluntad del agente no surge cuestión de gravedad alguna; pero puede ocurrir que tal coincidencia no exista o, en otros términos, que se produzca una discrepancia entre voluntad real y voluntad declarada o manifiesta: en este caso ¿será eficaz dicho acto?, es decir ¿exige el ordenamiento jurídico procesal para la válida realización de un acto, además de la declaración o manifestación en que el acto consiste, una voluntad real en el sujeto que lo origina?. En principio la respuesta ha de ser, sin duda, negativa; dada la presencia de un órgano del Estado en el proceso, los actos que ante él se realizan, cuando aparecen exteriormente del modo exigido son eficaces aunque la disposición interior de su autor no coincida con la que ellos revelan. Sin embargo, este principio no puede ser tampoco afirmado sin reservas: para precisarlo más: es necesario aludir a los distintos supuestos de discrepancia entre voluntad interior y declaración o manifestación de voluntad, distinguiendo los casos de discrepancia intencional que son aquéllos en que la falta de coincidencia es conocida y querida por el sujeto del acto, de los de discrepancia no intencional en los que el sujeto no reconoce la falta de coincidencia, o bien la conoce pero no la desea.[1063]

1063. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1956, p. 268.

214. La capacidad en el actual Código Civil y Comercial de la Nación

Para saber si existen alteraciones al concepto tradicional conforme el nuevo régimen de la capacidad civil que dispone el Código en vigencia, es menester profundizar en los enunciados de la presentación que hicieron sus autores; confrontar el desarrollo jurisprudencial, y la crítica –si es que la hay– con su enlace en materia procesal que torne efectivo la práctica y ejecución de los derechos.

> Según explica Lorenzetti en el lanzamiento del proyecto, se consagra la capacidad como regla (arts. 22 y ss.) imponiendo la carga argumentativa a toda restricción (art. 31 y ss.), las medidas de apoyo (art. 43 y ss.), el amplio reconocimiento de los derechos personalísimos (arts. 51 y ss.), el reconocimiento de mayores libertades en materia de nombre (arts. 62 y ss.); el valor otorgado a la autodeterminación con relación a los intereses atinentes a la esfera vital de la persona (arts. 55, 56, 58, 59, 561 y cc.) en el marco axiológico de la dignidad humana (arts. 51, 52, 279 y 1004). Estas normas se inscriben en una fuerte tradición humanista.[1064]

La regla es la capacidad puesta en dos niveles innovadores. Uno que refuerza el sentido de posesión de derechos en condiciones de igualdad; que vitaliza el derecho individual y fomenta –como dicen sus autores– a la persona concreta por sobre la idea de un sujeto abstracto y desvinculado de su posición vital (paciente [art. 59], consumidor [art. 1092], discapacitado [art. 48], integrante de comunidades indígenas [arts. 18 y 1897], con problemas mentales [art. 31], por enumerar algunas entre las situaciones existenciales tomadas en consideración).

Es el llamado "paradigma protectorio" que, como su nombre proclama, para ser efectivo y dejar de ser una mera fórmula declamativa, necesita tener correlato en la capacidad procesal o de ejercicio.

Esta es la segunda intención del Código Civil y Comercial de la Nación: bosquejar con algo más que propósitos, un cuadro para el acceso al proceso que impacte en las normas procesales vigentes a partir de la interpretación judicial.

1064. Lorenzetti, Ricardo, *Fundamentos del Código Civil y Comercial de la Nación*, nota introductoria y explicativa de la reforma introducida a la ley de fondo, conforme Ley N° 26994.

Sigue explicando Lorenzetti:

> El paradigma protectorio tutela a los débiles y su fundamento constitucional es la igualdad. Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. Superando la visión de los códigos decimonónicos, el Proyecto provoca un nuevo paradigma.

En los fundamentos que presenta el Código Civil y Comercial de la Nación se repite la noción de constitucionalizar la protección de la persona a partir de una suerte de "humanización" del derecho privado. La dimensión que adquiere se refleja en las dos superficies que tienen los derechos humanos: goce y ejercicio pleno, de modo que sea natural la protección que se otorga, aunque tengan limitaciones de acceso a los jueces en orden a cumplimentar presupuestos procesales que el sistema, por más tuitivo que sea, no puede desmoronar ni desconocer.

Para ratificar este concepto se acuña desde el comienzo la idea de capacidad plena y progresiva de todas las personas, evitando que sea objeto de tratamientos discriminatorios, o crear impedimentos en los derechos, partiendo de la base que la capacidad no es un atributo sino un derecho y que, por tanto, la incapacidad es una excepción. Vale decir que solo se puede limitar la capacidad con causas y decisiones plenamente justificadas.

> El Código define la capacidad en dos artículos fuente: El artículo 22 referido a la *capacidad de derecho*, donde se establece que "Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados". Y la *capacidad de ejercicio* reglamentada en el artículo 23 por el cual "Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial".

Al haber acuñado en la *aptitud* la fórmula de reconocimiento de personalidad procesal, la capacidad que se identifica con legitimación encuentra restricciones o límites razonables, como son: a) acreditar el carácter con que el litigante se presenta al juicio, y b) demostrar en forma preliminar las aptitudes que tiene para hacerlo.

La afirmación se refuerza cuando se dispone reglamentariamente sobre la persona humana, pues en el Capítulo II del Código Civil y

Comercial se define la capacidad de derecho y la capacidad de ejercicio o goce. Establece respecto a la primera que "Toda persona humana goza de la aptitud para ser titular de derechos y deberes jurídicos. La ley puede privar o limitar esta capacidad respecto de hechos, simples actos, o actos jurídicos determinados".

El anterior sujeto de derechos pasa a ser toda persona con aptitudes para ser titular de ellos, cuestión que orienta a trabajar sobre derechos establecidos por la sola condición humana. De allí que pueda ser equivocado disponer que es la ley la que pueda restringir los derechos cuya titularidad se tiene, en razón de que lo que se limita es la capacidad de ejercicio, más adecuada esta lectura con la redacción del artículo 23: "Toda persona humana puede ejercer por sí misma sus derechos, excepto las limitaciones expresamente previstas en este Código y en una sentencia judicial".

Sea una u otra la interpretación, lo cierto es que el régimen sustantivo instala en dos normas sucesivas una tendencia a ocupar como caras de una misma moneda a la capacidad de goce con la capacidad de ejercicio. Es decir, toma partido con una de las posiciones teóricas antes expuestas, donde la legitimación para obrar es parte de la capacidad civil.

> La asunción se presenta con argumentos semejantes cuando se sostiene que [...] el hecho de que el Código asuma en forma expresa que el principio o regla es la capacidad, lleva a que para sostener lo contrario respecto a una persona será necesario un proceso judicial que establezca –y fundamente– cuáles son los actos puntuales que se restringen. Esto aparece coherente con la modificación legislativa que en el año 2010 se introdujo en la legislación civil mediante la ley 26.657 Ley Nacional de Salud Mental, que estableció en sus arts. 3 y 5 la presunción de capacidad de la persona, independientemente de su condición de salud mental, sus antecedentes de tratamiento hospitalario, conflictos familiares, sociales o inadecuación cultural. Esta opción legislativa a su vez es coherente –control de convencionalidad– con las normas de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad que nuestro país incorporó por ley 26.378 y luego otorgó jerarquía constitucional. El Código regula observando a esta Convención y el modelo social que ella establece: en el modelo social el "problema" de las personas con discapacidad no radica en ellas mismas sino en las condiciones del entorno que generan barreras –actitudinales,

> comunicacionales, edilicias, procesales, etc.–, que les impiden ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con las demás.[1065]

Unificar capacidad con legitimación pone en serios aprietos al juez que debe resolver, pues se lo enfrenta con la difícil tarea de tener que elegir entre el régimen sustantivo que parece imponer normas comunes, y el código procesal que tenga bajo su jurisdicción, habitualmente divisor de la capacidad de ejercicio respecto de la de postulación.

Pareciera quedar diluida la noción de aptitud legal para ser parte, que siendo un concepto estrictamente procesal (y por tanto materia no delegable en la Nación) abre un espacio demasiado amplio a la especulación sobre cuánto supone imponer el principio de la capacidad de goce y ejercicio transmitido como regla al proceso ordinario.

Es decir, tener capacidad civil no lleva necesariamente a acreditar capacidad procesal, donde es necesario poder instalarse con personalidad para actuar. Un niño, un preso, una sociedad unipersonal, y tantos ejemplos más, pueden ser titulares de una relación jurídica, poseer un patrimonio, o ser agentes tributarios de derechos que no podrán ejercer por sí mismos, porque carecen de idoneidad para ser parte en sentido procesal, aunque sean "parte" en sentido material.

Para suplir este déficit se recurre a las figuras de la representación, que son los medios o vehículos donde transportar la "aptitud".

No obstante, la jurisprudencia superior no ha sido tan permeable a estas ampliaciones de legitimación, habiendo sostenido que

> … las prescripciones de la Ley 26.061 deben ser interpretadas y aplicadas en forma integral con arreglo a nuestra legislación de fondo. En este sentido, las disposiciones del Código Civil que legislan sobre la capacidad de los menores tanto impúberes como adultos no han sido derogadas por la Ley de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes. En consecuencia, de acuerdo, con este régimen de fondo, los menores impúberes son incapaces absolutos, que no pueden realizar por sí mismos actos jurídicos (art. 54, inciso 2º del ex Código Civil), como sería la designación y remoción de un letrado patrocinante, así como la actuación por derecho propio en un proceso, en calidad de parte.[1066]

1065. Fernández, Silvia Eugenia, *La capacidad de las personas en el nuevo Código Civil y Comercial*, doctrina del 30/04/ 2015. Disponible en: www.nuevocodigocivil.com

1066. CSJN, Fallos: 335:1136.

Debiéramos entonces recuperar para el sentido de justificación razonable que predica el artículo 3 del Código Civil y Comercial, algunas reflexiones que no son antagonismos estériles, sino el adecuado mecanismo de ponderar cuando la capacidad como regla no se deba sobreponer al ejercicio idóneo del derecho de defensa, que es en suma, la garantía que se persigue consolidar.

El derecho a ser oído en condiciones de igualdad y sin restricciones es un deber del Estado y una obligación para los jueces, pero ello no significa que se confiera legitimación procesal abierta y desmedida. Es cierto que, a veces, esta recepción admite plantear pretensiones que pueden alterar los principios dispositivo (solo son partes quienes litigan) y de congruencia (el juez debe fallar conforme lo alegado y probado por las partes), por ejemplo, cuando en un juicio de asignación de residencia para el hijo o de cuidado del mismo (antes llamado proceso de *tenencia*) el menor al ser oído pide no quedar bajo la responsabilidad parental del padre o la madre sino de otra persona. Pero también lo es que hay cierta flexibilidad en las decisiones cuando promedian intereses de mayor preocupación que el desenvuelto por las partes.

La verdad es que la posibilidad jurídica de estar en juicio no depende solamente de la titularidad en el derecho, sino además, de la posibilidad jurídica de defenderse con paridad de fuerzas y oportunidades. Y en este aspecto, el desarrollo progresivo del entendimiento no es una buena medida para conceder la calidad de parte por el solo hecho de comprender cuanto se relaciona con los intereses personales que se conflictúan.

215. La representación en juicio

Iniciada la acción, propuesta la pretensión y advertida la capacidad procesal de quien pide, para la continuidad del juicio es preciso contar con representación. La demanda, que es el acto procesal donde se reúnen estos componentes, debe presentarse por un abogado o procurador que actuará en el juicio, en representación de la parte, dando objetividad al proceso a partir del asesoramiento letrado. Pero, al mismo tiempo, si quien peticiona carece de capacidad, debe recurrir a la representación legal que difiere de la convencional.

En efecto, la representación de un derecho que no resulta propio se debe acreditar por quien lo afirma como una forma de justificar la personería que alega. En nuestro sistema procesal federal requiere el primer párrafo del artículo 46, la verificación del "carácter". El párrafo siguiente admite la interposición de una causal justificativa en la demora de verificación; y la última parte exonera a los padres de toda prueba del vínculo a excepción de que surjan dudas en el juez que entiende en la causa, o lo pida la contraparte.

Esta disposición no se vincula con los problemas de legitimación, sino antes bien, de la representación procesal. Por eso, también está en juego la capacidad para ser parte o estar en juicio. La capacidad señala la aptitud intrínseca del sujeto para obrar dentro del proceso asumiendo por sí o en representación de otro el interés jurídicamente relevante que otorga la legitimación.

215.1 Representación civil y procesal: el mandato

La representación de una persona física o jurídica supone que en nombre de ella actúa alguien autorizado por ley o por contrato, sea con el fin de solucionar la capacidad de ejercicio que, por diversas razones, no puede ejecutar por sí mismo; o pudiendo hacerlo, voluntariamente delega en otro la facultad de actuación.

La representación de la persona capaz se dispone voluntariamente; la de personas incapaces, en cambio, el Código Civil y Comercial la establece como patrón general para: a) los padres, cuando se trata de personas por nacer; b) también los padres, si se trata de menores de edad no emancipados, o el tutor que se les designe cuando los progenitores tengan impedimentos de actuación; c) en el caso de personas con capacidad restringida, será el curador.

Específicamente dice el artículo 101:

> Son representantes:
> a. de las personas por nacer, sus padres;
> b. de las personas menores de edad no emancipadas, sus padres. Si faltan los padres, o ambos son incapaces, o están privados de la responsabilidad parental, o suspendidos en su ejercicio, el tutor que se les designe;

c. de las personas con capacidad restringida, el o los apoyos designados cuando, conforme a la sentencia, estos tengan representación para determinados actos; de las personas incapaces en los términos del último párrafo del artículo 32, el curador que se les nombre.

Estas son reglas para establecer la necesidad de representación para ejercer actos jurídicos de personas menores de edad, incapaces o con capacidad restringida, e inhabilitados.

Cuando se trata de actos jurídicos procesales, interviene el Ministerio Público con el alcance establecido en el artículo 103:

> Actuación del Ministerio Público. La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal.
> a. Es complementaria en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.
> b. Es principal:
> i. cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes;
> ii. cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes;
> iii. cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación.
> En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales.

La representación legal, como su nombre lo indica, proviene de la necesidad de asistencia que tiene una persona que, por carecer de capacidad de ejercicio, precisa de otro para que la represente. Por eso la representación se vincula con la eficacia de los actos realizados en nombre del representado; y en materia judicial se relaciona con la representación en juicio. Esta se vincula directamente con el comparendo ante los estrados del tribunal y, en consecuencia, con la posibilidad de tener personalidad procesal que convierte al individuo en sujeto del proceso o parte del mismo.

Entre representación necesaria y representación voluntaria no hay desigualdades extremas, toda vez que la función del representante es la misma, de forma tal que la gestión realizada tiene el efecto de suplir los actos que consuma como si fuera el mismo representado.

Esta representación alcanza a los actos expresos que la ley le ordena celebrar, o que el contrato estipula. Por eso, la representación legal se rige por los artículos 359 a 361, y los del mandato en los artículos 1319 a 1334.

En cambio la representación en juicio exige acreditar la personería, sea con los documentos que justifican la personalidad o con la presentación de poderes.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación reglamenta:

> *Artículo 51 - Alcance del poder.* El poder conferido para un pleito determinado, cualesquiera sean sus términos, comprende la facultad de interponer los recursos legales y seguir todas las instancias del pleito.
> También comprende la facultad de intervenir en los incidentes y de ejercitar todos los actos que ocurran durante la secuela de la litis, excepto aquellos para los cuales la ley requiera facultad especial, o se hubiesen reservado expresamente ese poder.

Lo que interesa observar son los presupuestos que necesita la representación procesal, donde habrá que distinguir entre representación convencional, representación legal, la asistencia prestada con "apoyos", la llamada representación adecuada, y muchos otros formatos que se vienen dando en instrumentos jurídicos que confunden notoriamente la legitimación procesal con la representación.

Inclusive, hay un impacto emergente de disposiciones del Código Civil que son distintas en los códigos procesales, por ejemplo, la capacidad para conferir poderes de representación en juicio; o la misma personería del representante de la empresa que asiste a los actos procesales con poderes de representación, pero sin tener en ese instrumento poderes suficientes para comprometer la responsabilidad del representado, que es tema a tratar más adelante.

Estas diferencias provienen de la tiranía de los conceptos, donde los alcances de la representación con fines tuitivos y de protección, se enfrentan con aquellos que solamente atienden las declaraciones de voluntad expresadas.

En efecto, cuando la representación es contractual hay mandato, pero hay diferencias entre ellos:

> *Artículo 1319.- Definición.* Hay contrato de mandato cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra.
> El mandato puede ser conferido y aceptado expresa o tácitamente. Si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato. La ejecución del mandato implica su aceptación aun sin mediar declaración expresa sobre ella.
> *Artículo 1320.- Representación.* Si el mandante confiere poder para ser representado, le son aplicables las disposiciones de los artículos 362 y siguientes.

En orden a esta asimetría, se advierte que la representación civil es un acto voluntario o legal por el cual el representante ejerce actos jurídicos o actos procesales en nombre del representado. A veces el permiso de actuación a sujeto distinto del titular se aprueba para todo tipo de relaciones jurídicas, en cambio para otros, solamente el titular del derecho podrá realizarlos.

Sin embargo puede haber mandato sin representación, que sucede cuando no hay documento o poder de representación, haciendo que el mandatario actúe en nombre propio pero en interés del mandante, quien no queda obligado directamente respecto del tercero, ni este respecto del mandante. El mandante puede subrogarse en las acciones que tiene el mandatario contra el tercero, e igualmente el tercero en las acciones que pueda ejercer el mandatario contra el mandante (art. 1321, CCyC).

215.2 La representación voluntaria

Para los actos extrajudiciales de significancia y efectos jurídicos sustanciales, la representación voluntaria comprende solo los actos que el representado puede otorgar por sí mismo. Los límites de la representación, su extinción, y las instrucciones que el representado dio a su representante, son oponibles a terceros si estos han tomado conocimiento de tales circunstancias, o debieron conocerlas obrando con cuidado y previsión (art. 362, CCyC).

La regla se vincula con el artículo 364 por el cual: "*Capacidad*. En la representación voluntaria el representado debe tener capacidad para

otorgar el acto al momento del apoderamiento; para el representante es suficiente el discernimiento".

Ambos preceptos enmarcan el negocio jurídico de que se trata y solo subsidiariamente se aplica para los casos de representación en las relaciones de familia (art. 358, CCyC). Sin embargo, el artículo 375 incluye dentro del poder conferido en términos generales y facultades expresas, lo siguiente:

> Las facultades contenidas en el poder son de interpretación restrictiva. El poder conferido en términos generales solo incluye los actos propios de administración ordinaria y los necesarios para su ejecución.
> Son necesarias facultades expresas para:
> a. peticionar el divorcio, la nulidad de matrimonio, la modificación, disolución o liquidación del régimen patrimonial del matrimonio;
> b. otorgar el asentimiento conyugal si el acto lo requiere, caso en el que deben identificarse los bienes a que se refiere;
> c. reconocer hijos, caso en el que debe individualizarse a la persona que se reconoce;
> d. aceptar herencias;
> e. constituir, modificar, transferir o extinguir derechos reales sobre inmuebles u otros bienes registrables;
> f. crear obligaciones por una declaración unilateral de voluntad;
> g. reconocer o novar obligaciones anteriores al otorgamiento del poder;
> h. hacer pagos que no sean los ordinarios de la administración;
> i. renunciar, transar, someter a juicio arbitral derechos u obligaciones, sin perjuicio de las reglas aplicables en materia de concursos y quiebras;
> j. formar uniones transitorias de empresas, agrupamientos de colaboración empresaria, sociedades, asociaciones, o fundaciones;
> k. dar o tomar en locación inmuebles por más de tres años, o cobrar alquileres anticipados por más de un año;
> l. realizar donaciones, u otras liberalidades, excepto pequeñas gratificaciones habituales;
> m. dar fianzas, comprometer servicios personales, recibir cosas en depósito si no se trata del necesario, y dar o tomar dinero en préstamo, excepto cuando estos actos correspondan al objeto para el que se otorgó un poder en términos generales.

Ahora bien, si se trata de representar derechos de otro en un proceso, la personería se debe acreditar por quien lo afirma como una forma

de justificar la personalidad que invoca. La representación *voluntaria* anterior se convierte en el caso en *legal* porque lo exige una regla de derecho.

Las normas procesales suelen exigir que se demuestre el "carácter" invocado, dando por cierto que no están pidiendo un documento expreso (por eso a los padres que comparezcan en representación de sus hijos no se les exige la obligación de presentar las partidas de nacimiento), sino la verificación del hecho que permite la comparecencia.

Esto podrá ser fruto de una representación legal dativa (conferida judicialmente como el caso del art. 107, CCyC), o generada por instrumento público (art. 1017, CCyC); o discernida por el Estado (art. 31 inc. *e*, CCyC), o bien con el presupuesto común del poder general para actuar en juicio.

La diferencia está en que una cosa es justificar la personería jurídica (capacidad más representación) y otra verificar el alcance del mandato (representación procesal); e inclusive, toma distancia de otros presupuestos de representación que se derivan de obligaciones propias del abogado (matrícula, colegiación local, contribución con bonos para las corporaciones profesionales, etc.).

En consecuencia, justificar la personería no es acreditar legitimación, sino antes bien, la representación procesal. Por eso, también está en juego la capacidad para ser parte, y la legitimidad del mandato que se invoca para estar en juicio.

Está claro que la justificación requerida es para la representación procesal y no respecto del derecho de fondo, de manera que a tenor de corresponder el artículo 46 del código adjetivo con los requisitos señalados en el artículo 333 del mismo ordenamiento ("Con la demanda, reconvención y contestación de ambas en toda clase de juicios, debe acompañarse la prueba documental que estuviese en poder de las partes" –párrafo primero–), podemos clasificar los documentos a presentar liminarmente en: a) Aquellos destinados a verificar la concurrencia de los presupuestos procesales de admisión de la demanda, y b) los instrumentos –materiales– acompañados como prueba del derecho de fondo que se quiere defender.

Puede ocurrir que los documentos de verificación no estén disponibles para demostrar la existencia de personería suficiente, en cuyo supuesto, se permite justificar la imposibilidad fundando adecuadamente los motivos del impedimento. Encontrando razonables los

argumentos, el juez puede acordar hasta un plazo máximo de veinte (20) días para agregar los poderes necesarios.

El caso se diferencia del *gestor urgente*, donde los poderes no están otorgados. En cambio, cuando el mandato existe, y solamente no se tiene la posibilidad de acceso para adosarlos en el primer acto requerido, la tolerancia de un plazo para cumplir tiende a evitar la indefensión.

Además, los efectos son diferentes, pues cuando la urgencia de representación permite invocar la necesidad de actuar sin apoderamiento, pero dando un plazo para acreditar o ratificar lo obrado, es a sabiendas de la nulidad de todo lo actuado por el gestor cuando no se acredita la personería en tiempo y forma; mientras que en el supuesto de justificación de la personería lo que se tiene por no acreditado es la representación sin nulificar los actos habidos.

Por tanto, cuando al contestar la demanda se omite acompañar el poder invocado para probar el apoderamiento, no corresponde dar por perdido el derecho del demandado, sino que debe intimarse su presentación dentro de un plazo prudencial, ya que la caducidad de los derechos debe interpretarse restrictivamente. Y si dentro del plazo no se agrega el poder, tampoco corresponde decretar la nulidad de lo actuado, pues la falta de personería es subsanable en cualquier tiempo.

Por eso se ha dicho que

> No puede mantenerse la sanción de nulidad oportunamente aplicada a quien habiéndose presentado por parte, en una causa, en los términos del art. 48 del Código Procesal, comprometiéndose a acompañar el pertinente poder, no lo hizo, toda vez que su presentación como gestor fue errónea ya que era mandatario del accionante, con mandato otorgado con anterioridad a dicha presentación, careciendo de andamiento la objeción formulada respecto de la ausencia de firma en la copia de poder obrante en la causa, pues a tenor del mismo fue tenido por parte otro profesional sin que al respecto se dedujera objeción alguna.[1067]

1067. CNCom., Sala A, "Moreno, Mariano c/ Hotgase SRL s/ sumario", 27/06/2014, *La Ley Online*. "Corresponde revocar la sentencia que decretó la nulidad de todo lo actuado, por no haberse acreditado la personería, conforme el art. 48 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, si se considera la confusa situación procesal creada por la sanción de las leyes 24.463 y 24.655, y que el poder fue presentado antes de que se declarara la nulidad, por lo que resulta una pauta de interpretación razonable atemperar el rigor de las normas procesales en beneficio de derechos de contenido alimentario que cuentan con tutela constitucional" (CSJN, Fallos: 322:2673). Sin embargo la Corte Nacional no

215.3 La representación legal

La representación derivada de disposiciones legales ocupa varios aspectos, no todos relacionados con el protagonismo o incidencia en juicio, pero útiles al solo efecto de no confundir los alcances con los temas de legitimación procesal. A veces se habla de un *derecho de representación* procedente de la transmisión de derechos entre parientes, donde se entiende ocurre con los de grado más próximo, según el orden sucesorio. En las sucesiones de bienes y derechos la representación es propia de la naturaleza de cuanto se adquiere, donde los descendientes del causante, o en su caso los ascendientes, el cónyuge supérstite y los parientes colaterales dentro del cuarto grado inclusive, asumen también las obligaciones propias de la transmisión.

Por ejemplo, los casos de representación común establecidos en el artículo 101 del Código Civil y Comercial, que recae en los padres y a falta de ellos en el tutor, donde también se presenta una nueva figura con representación para ciertos actos, como es el apoyo designado por decisión judicial (art. 101 inc. c, CCyC).

En otros casos, la representación legal se promueve por necesidad de proteger a la persona y sus bienes, como es el caso de niños, niñas o adolescentes que no han alcanzado la plenitud de su capacidad civil y carecen de allegados que ejerzan la responsabilidad parental.

En estos supuestos, dice el artículo 117 del CCyC:

> Ejercicio. Quien ejerce la tutela es representante legal del niño, niña o adolescente en todas aquellas cuestiones de carácter patrimonial, sin perjuicio de su actuación personal en ejercicio de su derecho a ser oído y el progresivo reconocimiento de su capacidad otorgado por la ley o autorizado por el juez.

siempre tiene fallos constantes pues en otros afirma que: "... El vencimiento del plazo fijado en el art. 48 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación acarrea la nulidad de todo lo actuado por el mero transcurso del término perentorio y fatal de cuarenta días hábiles contados desde la primera presentación del gestor" (CSJN, Fallos: 328:1144). Reiterado al sostener que [...]: "En razón de que su apoderada solo efectuó la ratificación del escrito una vez vencido el plazo legal para hacerlo, corresponde declarar la nulidad de la presentación (art. 48 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación) efectuada por el letrado patrocinante de la actora que dedujo, en calidad de gestor, recurso de aclaratoria respecto del fallo de la Corte Suprema". CSJN, Fallos: 328:4237.

También la *representación legal de las personas jurídicas* es una obligación conforme el artículo 158 del CCyC, que trata de una personalidad comercial distinta a la de situación con personería para actuar en juicio. Es un caso de representación orgánica porque se deriva de obligaciones estatutarias.

Precisamente, esta diferencia se aloja en que los integrantes de la sociedad no confunden sus bienes y responsabilidades propios con los que asume como parte de la empresa, por eso, los miembros de la entidad no responden por las obligaciones de la persona jurídica, excepto en los supuestos expresamente previstos.

Cuando se habla de representación legal en juicio se dan dos condiciones elementales. La primera es que quien representa a la sociedad como persona jurídica debe acreditar los atributos previstos en los artículos 153 a 156 del Código Civil, vale decir, que debe tener capacidad para obligar a la empresa.

La segunda característica es de quien actúa en el proceso como apoderado o mandatario, que podrá ejercer actos procesales idóneos para el ejercicio del derecho de defensa, pero que para ciertos actos ese poder será insuficiente.

Un caso que así lo testimonia es la prueba de confesión, que se encuentra únicamente reservada para aquellas personas que revisten calidad de partes, siendo por ende improponible su realización por el abogado que, aun siendo mandatario, carece de facultades para comprometer con sus actos la responsabilidad patrimonial de la representada, aun cuando el poder le haya conferido expresamente la facultad de "absolver posiciones" en nombre de la empresa.

> El principio que reclama la declaración confesional de quien es parte en el proceso se vincula con la capacidad para estar en juicio, de modo tal que cuando ella no se tiene, la representación legal conferida asume el deber de comparecimiento y declaración.
> El inciso 1º del art. 405 establece que las personas incapaces (de hecho y de derecho) absolverán posiciones a través de sus representantes legales, siempre que la declaración se refiera a hechos donde éstos hubieran intervenido personalmente estando el cargo ya discernido.
> Si la representación hubiere cesado, la intervención que pueden tener es como testigo, por los hechos pasados que le fueran propios.[1068]

1068. Gozaíni, Osvaldo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 3ª ed., 2011, T. II, p. 698.

Esto cambia si el representante legal es, por ejemplo, el Gerente de Asuntos Legales, con un alcance de compromiso previo a los hechos, y con mandato vigente con anterioridad al proceso. Es decir, un poder general de actuación en juicio, emitido con términos habituales por su generalidad, sin haber confrontado la facultad estatutaria o contractual que permita al representante realizar actos de gestión y de disposición, puede resultar insuficiente y dar motivo a que el ponente resista esa declaración.

De todos modos, conviene advertir que el abogado, aun sin haber participado en forma directa en los hechos que se plantean en la posición, puede declarar y confesar lo que corresponda, cuando previamente estuviera debidamente informado por sus representados de los hechos que motivan el proceso.

> Por eso se argumenta que, es admisible la confesión ficta del representante legal de la sociedad, aunque no recayese sobre hechos de su actuación personal, si versa sobre hechos controvertidos en la litis, de los cuales debía necesariamente tener conocimiento en aquella calidad, a través de las mismas fuentes de información de las que se extrajeron las alegaciones vertidas al contestar la demanda.[1069]

216. Representación procesal

El mandatario abogado que representa a la persona en juicio tiene condiciones basadas en leyes especiales (*v. gr.* donde existe colegiación obligatoria, estar matriculado en algún colegio profesional de la jurisdicción, y tener habilitado el ejercicio), y con el alcance del poder que se le confiere.

> Artículo 360.- Extensión. La representación alcanza a los actos objeto del apoderamiento, a las facultades otorgadas por la ley y también a los actos necesarios para su ejecución.
> Artículo 361.- Limitaciones. La existencia de supuestos no autorizados y las limitaciones o la extinción del poder son oponibles a terceros si éstos las conocen o pudieron conocerlas actuando con la debida diligencia.

1069. CNCiv., Sala F, "Argos, Cía. de Seguros c. Empresa de Transportes Ideal San Justo", 28/06/ 2007, LL, 2007-D, 619.

El poder general de representación conferido en términos generales solo incluye los actos propios de administración ordinaria y los necesarios para su ejecución. En cambio, el poder especial acuerda la representación con facultades expresas y para un litigio determinado sin posibilidad de utilizar el apoderamiento en otros procesos.

No obstante, se ha dicho que:

> Si bien en el poder acompañado por el accionante, no se hace referencia a la materia laboral, de su lectura íntegra –en particular, las facultades otorgadas de modo general y especial– no puede sino concluirse que aquel se exhibe suficiente para acreditar la personería invocada. Es que más allá de que la demanda iniciada se fundó, esencialmente, en normas de derecho civil –argumento central esgrimido en la apelación–, y del tribunal ante el cual fue presentada, y respecto del cual no se efectuó ninguna distinción en el instrumento en cuestión, se autorizó a los poderdantes a intervenir en acciones promovidas ante los juzgados ordinarios de cualquier fuero o jurisdicción. Ante lo cual, admitir la excepción de falta de personería en estas condiciones implica un manifiesto exceso de rigor formal, incompatible con las reglas del debido proceso; esto es, una desnaturalización de las formas procesales. Por ende, resulta razonable propiciar una solución que facilite el acceso a la justicia, sin apegarse a ritualismos, porque no se debe perder de vista el carácter alimentario de los créditos que se persiguen mediante esta acción; por lo cual, corresponde revocar la resolución de grado, atento que el instrumento adjuntado con el escrito de inicio, contiene facultades suficientes para promover la acción que se pretende.[1070]

En el ámbito nacional la Ley N° 10996 mantiene plena vigencia y establece que la representación en juicio puede ser ejercida por abogados, procuradores o escribanos que no ejerzan la profesión de tales. A esta directriz cabe reconocerle dos excepciones: a) que la representación de las sociedades anónimas corresponde al presidente del directorio, y b) que la Ley N° 18345 en su art. 35, y art. 10 del decreto reglamentario 1169/96 se establece que la persona de existencia ideal podrá ser representada por sus representantes legales o por directores, socios, administradores, gerentes o empleados superiores, con poder suficiente. En todos los casos no corresponde que se aplique

1070. CNAT, Sala X, "Cañizares, Roberto c/Aceros Zapla SA y otros s/accidente - acción civil", 30/09/2013, Boletín temático de jurisprudencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, noviembre, 2013.

analógicamente el artículo 47 del Código Procesal nacional pues solo los procuradores o abogados pueden acreditar su personalidad con copia íntegra del poder general firmado por el letrado.

Es decir que la representación de una persona jurídica debe ser de quien preside el Directorio, debiendo acompañar en la primera presentación los documentos que acrediten la personalidad que invoca, para lo cual es necesario exhibir el original o copia certificada tanto del estatuto de la sociedad como del acta de distribución de cargos.

En otros casos, el código ritual es menos rígido porque le pide a quien se presenta que acompañe los documentos del carácter que inviste, de cuanto se deriva que quien no es letrado o procurador debe justificar personería presentando los documentos que lo certifiquen para lo cual es insuficiente la copia o fotocopias no autenticadas (art. 46 Código Procesal). Estas normas son imperativas y exigen a la parte el máximo interés, descartando toda oficiosidad. En consecuencia, las copias simples o duplicaciones sin certificación de escribano no son idóneas para dar cumplimiento con lo dispuesto en el citado art. 46, máxime si el compareciente no invoca impedimento alguno que motive la omisión.

216.1 El contrato de representación en juicio según el Código Civil y Comercial de la Nación

Con el Código Civil y Comercial se abre una discusión que tiene respuestas dispersas y diferentes según la jurisdicción que interprete la norma en juego. El poder general de actuación en juicio conferido al abogado a los fines de la representación legal, habitualmente se otorgó por instrumento público, pero el actual artículo 1017 no lo enumera entre los documentos que requieren la intervención de un escribano, ni existe otra disposición que lo ordene de esta forma.

Ni siquiera el mandato exige un documento expreso, aunque lo invitan numerosas disposiciones legales (*v. gr.* arts. 195, 459, 1319 y ss., entre muchos más del Código Civil y Comercial). Lo que no está dicho con claridad es la forma como se puede instrumentar esta instrucción (si se entiende que es una suerte de ordenamiento de lo que se debe hacer) o el pedido de asistencia (que sería la representación del mandatario, para que haga y actúe como si fuera el representado, conforme sus conocimientos técnicos o profesionales).

La diferencia entre mandato y representación está en el propio Código cuando expresa:

> Artículo 1319.- Definición. Hay contrato de mandato cuando una parte se obliga a realizar uno o más actos jurídicos en interés de otra. El mandato puede ser conferido y aceptado expresa o tácitamente. Si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato. La ejecución del mandato implica su aceptación aun sin mediar declaración expresa sobre ella.
> Artículo 1320.- Representación. Si el mandante confiere poder para ser representado, le son aplicables las disposiciones de los artículos 362 y siguientes. Aun cuando el mandato no confiera poder de representación, se aplican las disposiciones citadas a las relaciones entre mandante y mandatario, en todo lo que no resulten modificadas en este Capítulo.

Y la desigualdad se profundiza al ver que el artículo 1321 permite que haya mandato sin representación.

La incertidumbre trasciende el espacio de las formas, porque acusa también un defecto de acreditación de personería (art. 347 inciso 3º, CPCC) si el modelo que se aplica es diferente al que interpreta el juez interviniente.

La exclusión del art. 1017 quizá no sea tal, y en lugar de ser casuista como el código derogado, lo comprendió en la cláusula extensa del inciso d), por el cual debieran otorgarse por escritura pública, "los demás contratos que, por acuerdo de partes o disposición de la ley [...]" así lo indican.

Que el mandato es un contrato no tiene vacilaciones, pues así se define por el art. 1319; lo que no se dice es el formato donde asentar las cláusulas y condiciones. En cambio la representación tiene en apariencia mejor camino al resolver que "el apoderamiento debe ser otorgado en la forma prescripta para el acto que el representante debe realizar" (art. 363, CCyC).

Los actos procesales son actos jurídicos diferenciados por su especialidad, donde ya vimos que la capacidad es una de las asimetrías más notorias y conflictivas en la actualidad. Lo mismo sucede con las nulidades civiles respecto de las procesales, donde la confirmación es diferente a la convalidación, entre otras desigualdades.

Ahora bien, en el orden civil, la manifestación de voluntad se puede descubrir de varias maneras; podrá exteriorizarse oralmente, por escrito, por signos inequívocos o por la ejecución de un hecho material (art. 262, CCyC).

Para ciertos actos jurídicos la solemnidad exacta es relevante para la validez, pero el acto que no se otorga en la forma exigida por la ley no queda concluido como tal mientras no se haya otorgado el instrumento previsto, pero vale como acto en el que las partes se han obligado a cumplir con la expresada formalidad, excepto que ella se exija bajo sanción de nulidad (art. 285, CCyC).

Esta disposición sobre el tipo formal no existe, de manera que también los efectos deberán juzgarse a tono con lo dispuesto en el artículo 386 que dice:

> Criterio de distinción. Son de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción solo en protección del interés de ciertas personas.

La incertidumbre se transmite al Código Procesal, en razón de que el artículo 47 establece que: "Los procuradores o apoderados acreditarán su personalidad desde la primera gestión que hagan en nombre de sus poderdantes, con la pertinente escritura de poder".

La referencia a una escritura de apoderamiento infiere la existencia de un documento que podrá o no ser un instrumento público. Si es privado, o labrado ante autoridades no jurisdiccionales, podría darse la situación de un mandato aparente (art. 367, CCyC) que no afecta ni perjudica a otro, salvo que el mandante no lo reconozca ni ratifique.

La Corte Suprema en un viejo precedente sostuvo que

> El art. 1º de la ley 10.996 establece que para representar en juicio se debe ser abogado, procurador inscripto en la matrícula correspondiente, escribano nacional que no ejerza la profesión de tal o representante legal. Por su parte el art. 15 de la ley citada establece como excepción a los mandatarios generales con facultades de administrar que no son abogados o procuradores quienes solo pueden actuar en procesos que versen sobre gestiones de administración. El art. 10 del decreto reglamentario 1169/96 clarifica la cuestión al establecer que las personas de existencia ideal pueden ser representadas por sus representantes legales o por directores, socios, administradores gerentes o empleados superiores con poder

> suficiente. Y cabe recordar que este tribunal sostuvo que el art. 15 de la ley 10.996 debe ser examinado con carácter restrictivo, frente al peligro de vulnerar la ley reglamentaria el ejercicio de la procuración y la finalidad que se tuvo en cuenta para sancionarla. (En el caso el mandante contestó demanda a través del Presidente del Directorio, sin que este tuviera título de abogado ni fuera representante legal de la empresa).[1071]

En el proceso la personería es un acto formal que se debe acreditar en la primera oportunidad de comparecer al juicio. Sin embargo, es posible constatar que es posible ejercer representación sin tener el instrumento que lo acredite (*v. gr.* gestión urgente), o que se pueda cumplimentar después emitiendo un documento menos formal.

Obsérvese por ejemplo, la *carta poder* que se usa en el proceso laboral, cuyo testimonio actualmente se encuentra esquematizado, con el fin de evitar anteriores conflictos de extensión o permisos para obrar. Es este un verdadero instrumento público, que se confecciona en forma de acta, en papel simple, haciendo constar el lugar y fecha de su otorgamiento, el Tribunal del Trabajo ante el cual es suscripta, en favor de que letrados o procuradores es extendida; consignando asimismo, el nombre y domicilio de la persona o personas a quienes se ha de demandar y por qué causa, y las facultades que a esos efectos se confieren a los mandatarios. Una vez establecida, la misma debe ser firmada o signada.

Instrumento de similar proceso es el que se emite a petición de quien obtiene el beneficio de litigar sin gastos, que puede solicitar la representación y defensa por un abogado de su propia elección, a cuyos efectos se debe labrar un acta ante el oficial primero (art. 85 parte final, CPCC). Inclusive, este mandato autorizado podrá hacerse extensivo para litigar contra otra persona en el mismo juicio, cuando ello corresponda (art. 86, CPCC).

Hay casos donde la informalidad del instrumento no se desprende del contenido, sino del formato de elaboración. Lo mismo ocurre cuando el acto, en lugar de documentarse por un instrumento privado, se patentiza con un instrumento público. Siempre se hace necesario –dice Gordillo– distinguir entre el instrumento (*v. gr.* escritura pública) y el acto que ese instrumento constata o certifica

1071. CSJN, Fallos: 317:1586.

(por ejemplo, una compraventa). Y es evidente que cada uno se rige por sus principios propios.[1072]

En el caso lo que se debe encontrar, a los fines de confirmar la legalidad del representante que invoca personalidad procesal, es la existencia indudable del mandato, y por eso es que puede haber legitimación procesal por representación, sin necesidad de mandato expreso, como sucede en los procesos colectivos o en las acciones de clase.

Ahora bien, para saber si la omisión del artículo 1017 del CCyC fue un descuido o una decisión meditada, podemos valernos del pensamiento de uno de sus autores. Ricardo Lorenzetti sostiene que el mandato es un acto jurídico bilateral, mientras que la representación es unilateral.[1073] Los dos pueden ser dados de manera expresa o tácita, solo que la naturaleza jurídica tiene efectos distintos.

El mandato sería una suerte de colaboración técnica para que una persona tenga representación legal en el proceso donde interviene como parte principal; y la representación una declaración unilateral de voluntad que hace el representado y dirige a terceros, para que sepan que hay alguien que obra por cuenta y orden de aquel, produciendo el efecto jurídico principal, que es la eficacia directa.[1074]

Uno y otro son expresiones de voluntad que se exponen por escrito o se acuerdan en forma verbal. Mandato y representación pueden ser unilaterales sujetos a la condición de quedar perfeccionado con la ejecución de actos por parte del representante. Pero el Código Civil y Comercial los regula separadamente, y en concreto, el artículo 1017 inciso d) exige que los contratos que, por acuerdos entre partes, o por disposición legal, sean otorgados en escritura pública.

216.2 Autonomía de las voces. Representación, poder y mandato

La confusión llega del Código de Vélez que se ocupó de resolver tres dimensiones de una misma situación: representación, poder y

1072. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 8ª ed, 2010, T. I, p.VII-3.

1073. Lorenzetti, Ricardo, *Tratado de los contratos*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000, T. II, p. 153.

1074. Leiva Fernández, Luis, *Colección de análisis jurisprudencial. Contratos civiles y comerciales*, Buenos Aires, La Ley, 2002, p. 449.

mandato. Todos estaban en igualdad normativa, a diferencia de ahora donde cada uno tiene autonomía.

Los tres artículos ya citados, 1319 (mandato); 1320 (representación) y 1321 (mandato sin representación) dejan en claro que el hecho de la representación no es consecuencia necesaria del mandato. Pero llevado el cuadro al proceso judicial aparece una mención expresa a la "escritura de poder".

No queremos decir, ni lo sugerimos, que ello obligue al instrumento público realizado por escribano, pues la mención del Código federal y de todos los que han regulado de manera idéntica, son tomados de la diferencia hecha por Vélez entre documentos e instrumentos. En otras palabras, así como poder y mandato son dos actos jurídicos distintos, el primero unilateral y el segundo bilateral, el acto de apoderamiento para estar en juicio es un acto jurídico unilateral disímil del eventual contrato de prestación de servicios jurídicos celebrado entre el cliente y el abogado.

La representación y el poder se analizan por el actual codificador en el mismo Capítulo (arts. 358 a 381) pero lo aísla del mandato regulado mucho más adelante cuando analiza los derechos personales, y en particular en el título IV, capítulo 8 de los Contratos en particular (arts. 1319 a 1334).

Lo importante del grupo que concatenamos para la interpretación es que al diferenciarse los institutos y sus finalidades, ninguno pide más que realizar actos en interés de otro, sin que en ningún caso sea necesario expedir un poder para hacerlo.

> El Colegio de Escribanos de la provincia de Buenos Aires, frente a estas incertidumbres, requirió dictamen al jurista David Andrés Halperín, por el cual se concluye que la exigencia de escritura pública para el otorgamiento de poderes generales o especiales para estar en juicio sigue vigente con el nuevo CCyC, por los siguientes argumentos:
>
> a. Cuando se sancionan nuevas leyes que modifican parcialmente las anteriores, y existe una incongruencia absoluta entre ellas, se produce una derogación tácita. De no ser así, el principio es reconocer la subsistencia de todas las normas y considerar su ámbito de aplicación. En particular, para entender que la derogación se produce, es necesario que ambas leyes provengan del mismo órgano

y, si provienen de órganos distintos y hay una relación jerárquica, prevalece la llamada ley superior.[1075]

b. Por otra parte, la noción de codificación en el Derecho Civil no puede extenderse al ámbito procesal –que está regulado específicamente por los diferentes códigos procesales– por lo que se trata de ámbitos de aplicación normativa diferentes.

c. En otro orden de cosas, el art. 1017 del nuevo CCyC textualmente establece en su inciso d, que "los demás contratos que por acuerdo de partes o disposición de la ley deben ser otorgados por escritura pública".[1076]

En nuestra opinión el acto que el representante legal debe realizar (art. 363, CCyC) es acreditar la personería que invoca, siendo este un presupuesto procesal ineludible para acreditar la posibilidad de estar en juicio, y no quedar expuesto a un defecto de personería.

El poder sigue siendo un instrumento público, de comisión amplia o particular, general o especial, emitido por escribano autorizado dentro de la jurisdicción donde interviene, y legalizado en el caso de aplicarse en jurisdicción territorial diferente.

No obstante, en situaciones especialmente regladas como la del menor con madurez suficiente que está en conflicto con sus representantes legales (art. 26 párrafo segundo); el que sufre de restricciones en su capacidad (art. 31 inc. e); cuando se afecten derechos de incapaces (arts. 35 y 36); o en alguna de las contingencias procesales ya anticipadas como la concesión del beneficio de litigar sin gastos, el interesado podrá comparecer en primera audiencia ante el juez competente pidiendo que se emita el poder de representación (bajo la forma de acta).

La posibilidad de extender esta autorización judicial para otros supuestos se cree factible cuando la certificación sea igualmente confiable (*v. gr.* entidad pública), de modo que haría innecesaria la

1075. Al respecto y sobre esta materia en particular, el asesor considera que en este caso no podría sostenerse que el CCyC es ley suprema (art. 31 de la Constitución Nacional) para poder alegar una supuesta ley superior que derogue una ley inferior, ya que esta última se sustenta en facultades que surgen de la organización federal de la Nación vinculadas con la autonomía que poseen las provincias y la Ciudad de Buenos Aires (art. 121 de la Constitución).

1076. El profesor Halperín concluye que, por medio de esta cláusula, el CCyC decidió respetar las autonomías provinciales y de la Ciudad de Buenos Aires, en lo que se refiere a la posibilidad de exigir escritura pública para el otorgamiento de poderes judiciales, ya que las leyes locales se han sancionado a partir de una competencia constitucional que no puede ser ni regulada ni derogada por el CCyC.

confección de un poder, porque daría lo mismo una resolución administrativa certificada donde conste el apoderamiento.

Esta opinión no será compatible con la expresada por connotados notarialistas. Algunos de ellos sostienen:

> El derecho notarial actual ya no fundamenta su importancia únicamente en la elaboración del documento [...]. El contrato de mandato –de cuyas líneas principales surge el instrumento conocido como poder– necesaria e impostergablemente exige la concreción de los deberes éticos notariales que le sirven de antecedente y que son desarrollados en las primeras audiencias notariales, para que quien concurre a otorgar el mencionado contrato unilateral no se encuentre a las resueltas del juicio, por ejemplo, con un problema impensado por desconocimiento en las atribuciones otorgadas de percepción de dinero o valores afines, que lamentablemente, en cada vez más reiteradas circunstancias, no se condice con las reglas, normas y principios de la ética profesional. En definitiva, los problemas se advierten, se asumen o se presienten a través del asesoramiento y no a través de la lectura de un instrumento ya elaborado, que se integra sin mayores requisitos que la autenticación de la personalidad –absolutamente asimilable al formulario– y que no requiere más formalidades que la suscripción de conformidad. En efecto, otros autores no dudan en admitir las reglas claras establecidas para la presentación de los poderes y solo se refieren a la ratificación posterior del mandato en caso de defectos que puedan luego subsanarse, en sintonía con lo descripto en los fallos reseñados.[1077]

1077. Cosola, Sebastián Justo, "Mandatos en los precedentes jurisprudenciales de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", en *Revista del Notariado*, Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, Buenos Aires, N° 917 (julio-septiembre de 2014).

Capítulo XXX
La legitimación en el proceso civil

217. Introducción

En los últimos años ha despertado auténtico interés el develar los misterios del acceso a la justicia, especialmente presente en las cuestiones de legitimación para obrar en el proceso. Quizás la constatación de verla como un obstáculo haya motivado a la doctrina para abordar nuevamente sus prolegómenos; aunque también actúan en la especie otras consideraciones como son la tradición jurisprudencial equívoca, la repetición dogmática de criterios ambiguos, y por qué no, la incoherencia legislativa que domina en los códigos y en la misma Constitución Nacional.

Argentina resuelve la cuestión en dos ámbitos legislativos diferentes: el procesal y el constitucional. El primero adopta la sistemática que nos viene de la Ley de Enjuiciamiento Civil española; y la restante, a través de los derechos y garantías consagrados en los artículos 18 y 43, básicamente.

> Sin embargo, la metodología que llega del sistema ibérico no refiere en momento alguno a la legitimación procesal, prefiriendo atender las cualidades y la personalidad de quienes intervienen en el litigio; mientras que nuestra Ley Fundamental, sobre todo en el capítulo de los "nuevos derechos y garantías", insiste en otorgar acciones rápidas y expeditas para proteger los derechos que allí enumera, a "toda persona", a "todos los habitantes", "a los consumidores" y "usuarios", que después se encuentran postergados por la escala de accesos que comienza con los derechos individuales, continuando con las representaciones directas o indirectas posibles.

Nuestra intención es ofrecer una visión simultánea en ambos frentes. El Derecho Procesal se une a lo Constitucional para ello, aun cuando sea preciso trazar algunas distancias por las diferencias tuitivas que surgen de las materias disciplinadas.

El punto de reunión es la entrada al proceso, a todo proceso (civil, constitucional, internacional, transnacional), de manera que la

referencia obligada es el concepto de "acción", desde el cual se vislumbra el acceso a la justicia y sus diferencias con los derechos alegados y la pretensión a una sentencia favorable.

Las categorías establecidas en la legitimación (*ad causam* y *ad processum*) constituyen el paso siguiente, para proyectar inmediatamente las consecuencias de cada uno de los presupuestos que se requieren para actuar en el proceso civil.

Una vez cumplidos los esclarecimientos que, como perspectivas particulares, no dejan de mostrar ideas que pueden asimismo aparecer confusas, propiciamos encontrar en las cuestiones de legitimación que se ofrecen, un punto morigerador, una teoría "procesal-constitucional" de la legitimación que dinamice y haga efectivo el derecho a la tutela judicial que, consagrada en el artículo 24 de la Constitución española, surge presente en el texto nacional a través de sus nuevos capítulos.

218. El problema de la acción

La acción tiene raíces en el Derecho Romano, de donde nos viene aquello que la define como la *res in iudicio deducta*, es decir, la cosa que en el juicio se pide. Esta coincidencia entre el objeto pretendido y el acto de solicitar ante la justicia llevó a que se identificaran los conceptos, los cuales continuaron así durante buena parte de la evolución del Derecho Romano.

Superado el período conocido de las *legis actionis*, llegó el tiempo de los pretores que mediante fórmulas otorgaban el pase a la justicia. Celso, por entonces, definió a la acción como el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe, demostrando que ella residía en el *ius persequendi*, que permitía al Pretor conceder o no la fórmula. Se hizo evidente que el actor tenía una opción de ejercicio independiente del derecho que reclamaba.

Pero esta distinción no fue advertida, quizás porque no era necesario ni existían problemas conexos con ello; de modo tal que, al llegar el período extraordinario, otra vez los términos se confunden, y la idea permaneció unida, al punto que el magistrado romano –por razones de equidad– podía modificar lo peticionado por las partes.

Este piso dogmático no concibe todavía a la legitimación procesal, que comienza recién a estudiarse en el derecho intermedio, donde aparece el término neolatino *legitimare* que equivale a "justificarse", y sirve para designar la prueba de la facultad o titularidad para realizar un acto determinado.[1078] Es la base que impregna nuestro Código Civil, que fomenta la posibilidad de actuar ante los jueces cuando el derecho subjetivo se reclama por el titular afectado.

La importancia de advertir este concepto está en que cualquier demanda judicial suponía ejercitar el derecho de acción, pero este derecho no era diferente del sustrato material que posicionaba al actor, sino que constituía el mismo derecho subjetivo. Pero entre 1856 y 1857, con la recordada polémica entre Windscheid y Muther, se interpreta que una cosa era pedir (derecho a la tutela jurídica) y otra diferente, justificar el derecho a una sentencia favorable.[1079]

Para ir directamente al tema que nos convoca, y no diluir la clave de la cuestión en planteos teóricos que ya se han desarrollado, observemos que con la división comienza el problema procesal que plantea la legitimación para obrar en el proceso civil.

Nosotros hemos emplazado a la acción entre los derechos básicos de la persona, que se conecta con el proceso a través de la demanda. Esta, a su vez, contiene la pretensión, que promueve dos visiones distintas: una enfoca el tema de la relación jurídica sustancial que se dirige al adversario (pretensión material); y otra que radica en justificarse ante la jurisdicción, quien le pide acreditar ciertos requisitos de admisión y pertinencia que son llamados, presupuestos procesales. Con el paso siguiente nace el proceso concreto, que en realidad es anterior al conflicto al ser, propiamente, una garantía constitucional.

Del encuadre surge que el derecho de incitar la actuación jurisdiccional se funda en el derecho de peticionar a las autoridades (art. 14, CN); que integrado con el derecho de toda persona a ser oído (art. 8, Convención Americana sobre Derechos Humanos) forma un

1078. Gómez de Orbaneja, Emilio, *Derecho Procesal Civil*, Madrid, 1975, pp. 46-56. Cfr. de la Oliva Santos, Andrés, *Sobre el derecho a la tutela jurisdiccional*, Barcelona, Bosch, 1980, p. 15.

1079. Rocco, Ugo, *Derecho Procesal Civil*,*op. cit.*, p. 161.

conjunto *supra* constitucional de garantías que afirman el derecho de acceder a la justicia.[1080]

Por ello, la legitimación como requisito tiene una faceta distinta a la procesal que obliga a estudiar si es o no un condicionamiento a garantías fundamentales. Es decir, existe un desmembramiento absoluto entre el "acto de pedir" (y por tanto debe ponerse fuera del problema de la legitimación para obrar) y el "derecho de pedir", porque este último refleja el verdadero problema a resolver.

La legitimación para obrar hace a una coincidencia entre la persona que requiere el servicio judicial y el que se encuentra dentro del proceso ejerciendo determinada pretensión. De esta forma, ocupa al actor, al demandado, y aun a ciertos terceros.

Algunos autores plantean la necesaria intimidad entre quien reclama la protección judicial y el derecho que hace a la relación jurídica que presenta; pero es mejor diferenciarlo, pues resulta posible que alguien, aun siendo titular de un derecho determinado, pueda no tener la aptitud necesaria para obrar.

> En tal caso, si pensamos en una capacidad civil desentendida de la aptitud procesal (legitimación o capacidad procesal) es probable que, quien tenga derecho no lo pueda reclamar por no cumplir las cualidades que el derecho ritual le pide que reúna. De ser así es natural que se halle una limitación al derecho subjetivo. Y es cierto: el acceso a la justicia, *per se*, constituye una limitación de los derechos subjetivos. Pero igualar la titularidad del derecho con la legitimación procesal solo sería factible desde una perspectiva estática; es decir, como legitimación *ad processum*, que

1080. La Convención Americana impone no solo el acceso propiamente dicho a la justicia en el plano del derecho interno (art. 25), sino la realización misma de la justicia material. Para esto, determina la Convención la observancia de las garantías jurídico-procesales (art. 8), entendidas estas lato sensu, abarcando el conjunto de requisitos procesales que deben observarse para que todos los individuos puedan defenderse adecuadamente de cualquier acto emanado del poder estatal que pueda afectar sus derechos. Cfr., en este sentido (amplio alcance del debido proceso): CIADH, caso del "Tribunal Constitucional vs. Perú", Sentencia (sobre el fondo) del 31/01/2001, párr. 69; CIADH, caso "Ivcher Bronstein vs. Perú", Sentencia (sobre el fondo) del 06/02/2001, párr. 102; CIADH, caso "Baena Ricardo y Otros vs Panamá", Sentencia (sobre el fondo) del 02/02/2001, párr. 125. En este último caso, la Corte Interamericana advirtió con acierto que "en cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respeto de los derechos humanos. [...] La administración [...] no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados". Ibídem, párr. 126.

> tiene cierta independencia del derecho o interés que se cuenta, de manera que se impone como un requisito de carácter procesal para que la *litis* a desenvolver pueda trabarse en forma debida.

Cada uno de los conceptos que van apareciendo (*v. gr.* capacidad civil, capacidad procesal, legitimación *ad causam*, legitimación *ad processum*, calidad de parte, etc.) exponen múltiples situaciones que testimonian las dificultades a superar en la dinámica que requiere el acceso a la justicia.

En efecto, lo importante que aparece a primera vista es que al individuo como tal se le otorgan una serie de derechos individuales que le corresponden en exclusividad. Estos no suelen encontrar inconvenientes para conferir legitimación procesal a quien reclama su defensa. Otras veces, los derechos que la misma persona tiene se difuminan o concurren con otros que se comparten en la vida de relación. La titularidad exclusiva aquí se esfuma, queda atrapada la expectativa de su protección. Lo mismo ocurre frente a algún sector de los derechos políticos, donde la legitimación procesal se evade en categorías que no admiten, *prima facie*, reconocimiento alguno (*v. gr.* interés simple).

Este bosquejo de las llamadas situaciones jurídicas subjetivas, llevadas al proceso, le otorgará legitimación a quien demande o sea demandado, de manera que la íntima relación que se traba entre la aptitud y la categoría subjetiva (derecho o interés) determina la posibilidad de lograr protección jurídica.

Estar legitimado en la causa supone tener una situación personal que le permita al individuo tener una sólida expectativa a tramitar un proceso y obtener una sentencia sobre el fondo del asunto, lo cual indica por qué la legitimación es, antes que nada, un presupuesto de la pretensión.

Sin embargo, enmarcar la cuestión en términos tan absolutos reduce o simplifica la temática sin resolver su auténtica dificultad.

> ... no se concilia con una buena relación entre lo constitucional (los derechos e intereses subjetivos) y lo procesal (legitimación) el reduccionismo egoísta que a derechos o intereses compartidos por muchos les reconoce la porción subjetiva y concreta que cada uno de esos muchos tiene en ellos, porque no encuentra en esa porción una situación con entidad subjetiva e individual ninguna diferencia con la de cada uno de los demás y, como consecuencia,

> tampoco reconoce legitimación procesal de uno o de algunos del conjunto. Parece que lo que es de todos o de muchos no es de nadie.[1081]

La gravedad del cuadro se advierte con mayor nitidez cuando se trata de derechos políticos, difusos o colectivos, porque se bloquea la protección fundamental desde el simplismo de formular soluciones puramente académicas que no tienen arraigo ni reconocimiento constitucional. Es un círculo vicioso, no hay legitimación procesal porque no se reconoce la subjetividad propia, concreta e individual en quien comparte grupalmente con otros aquellos tipos de intereses.

Por eso en el estudio es importante advertir esta base que relaciona el sustrato constitucional con los presupuestos para tramitar un proceso útil y efectivo, donde no bastarán las definiciones clásicas que parten de exponer e interpretar a los códigos, sino en todo caso, en darles a ellos una interpretación funcional que ponga a la legitimación como un problema de índole fundamental.

219. El problema de la jurisdicción

Desde la perspectiva del Estado, el acceso a la justicia tiene igualmente visiones polifacéticas. No hay que olvidar que el proceso es una garantía anterior al conflicto, y como tal, tiene el deber de garantizar con los jueces que se cumpla en forma justa y equitativa la resolución del conflicto entre los hombres. Es este un mandamiento fundamental que nutre los derechos y garantías provenientes de

1081. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino (El derecho constitucional de la libertad)*, Buenos Aires, Ediar, 1993, T. I, pp. 350-351. Dice el autor "... Cuando se enfrenta a los derechos personales en la perspectiva constitucional y se acuerda reconocerlos y tutelarlos, hay dos cuestiones –como mínimo– que al derecho constitucional le tienen que preocupar mucho. Una es que existan vías o procedimientos para que esa tutela sea útil y eficaz. Otra es que el sujeto que pretende tutelar un derecho suyo mediante esas vías o procedimientos, disponga de una "llave" para entrar al proceso: esa llave es la legitimación. Significa "estar" legitimado. "Tener" legitimación, y sobre todo, que esa legitimación le sea reconocida –por la ley o, a falta de ella, por los jueces–. (En este sentido agrega que [...] "por más, entonces, que a la legitimación procesal se la conciba como un concepto procesal, como un requisito procesal, hay que sostener que todas las cuestiones antes referidas no admiten resolverse solo en el ámbito procesal, ni de cualquier manera, porque hay un telón de fondo constitucional y un subsuelo constitucional en el que lo procesal necesita nutrirse. Si ese cordón umbilical entre lo procesal y lo constitucional se corta, seguramente se incurre en inconstitucionalidad".

la Constitución Nacional. Por eso, también la acción es un derecho subjetivo inspirado en el deber del Estado de otorgar tutela jurídica, y para que este quede abastecido, es preciso que no solo se solucione la entrada al proceso, sino toda la instancia, lo cual significa llegar a la sentencia sobre el fondo del problema planteado.

Sin embargo, el deber constitucional no puede llevarse al extremo de facilitar el acceso ilimitado, teniendo en cuenta para ello que nuestro país no tiene acciones de clase y menos aun respalda la acción popular. Si bien es cierto que el derecho subjetivo público dirigido al Estado le obliga a abrir las puertas de la jurisdicción. Esto sería, ni más ni menos, que el deber estatal a prestar la actividad jurisdiccional.[1082]

Pero la naturaleza procesal de la acción tiene también la vertiente de obligar a quien reclama a acreditar el interés que sustenta y la personalidad con la que actúa. De este modo, el cometido del Estado es controlar que se cumplan estos presupuestos de admisión.[1083]

1082. Morello, Augusto, *Proceso y Constitución*, *op. cit.*, p. 126. En este aspecto, el Derecho Procesal constitucional es la sumatoria de reclamos constantes para resolver el problema del acceso a la justicia. Sostiene que la consolidación definitiva está en las cartas y tratados internacionales, cuya idea rectora es la de que *toda persona –todas las personas–* han de contar con un remedio efectivo –art. 6°, Declaración Europea de los Derechos del Hombre– que en sede administrativa y judicial se halle *siempre* en disponibilidad. Ese *right to an effective remedy*, supone el derecho a la tutela, a la jurisdicción, al cabo a la Justicia como quiera que es uno de los derechos fundamentales de la persona, al que se debe atribuir un concepto autónomo –en evolución dinámica– y, por cierto, de complejo significado.

1083. Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional – Debido Proceso*, *op. cit.*, p. 96 y ss. Es menester agregar que esta idea de la acción, como garantía fundamental para el acceso a la justicia, no reconoce categoría de derechos o intereses a tutelar, es decir, no atiende la famosa diferencia entre derechos subjetivos e intereses plenos y debilitados. Tan solo es un marco referencial que muestra el fenómeno de entrada al proceso como una cuestión que atañe a las garantías mínimas que todo proceso debe resguardar. Por eso, cuando los intereses se expanden a toda la sociedad, y no se puede trazar la relación entre titular y derecho reclamado (no olvidemos que el proceso tradicional tutela intereses privados bajo la consigna de respetar el derecho de petición de quien es el legítimo titular del derecho invocado), la necesidad de garantizar el acceso a la justicia resulta ineludible. El derecho o interés difuso se identifica por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado. Mientras que los derechos de incidencia colectiva (para adoptar el signado de la Constitución Nacional) reconocen y definen un sector particular del gravamen. Para lograr su defensa o protección, deben precisarse como derechos antes que simples intereses, o bien, aceptar que hay intereses que por su cualidad merecen ser atendidos de inmediato sin importar el carácter que inviste la persona o el grupo que para sí los reclama. En uno u otro caso, no puede trabarse el derecho a ser oídos poniendo obstáculos de corte eminentemente técnico

220. Las situaciones jurídicas subjetivas

El Derecho Romano no conocía problemas de acceso vinculados con cuestiones de legitimación procesal, sencillamente asoció el interés de pedir con el derecho reclamado. Era la reunión de dos aspectos no diferenciados que recién se logra con los estudios sobre la acción.

Pero esa proximidad llevó a decir que el derecho subjetivo, concebido el poder como se manifestaba la específica fuerza que es el derecho,[1084] era el centro de atención de toda la ciencia jurídica. La conjunción entre el derecho y petición fungió por mucho tiempo como única causa justificadora para acceder a los jueces. Era solo un derecho individual, concreto y pocas veces grupal o colectivo. No evolucionó demasiado este emplazamiento, hasta llegar al siglo XX cuando Kelsen consigue poner distancia y fin a esta relación unívoca, pues diferencia las calidades de derecho subjetivo y derecho objetivo. En el autor no estuvo ausente la idea de reclamación directa (pretensión), solo que la concibió como un derecho de contenido técnico que autorizaba al individuo a participar del proceso de formación de las normas.

Pero como para dar vida a esta capacidad jurídica de postulación era preciso contar con la autorización del ordenamiento jurídico, dijo que

> … en un sentido muy lato, determinada conducta de determinado individuo se encuentra facultado por el orden jurídico, no solo cuando se concede al individuo un poder jurídico, esto es, la capacidad de producir normas, sino, en general, cuando la conducta del individuo es convertida en condición directa o indirecta de la consecuencia jurídica, esto es, del acto coactivo instituido como debido, o constituye ella misma la conducta consistente en el acto coactivo.[1085]

El "ser" y el "deber ser" de Kelsen deciden el curso de la legitimación procesal, tanto que sirvió para que las doctrinas acerca del "derecho subjetivo" prefirieran referir a la relación jurídica que surge del derecho; a la primacía del deber sobre el ser; o bien para llevar al campo del derecho subjetivo, directamente, la consideración central de los derechos de un ordenamiento determinado.

1084. Gómez de Orbaneja, Emilio, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 142.

1085. Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho* (trad. de Roberto Vernengo), México, UNAM-Porrúa, 1991, pp. 142-143.

La diferencia entre un orden positivo que marca la voluntad estatal para lograr la socialización y convivencia pacífica, y los derechos personales desenvueltos en el plano de las relaciones intersubjetivas, demostraron la existencia de otros fenómenos vinculados que no tenían captación por el sistema normativo.

Las situaciones jurídicas subjetivas explicaron, entonces, la posición que encontraba al individuo frente al derecho que reclamaba.

A veces, no existía dificultad alguna para encontrar el nexo ineludible que provenía de antaño, es decir, la relación directa e inmediata entre la persona y el derecho sustentado. En otras, la cuestión fugaba su claridad debiendo en consecuencia catalogarse de algún modo la posición del interesado.

En un grupo se hallaban los deberes, que podían ser generales (cuando provenían de las normas) o legales (cuando la sentencia judicial imponía una conducta propia); en otro, estaban las obligaciones, concepto acuñado por la doctrina civilista y que, de ordinario, se tomó para los compromisos patrimoniales asumidos entre partes contratantes; estaban, también, las facultades, que no reconocieron ajustes especiales en tanto existiera la posibilidad de actuar un derecho específico; y finalmente, el grupo más importante, fue el de las posiciones, que integraba, conectaba y personalizaba los derechos, deberes y facultades con la persona.[1086]

La doctrina administrativista tomó el último grupo y definió en escalas la relación existente entre el derecho y sus expectativas de actuación por individuos o grupos. Se conocieron así los agrupamientos clásicos del: a) derecho subjetivo; b) interés legítimo; c) interés simple y d) intereses colectivos. Poco después apareció una categoría diferente, llamada "derechos" o *intereses difusos*.

En los hechos, la relación que permitía la tutela jurisdiccional separó a los derechos de los intereses, al punto que solo confirió protección a los primeros, siempre que estuviesen reclamados por quien sufría el perjuicio y tuviera aptitudes suficientes para actuarlo. En cambio los intereses fueron diversificados y la defensa quedó pendiente según la proximidad que tenía con quien pedía.

1086. Cfr. Castán Tobeñas, José, *Situaciones jurídicas subjetivas*, Madrid, Reus, 1963, p. 55.

Estos intereses podían ser directos y encuadrarse como "legítimos"; indirectos y mediatos, y como tales soportados en la categoría de los "intereses simples"; o estar involucrados en la órbita de los intereses colectivos que no identifican a ningún titular específico porque el derecho le corresponde a un sector; o bien ser de todos y encuadrarse como "intereses difusos".

No interesa demasiado reconocer el espacio que cubre cada tipo, pues en los hechos constituye la relación entre el derecho y el estado jurídico que se pretende. Sería, ni más ni menos, que la actuación del derecho objetivo a las situaciones jurídicas subjetivas.

Bien se explica que

> ... toda persona o sujeto de derecho, disfruta de un estado de hecho, configurado como una esfera de actuación lícita que debe ser respetada, es decir, no inquietada o perturbada. En términos jurídicos esta esfera de desenvolvimiento de la persona tiene carácter posesorio y debe estar al resguardo de agresiones antijurídicas. Los intereses que motivan el desenvolvimiento y la actuación de la persona, pueden devenir afectados por actuaciones ajenas. El ordenamiento jurídico puede y debe tutelar estos intereses otorgándoles una protección jurisdiccional, para impedir que actuaciones ilegítimas incidan sobre la esfera del sujeto o para procurar que, legítimamente, se interese en relaciones jurídicas ajenas que, sin embargo, le afectan. Puede, pues, decirse que a estas situaciones jurídicas constituyentes, por actos extraños, de modificaciones en su estatuto jurídico o de perturbaciones en su estado de hecho, se les confiere relevancia en orden a establecer medios de defensa para evitar o reparar los perjuicios que las mismas originen.[1087]

Pero el problema sucede con la lectura de estas proyecciones de derechos no personales, los que al ser de signo diferente al derecho individual, no encuentran recepción judicial. Excepcionalmente reciben alguna que otra calidez jurisprudencial, pero la regla es el rechazo por carecer quien presenta el reclamo de la aptitud necesaria para postular, es decir, de legitimación *ad causam*.

La indeterminación del afectado y la proyección del interés a grupos ciertos o representativos se restringe al máximo, bajo la premisa de que el interés de terceros no presentados en la causa oportunamente no les otorga derecho de defensa.

1087. Almagro Nosete, José, *Constitución y Proceso*, Barcelona, Bosch, 1984, p. 181.

221. Las condiciones que exige la legitimación procesal

Así como la pertenencia del derecho define las posibilidades del acceso a la justicia, tanto en el sentido de peticionar a la autoridad jurisdiccional, como para tramitar un proceso que lo lleve a una sentencia que resuelva el conflicto; también la legitimación procesal incorpora un elemento de consideración vinculado con las situaciones jurídicas subjetivas.

La pertenencia exclusiva del derecho supone que, llevada al proceso judicial, sea propuesta por la misma persona que la exhibe, pues de otro modo, no existe la legitimación en la causa necesaria para resolver la aptitud para obrar. Estar legitimado para actuar significa tener una situación individual que permite contar con una expectativa cierta a la sentencia; de este modo se reitera el parentesco entre legitimación y pretensión, tal como se explicó anteriormente.

La aptitud para obrar tiene como referencia a otro sujeto, que es con quien se va a constituir la relación jurídica procesal, la que de todos modos, tiene antecedentes en los hechos que la preceden. El problema aparece cuando el interés expuesto en la demanda no se postula por quien ha sido el titular de la relación jurídica sustancial, tal como sucede en los casos de representación, cesión de derechos, sucesión, etcétera, posiciones que tendremos que ver un poco más adelante.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación refiere a la legitimación para obrar únicamente en el artículo 347 inciso 3, al señalar en el capítulo de las defensas y excepciones (se pueden oponer al progreso de la demanda) que

> Solo se admitirán como previas las siguientes excepciones [...]: 3) Falta de legitimación para obrar en el actor o en el demandado cuando fuere manifiesta, sin perjuicio, en caso de no concurrir esta última circunstancia, de que el juez la considere en la sentencia definitiva.

La importancia que tiene no definir en parte alguna del código lo que se pretende con la legitimación, para referirse solo a ella en un capítulo contingente como es el de las excepciones, podría sospechar que es un tema meramente facultativo, dispuesto como potestades del demandado, antes que valoradas *ex officio* por el juez de la causa.

Por su parte, la "legitimación *ad processum*" explica las aptitudes necesarias para actuar en juicio y las condiciones que ha de tener la relación jurídica procesal para que pueda dictarse una sentencia útil a los "contradictores necesarios".

Comúnmente se habla en el derecho material de legítima persona *standi in iudicio* con referencia a la capacidad para comparecer o estar en juicio, determinando que solo pueden hacerlo quienes están en pleno ejercicio de sus derechos civiles, excluyendo a los incapacitados o inhabilitados.

Por eso, la legitimación se refiere al título legal en que la representación del derecho se funda[1088] y es indudablemente un presupuesto de validez del proceso como un todo y de cada uno de los singulares actos procesales. Es el terreno de la admisión preliminar que configuran típicas cuestiones procesales, no materiales como en la legitimación *ad causam*.[1089]

Nuestro ordenamiento procesal, también en el artículo 347 inciso 2, propone como defensa la excepción de falta de personería *en el demandante, en el demandado o sus representantes, por carecer de capacidad civil para estar en juicio o de representación suficiente*. Pero aquí la cuestión no se presenta aislada, pues el resto del sistema normativo encuentra otros "controles" de la regularidad, tales como los artículos 34, 36, 46, 47, 48, entre otros, sin perjuicio de las disposiciones emergentes del Código Civil (arts. 52, 128, 131, o en los capítulos signados para el mandato y la representación, etc.).

El tema separa dos aspectos: de un lado la aptitud necesaria que debe acreditar quien se presenta solicitando la calidad de "parte", a cuyo fin se requiere capacidad suficiente; y por otro, la representación invocada, que ha de ser efectiva para no desvirtuar el alcance probable de la sentencia por indebida integración.

1088. Serra Domínguez, Manuel, "Precisiones en torno a los conceptos de parte, capacidad procesal, representación y legitimación", en *Revista Justicia*, Barcelona, 1987, p. 306. Algunos autores dicen que la legitimación puede contemplarse desde dos diversas perspectivas: a) La legitimación material derivada de la titularidad efectiva por las partes litigantes de la relación jurídica deducida en el proceso. b) La legitimación procesal consistente en la determinación de las personas que pueden intervenir como partes en un proceso secreto y determinado.

1089. Montero Aroca, Juan, *La legitimación en el proceso civil*, Madrid, Cívitas, 1994, p. 18.

221.1 La legitimación procesal *ad causam*

Nuestro sistema procesal reconoce antecedentes y modelo en la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855; la diferencia, en punto al tema de la legitimación, fue que nosotros distinguimos –sobre todo después de la reforma procesal de la Ley N° 17454– los problemas de representación y capacidad, de aquellos que corresponden a la acción propiamente dicha (por eso a la falta de personería suele llamarse excepción de falta de acción); mientras en España, admitiendo que recién con la Ley N° 1/2000 comienza a hablarse de legitimación, se dividieron las aguas entre el "carácter" con que el litigante se presentaba al juicio, y la "cualidad" que debía acreditar para dicho comparecimiento.

En Argentina, entonces, la legitimación procesal recibe las mismas cuestiones de tratamiento que en España, solo que se asignan denominaciones diferentes pero que llevan el mismo sentido. Tal similitud obliga a reconocer en el paralelo idénticos problemas e iguales confusiones, aunque la jurisprudencia local utilizó algunas respuestas del sistema aplicado en Estados Unidos de América para definir el *standing to sue* (legitimación para obrar).[1090]

Quizás el fundamental sea el que propicia ubicar en el hall de entrada al proceso la acreditación del interés con que se actúa, circunstancia que es más grave en España porque el art. 24 constitucional exige el acceso irrestricto a la justicia y consagra el derecho a la jurisdicción.[1091]

1090. Y con ello se introdujo una confusión constante que no advierte que los problemas de legitimación procesal tienen en Estados Unidos una connotación distinta a la que tienen en Europa, basada esencialmente en la diferente metodología para actuar el control de constitucionalidad. Mientras América asigna a *todos los jueces* la potestad de fiscalizar la supremacía constitucional, sabiendo que la actuación no tiene jurisdicciones especiales (de modo tal que es el mismo juez ordinario quien resuelve la cuestión constitucional); en Europa hay jurisdicciones específicas para lo administrativo, lo comunitario, la justicia ordinaria y los Tribunales Constitucionales, donde cada uno establece los requisitos de admisión y de postulación (cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Constitucional - Debido proceso*, *op. cit.*, p. 13 y ss.).

1091. Ramos Méndez, Francisco, *Guía para una transición ordenada a la LEC*, Barcelona, Bosch, 2000, p. 215 y ss.
En mi opinión –sostiene el mencionado autor– la teoría de la legitimación representa hoy un esfuerzo superfluo y vano para tratar de asegurar la presencia en el juicio desde su iniciación, del verdadero titular del derecho discutido en el juicio. Dicho propósito es estéril porque admitido el principio de libertad de acción, no puede condicionarse la admisibilidad del juicio a que el litigante justifique *in limine litis* la titularidad de su

Los nuevos rumbos que adquiere la teoría de la legitimación parecen no advertidos por la nueva Ley de Enjuiciamiento (Ley N° 1/2000) que establece en el art. 10: "Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso...". Aunque, para ser sinceros, el párrafo siguiente dice que "Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular".

Asimismo, el art. 11 ha dispuesto que

> 1. Sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de la asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios; 2. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean un grupo de consumidores o usuarios cuyos componentes estén perfectamente determinados o sean fácilmente determinables, la legitimación para pretender la tutela de esos intereses colectivos corresponde a las asociaciones de consumidores y usuarios, a las entidades legalmente constituidas que tengan por objeto la defensa o protección de estos, así como a los propios grupos de afectados; 3. Cuando los perjudicados por un hecho dañoso sean una pluralidad de consumidores o usuarios indeterminada o de difícil determinación, la legitimación para demandar en juicio la defensa de estos intereses difusos corresponderá exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que, conforme a la Ley, sean representativas.

De este encuadre surgen dos situaciones que deberían demostrarse *prima facie*, esto es: la representación legal suficiente y la acreditación del derecho que se esgrime. Mientras que el derecho a tener abogado y obtener su patrocinio se tiene que indicar desde las primeras actuaciones y avalar con la prueba documental. La calidad del derecho actuado ha de confirmarse para lograr el pronunciamiento de admisión.

En nuestro país, el carácter que se actúa asume la fisonomía de la legitimación, en tanto que la representación queda en la etapa pre-

derecho. La existencia o no de dicha titularidad solo resultará del juicio, de la sentencia, en definitiva. Lo que bastará para la conducción del juicio es sencillamente que dicha persona sea uno de los litigantes. Por este camino, la legitimación solo nos viene a indicar quién es la parte que litiga o contra la cual se litiga, quién es el demandante y quién es el demandado, y nada más. Su aportación a la teoría de las partes es si se quiere sencilla, pero necesaria y suficiente, porque los juicios no se desenvuelven entre entes abstractos, sino entre personas concretas.

liminar de las alegaciones y en el cuadro de posibilidades defensivas (dilatorias) que tiene el demandado.

Como se ve, el sistema fue idéntico al español, incluso en el tema de la representación voluntaria, y por eso adquiere sentido tener a la legitimación para obrar como derecho a que se resuelva lo solicitado en la demanda, sobre el derecho sustancial que se pretende ejercer; de manera que la carencia de titularidad en el derecho (legitimación sustancial) queda configurada cuando una de las partes no es quien debe ser en la relación jurídica material.

No importa en el caso ver si la pretensión (el objeto de la demanda) es fundada o razonable, pues lo que debe cotejarse es si el que reclama y ante quien se reclama son los titulares de la relación jurídica sustancial.

De este modo, el análisis de la legitimación para obrar es un capítulo instalado en las potestades del juez a actuar desde el primer momento que se abre la instancia. Cuestión que pone en tela de juicio el alcance de este poder cuando se actúa con excesiva discrecionalidad, pues puede ocurrir que se repela una demanda por cuestiones de pertenencia del derecho que no son claras y debieran, al menos, posibilitar que se desarrolle la causa y se resuelva definitivamente en la sentencia.

La *sine actionis agit* (falta de acción), como se desarrollará en el capítulo de "Defensas y excepciones", se interpone cuando no son quienes actúan en el proceso las llamadas "partes legítimas". Circunstancia que se puede dar cuando las personas que trabaron la relación jurídica no son las que controvierten; o están ausentes por haber transferido el interés o lo comparten con otros en litisconsorcio.

Ahora bien, cada una de estas posibilidades tiene recepción en el derecho de defensa, circunstancia que obliga a señalar qué facultades de control y corrección tiene el juez cuando advierte que la legitimación *ad causam* no coincide con las personas que efectivamente han trabado la *litis*.

221.2 La legitimación *ad causam* y la expectativa a una sentencia favorable

Teóricamente se plantea la siguiente hipótesis: el sujeto jurídico que deduce una demanda lo hace anhelando lograr, mediante la actividad jurisdiccional, determinados efectos sobre el derecho que alega.

Obviamente esta declaración acerca de la razón que tiene y espera le otorgan una expectativa cierta a la sentencia favorable.

La idea parte de posicionar a la acción como derecho concreto y en esta medida, quien reclama la intervención judicial debe ser el titular del derecho subjetivo privado. Por eso la legitimación deja de ser un presupuesto del proceso para convertirse en una necesidad ineludible de la estimación de la demanda.

Esta deducción nos lleva a coincidir con Montero, en cuanto a que

> … si falta un presupuesto procesal, como es la capacidad, no se dicta sentencia sobre el fondo, sino meramente procesal o de absolución de la instancia; si falta la legitimación sí se dicta sentencia sobre el fondo, denegándose en ella la tutela judicial pedida.[1092]

Pero esto constituye una verdadera dificultad para la concepción del derecho a un proceso sin restricciones de acceso.

En efecto, hacer coincidir legitimación con sentencia llevaría a creer que si la pretensión es rechazada, o el proceso termina por algún modo anormal, la legitimación para obrar no existe. Asimismo, la posición proyecta sus conclusiones al derecho de acción pues sería inexistente sin la capacidad que permite la actuación.

Interpretado este pensamiento seguiría la consecuencia de que la legitimación *ad causam* resulta condición para la acción, de forma tal que quien se constituya en actor tendrá que demostrar la titularidad que tiene sobre el derecho que sostiene, la identidad del demandado y el nexo causal necesario que sostenga la relación jurídica; este conjunto integrado adecuadamente permitir llegar a la sentencia y a la formación de la cosa juzgada válida entre partes.

Además, la teoría presenta otra lectura para las potestades del juez en la causa, pues el magistrado podría en cualquier estado del proceso y aún sin petición expresa de parte, declarar la inexistencia de la relación jurídica, señalando en consecuencia la ausencia de legitimación, dictando entonces un pronunciamiento definitivo que alcanzaría las cuestiones sustanciales debatidas.

Gómez de Orbaneja, con alguna diferencia, menciona que

> … la expresión *legitimatio ad causam* no se refiere a la admisibilidad del proceso, sino a la existencia misma de la acción; o sea, que no cabe

1092. Montero Aroca, Juan, *La legitimación en el proceso civil, op. cit.*, p. 33.

> referirlas al derecho de ser demandante, o a la carga de ser demandado, en un determinado pleito, sino al derecho a la sentencia en el sentido pedido en la demanda[1093] [...] el poder de conducir el proceso –debe considerarse– como la manifestación o derivación procesal del poder de disposición del derecho civil –y en principio siempre– legitimados como partes los sujetos de la relación jurídica material deducida en juicio.[1094]

La crítica que surge de inmediato es que, precisamente, lo que se trata de averiguar es si quien plantea la demanda tiene o no derecho para actuar, y esto, evidentemente, solamente se sabrá al tiempo de decidir definitivamente.

Allorio se opone y sostuvo que

> ... la relación jurídica material debía considerarse no como existente y desde ella partir la intelección sobre quienes son los legitimados activo y pasivo; sino atenderla en la forma como llega al proceso, para resolver a través de las diferentes etapas procesales el derecho a obtener un pronunciamiento favorable.[1095]

Tal criterio predomina actualmente, si bien con algunas variaciones. En definitiva, la importancia que tiene esta teoría deviene por la consideración evidentemente sustancial que cobra la legitimación para obrar. Al estar profundamente vinculada con la decisión que resuelva los derechos que tienen las partes en juicio, la sentencia sobre el fondo determina la coincidencia entre derecho y legitimación, sin poder delimitar qué espacios tiene cada una.

Sería difícil concebir, desde esta perspectiva, a la legitimación como un presupuesto procedimental, pues en los hechos obra preliminar al tema principal en controversia y, por tanto, solo factible de esclarecer al tiempo de dictar sentencia. En cambio, si la capacidad para postular fuera atendida previamente (tal como sucede cuando es "manifiesta" –art. 347 inc. 3°, CPCC–), o de oficio, quizás la conclusión fuera otra.

1093. Gomez de Orbaneja, Emilio, *op. cit.*, p. 136.

1094. Ibídem, p. 137.

1095. Allorio, Enrico, *Problemas de Derecho Procesal, op. cit.*, T. II, pp. 261-274.

221.3 El control de oficio de la legitimación *ad causam*

La concepción privatista o sustancial que la teoría anterior genera al concepto de legitimación olvida la relación ineludible con otras cuestiones tan importantes como la capacidad, la condición de parte, la postulación o derecho de comparecer al proceso, entre otras, que no reciben tratamiento sustancial por ser, estrictamente, situaciones procesales.

Advertidos sobre la dimensión del problema, y procurando evitar que la legitimación *ad causam* se valore recién al tiempo de dictar sentencia, sostiene un sector importante de la doctrina que debe priorizarse la atención *in limine litis*, para evitar que se desarrolle un proceso inútil entre quienes no sean las "partes justas", o no estén todos los que deban comparecer obligatoriamente a la adecuada integración del proceso.

Para aplicar en los hechos esta postura, es preciso tener a la legitimación como un presupuesto procesal, de forma que pueda el juez resolver la calidad que tiene el que porta el derecho alegado, sin necesitar que la parte lo pida.

En tal sentido se afirma que

> ... el juez ha de controlar de oficio la concurrencia de la legitimación, siendo esta un verdadero presupuesto procesal. No hay que extenderse demasiado en fundamentar la afirmación de que su ausencia constituye un defecto no subsanable, dado que la legitimación se tiene o no se tiene.[1096]

Aceptando esta corriente queda corresponderla con la situación prevista para el derecho de acción, el cual, como dijimos, no puede sufrir restricciones de acceso, a no ser que sea manifiestamente insostenible el derecho que se propone.

Otros mencionan que

> ... la legitimación en la causa tiene naturaleza eminentemente formal, atisba a la eficacia del proceso, no a su mérito; es la aptitud de las partes para recibir un pronunciamiento sobre el fondo de la pretensión. Su examen es oficioso siendo como es condición para el estudio de fondo, y su carencia implica sentencia apenas sobre el proceso mismo, indicativa de

1096. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, pp. 251-252. Cfr. del mismo autor, *Derecho y Proceso, op. cit.*, p. 187 y ss.

> que se ha percibido la ineficacia del proceso y se hace impropio el adentramiento en el estudio sobre el mérito de la pretensión.[1097]

Si bien este pensamiento no excluye la posibilidad de actuar el control a través de las excepciones o defensas procesales, lo cierto es que prevalece el sentido de aumentar las facultades jurisdiccionales en pos de asegurar una tutela judicial efectiva. Pero también ocurre que, comparando legislaciones adjetivas, casi todas recurren a la vía de las excepciones previas para denunciar la ausencia o insuficiencia de legitimación para obrar.

Sucede así en el Código Procesal Civil y Nomercial de la Nación, cuyo artículo 347 inciso 3° indica, entre las excepciones admisibles, la falta de legitimación para obrar en el actor o en el demandado, dejando su decisión para considerarla al dictar sentencia definitiva, salvo que fuese manifiesta, en cuyo caso se resuelve como previa y de especial pronunciamiento.

Sin embargo, la conclusión no puede ser tan severa, en la medida en que un somero estudio de las restantes disposiciones muestra que el legislador ha otorgado al juez facultades suficientes para otorgar regularidad a la marcha procedimental (art. 34 inc. 5°, apartado b., 36 inciso 2° apartado c., CPCC).

Lo importante es no confundir el estudio preliminar con los requisitos que cubre la legitimación *ad processum*, equívoco natural que surge cuando se toma al concepto "carácter" entre las aptitudes para pretender y resistir en el proceso.

Esta es observación de Montero Aroca que afirma:

> La doctrina española desde el primer momento en que empezó a hablar de "capacidad de actuar procesalmente un derecho concreto" o de "facultad de disposición procesal" o de legitimación, entendió que la misma podía quedar incluida dentro del término "carácter" que emplea el art. 533.2 y 4. de la LEC, y de ahí que el art. 30.2 del Decreto del 21 de noviembre de 1952 llegara a sustituir esa palabra por la de legitimación, a pesar de que tal situación respondió a un error manifiesto.[1098]

1097. Quintero de Prieto, Beatriz, "La legitimación en la causa", en *Revista de Estudios Procesales*, n° 36, mayo de 1983, p. 75.

1098. Montero Aroca, Juan, *La legitimación en el proceso civil, op. cit.*, p. 103.

En cambio, elogiando la sistemática argentina, el renombrado artículo 347 divide con exactitud los límites donde actúa cada una de las legitimaciones indicadas (restaría ver si es conveniente que se hable de más de una legitimación, sin señalar las diferencias que tienen los presupuestos procesales respecto de las condiciones para tramitar un proceso), es decir, mientras el inciso 2° atiende los supuestos de capacidad y representación, el inciso 3° regula la legitimación para obrar.

221.4 La legitimación *ad causam* y la pretensión procesal

Un estudio de Garbagnati,[1099] seguido después por otros autores italianos, echando mano a la teoría de la pretensión elaborada en Alemania por Leo Rosenberg, muda el enfoque que hasta entonces tenía la legitimación, para comprenderla desde el objeto que el proceso persigue.

La pretensión, recordemos, procura dos finalidades: una, que se desenvuelva el juicio jurisdiccional (pretensión procesal); otra, que la razón llevada sea la causa determinante para obtener una sentencia favorable (pretensión material). Conforme esta línea argumental, la legitimación debe relacionarse con la pretensión en cuanto a revestirla de razones y argumentos que perfeccionen la situación jurídica que otorga derecho a tramitar un proceso.

No es ya la acción la que se vincula en la simetría, sino la pretensión procesal. Concepto que, tiempo después, avanzará Carnelutti al definir su posición respecto de la naturaleza jurídica del proceso.

En pocas palabras, la trascendencia de la teoría asienta en modificar la calidad de quien pide respecto de lo que espera obtener, esto es, no se trata ya de ver si quien acciona tiene derecho, sino de analizar si quien pretende acredita suficiente interés para tramitar un juicio.

Rosenberg advierte que

> … la facultad de gestión del proceso, o el poder de conducción sobre el mismo, en el que se ha hecho versar la legitimación *ad causam*, se confiere o atañe por regla general a los mismos titulares de la relación jurídica controvertida; pero en el derecho contemporáneo no se confiere dicho poder a esos titulares sino a otros que nada tienen que ver con la relación sustancial, siendo entonces así que, a medida que se progresa en la

1099. Garbagnati, Edoardo, *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedure civile*, Milano, Giuffré, 1942, p. 244 y ss.

> teoría del proceso va relevándose la inexacta afirmación acerca de que el poder de conducción procesal lo tienen quienes son dichos propietarios del derecho o de la obligación.[1100]

Precisamente, calificar la legitimación para obrar de acuerdo con la pertenencia del derecho evita considerar las situaciones de sucesión procesal, representación, mandato, gestión, etcétera, que resultan en el caso aquellos que efectivamente deducen la pretensión.

Por eso la idea de relacionar pretensión con legitimación personifica la realidad circunstancial y permite ocuparse de los denominados casos de legitimación anormal o extraordinaria, en los cuales la relación jurídica clásica entre dos desaparece por la confusión de una de las partes o la incorporación de otros interesados, que a su vez lleva a tener que especificar el rol que tiene el interés en la teoría de la legitimación.

221.5 Tiene legitimación quien invoca la relación jurídica

Evitando establecer el tipo de derecho o interés que ventila quien a juicio se presenta, un sector diferente plantea que tiene legitimación aquel que invoca la relación jurídica sustancial.

Allorio sostiene que "basta con afirmar como propia una situación determinada, y denunciar un demandado para que surja la legitimación para actuar. Ambos aspectos son necesarios y suficientes".[1101] En la misma dirección otros argumentan que "la legitimación sirve para dar vida a un proceso concreto en cuanto se afirme su existencia, y solo por eso",[1102] de modo tal que no existiría necesidad de coberturas adicionales pues, en definitiva, la debida integración de la litis o el derecho a la sentencia quedará esclarecido al tiempo de resolver.

La posición ubica el problema con cierta relatividad y sin afrontarla como un aspecto procesal que deba analizarse preliminarmente; al llevar la cuestión a la sentencia, los efectos consecuentes son la pertenencia como derechos sustanciales y la correspondiente cosa juzgada material cuando se deniega la demanda por deficiencias de legitimación.

1100. Rosenberg, Leo, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 256.

1101. Allorio, Enrico, *Problemas de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 269.

1102. Moreno Catena, Víctor; Cortés Domínguez, Valentín y Gimeno Sendra, Vicente, *Derecho Procesal Civil. Proceso Civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 1993, Vol. 2, p. 79.

Es el sistema que tiene el art. 347 inciso 3° del código federal argentino, pues cuando se declara que la cualidad de las partes no es pertinente para admitir la acción, la sentencia hace cosa juzgada evitando que el caso se reedite.[1103]

Sin embargo, como también se permite el tratamiento de la excepción como previa y de especial pronunciamiento, la figura se adscribe en la idea de evitar que tramite un juicio que *ab initio* presenta la certeza de que las partes no son las adecuadas. Esto es, que quien demanda o contra quien se demanda no revisten la condición de personas habilitadas por la ley para discutir sobre el objeto a que el juicio se refiere.

Con estas facultades el juez podría, de oficio, pronunciar que la legitimación no es suficiente, porque las normas ya indicadas del código procesal le posibilitan verificar la regularidad del proceso en toda su dimensión.

Serra Domínguez podría ubicarse en esta línea argumental pero establece excepciones conforme el tipo de proceso donde la legitimación deba acreditarse. Después de señalar que "la legitimación procesal equivale a la posibilidad de realizar actos procesales eficaces en un proceso concreto",[1104] y afirma que la determinación varía según la forma del procedimiento, a saber:

1. En el proceso civil están legitimados procesalmente el demandante, por el mero hecho de formular su demanda, y el demandado, por haber sido elegido como tal por el demandante. La demanda marca, pues, en principio, cuáles son las partes legitimadas [...].
2. Lo mismo ocurre con el proceso laboral, la legitimación puede ser inicial, derivada de la presentación de la demanda o sobrevenida, por intervención en el proceso de un tercero interesado. Los problemas relativos a la intervención en el proceso como partes de las entidades gestoras, mutuales patronales, fondos de garantía, servicio de reaseguro y fondo compensador, pueden encajar perfectamente en ambas categorías.

1103. Cfr. Arazi, Roland, "La excepción de falta de legitimación para obrar", LL 1985-A, 960. Allí agrega que "... la legitimación actuaría como defensa perentoria –y definitiva– con relación a ambas partes, pero que si la declaración lo es respecto al demandado, se invierte la *res judicata*, y permite el replanteo contra el auténtico sujeto pasivo de la relación jurídico material".

1104. Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 310.

3. En cambio, la legitimación adquiere especial significado en el proceso penal, tanto por la intervención del Ministerio Fiscal como por la existencia de partes públicas y privadas en igual posición activa, y el carácter heterogéneo del objeto del proceso, todo ello unido a la peculiar estructura del proceso penal [...].
4. La legitimación de las partes en el proceso contenciosoadministrativo presenta la particularidad de estar influenciada no solo por el recurso, sino también por el acto administrativo impugnado. Partes iniciales son siempre el recurrente y la Administración demandada. Pero además de la posible intervención en el proceso contenciosoadministrativo de los terceros interesados [...] reviste especial interés la legitimación de "las personas a cuyo favor derivaren derechos del propio acto", personas que son parte independientemente de su comparecencia.[1105]

222. Legitimación e interés para actuar

De lo expuesto puede colegirse cierta relación efectiva entre el derecho subjetivo y la legitimación *ad causam*. Evidentemente, todo el tratamiento doctrinario y legislativo se ocupa principalmente de resolver la acreditación del *status* jurídico para definir a *posteriori* la admisión del proceso (si se permite el relevamiento oficioso) o la denegación en la sentencia (con los efectos de cosa juzgada que cada caso merezcan).

Pero el tema no puede quedarse en esta parcela tan singular y acotada de los derechos personales, pues aquí la explicación se detiene para los llamados casos de *legitimación ordinaria*, sin ocuparse de las extensiones que tiene la dinámica del interés en otras áreas jurídicas.

Esta proyección del "derecho al proceso" a otros interesados que no resultan "dueños" del derecho subjetivo exigen también la apertura del juicio. De alguna manera es un retorno al problema que presentan los llamados "intereses o derechos difusos", donde la individualización no resulta posible, aunque está clara la masificación del interés en actuar.

En España, la norma constitucional ha dado cierta apertura para la defensa de estas legítimas preocupaciones colectivas; de modo tal que si en sede ordinaria se declara inadmisible la pretensión por falta

1105. Ibídem, pp. 311-312.

de legitimación activa, se puede recurrir en amparo requiriendo la calidad de "parte". Así ha dicho el Tribunal Constitucional que

> ... cuando el objeto del proceso previo sea la tutela judicial de los derechos fundamentales y libertades públicas, y la causa de la inadmisibilidad sea la falta de legitimación, este Tribunal no puede contraer el examen del caso a la mera comprobación de que hubo una sentencia fundada en derecho, sino que ha de entrar a analizar la concurrencia o no de la falta de legitimación, pues en el supuesto de que ésta hubiese sido incorrectamente apreciada por el tribunal ordinario, quedaría sin protección ni tutela efectiva el derecho o derechos fundamentales en cada caso debatidos y su ejercicio quedaría de facto indebidamente restringido.[1106]

No se trata, esencialmente, de identificar al derecho subjetivo con los intereses legítimos, tal como lo propone cierto sector doctrinario inspirado, principalmente, por autores administrativistas,[1107] sino de superar algunos dogmas impeditivos del acceso a la justicia.

En efecto, es evidente que el proceso mismo transforma los derechos inicialmente actuados, y que en su curso operan modificaciones, innovaciones, y aun creaciones de derechos y obligaciones nuevas (*v. gr.* condenaciones en costas, sanciones por astreintes, multas procesales, etc.); tal virtualidad recrea un sinfín de alternancias que reconocen una dimensión distinta al tradicional derecho subjetivo.

Tampoco se ocupa de ver la eficacia que se puede dar a dichos intereses legítimos desde las compuertas que abre la flexibilización del concepto de propiedad individualizada del derecho y el sacrificio o daño emergentes; sino de entender que el proceso es una garantía de tutela que no puede cumplirse adecuadamente en la etapa solitaria que permite el derecho de acción. Es imperioso que la protección cubra todo el trámite (derecho al acceso irrestricto y a tener un proceso desarrollado hasta la sentencia que resuelva sobre el fondo de la pretensión material), para justificar desde una perspectiva constitucional la nueva órbita en que se emplazan los derechos del hombre.

1106. Superior Tribunal Constitucional, sentencia del 11/10/1982. Cfr. Cordón Moreno, Faustino, *El proceso de amparo constitucional*, Madrid, La Ley, 1992, p. 124, nota 29.

1107. Así lo proponen, entre otros García de Enterría, A. Nieto, Dromi, y Barra, este último de gran importancia por haberse elaborado mientras fuera miembro de la Corte Suprema de Justicia de la nación argentina (Barra, Rodolfo, "La legitimación para accionar en la reciente jurisprudencia de la Corte", en *Revista El Derecho*, diario del 26 de febrero de 1993).

La legitimación tiene que ser reconocida porque se juega en su medida una cuestión fundamental que solo el derecho constitucional debe tomar a su cargo.

Pero agregamos más: hay casos en que, aunque la ley niegue legitimación a alguien, el juez tendrá que reconocérsela "contra ley", porque si se la niega en mérito de que esa es la solución que arbitra la ley, cumplirá la misma pero violará la Constitución. Tal ocurre cuando es evidente que en un proceso determinado y con un objeto también determinado, alguien que ostenta derecho e interés en la cuestión no puede intervenir en el proceso, no puede plantear la cuestión, está privado del derecho a formular su pretensión y a obtener resolución judicial sobre ella, y tampoco puede promover el control constitucional.

La inconstitucionalidad que se tipifica en esos supuestos radica, en su última base, en la violación del derecho a la jurisdicción como derecho de acceder a un tribunal judicial.[1108]

Cuando hablemos de intereses legítimos, o simplemente de intereses, debemos relegar aquella distancia que surge del derecho italiano para explicar las diferencias entre la jurisdicción ordinaria y la administrativa, en el sentido de que mientras la primera atiende y tutela los derechos civiles y políticos, la segunda se dirige a los temas de legalidad y autoridad en la gestión de gobierno.

La cuestión más importante, vertebral, es aquella que focaliza el problema en ciernes, es decir, el objeto del proceso, para después resolver desde la dinámica procesal, si la legitimación para obrar justifica el interés puesto de manifiesto, y en su caso, si la sentencia puede originar sobre alguien que pretende los efectos jurídicos que se propusieron.

222.1 Interés sustancial e interés procesal

Esa separación entre derecho e interés no surge explícita en los códigos, ni siquiera en los más modernos,[1109] pues en casi todos la legitimación *ad causam* está relacionada con las situaciones jurídicas subjetivas que tienen posibilidades en el derecho a la jurisdicción.

1108. Bidart Campos, Germán, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino, op. cit.*, T. I, p. 355.

1109. Por ejemplo, el Código General del Proceso de la R. O. del Uruguay aunque los diferencia en los arts. 11.2 y 133.9, no traza en el trámite la distancia que allí menciona.

Satta consideró que era totalmente equivocado referir a un interés procesal distinto del que se hace valer en juicio, dando por tierra el presupuesto de las dos pretensiones que mencionamos *ut supra*.[1110]

> La dualidad entendida, en realidad, no es tal porque no existen derechos inamovibles e inmodificables que lleven a resultados seguros ante su sola mención. Dice Satta que quien acciona justifica su proceder a través del interés que motiva, y ese interés recibe justamente el beneplácito del derecho que sostiene. Por eso el interés abandona su criterio abstracto para ser concreto, con un determinado contenido y ocasionando varios tipos de tutela.[1111]

Allorio, que comparte parcialmente la idea, agrega:

> … en la definición de cada uno de los tipos de tutela va ínsito este elemento del interés a la tutela. La valoración de la presencia de un interés ha sido en suma ya hecha por el legislador en el momento en que predispuso cada una de las formas de protección jurídica. Ha otorgado él la tutela, precisamente, porque, a priori, ha encontrado presente un interés para obtenerla.[1112]

La posición nos presenta un lado diferente al tratamiento ordinario que de la legitimación se realiza. Ahora, se propicia demostrar que a través del interés se fundamenta el movimiento que pone en marcha el proceso y permite aspirar a una sentencia que resuelva el conflicto entre partes. Empero el "interés" puede reflejar una situación jurídica subjetiva (intereses legítimos, simples, colectivos y difusos, en la clasificación típica) y también, un motivo para promover la demanda.

Inclusive, pueden aparecer otros intereses distintos a los que cuadran en la relación jurídica; por ejemplo, el acreedor que teme la distracción de bienes de su deudor y se protege a través de las acciones que el derecho material le confiere, o el tercero que acude al proceso representando sus preocupaciones individuales, o bien el que adquiere derechos litigiosos y toma la posición de la parte sin haber tenido vínculos originales en la convención.

1110. Satta, Salvatore, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 133.

1111. Ibídem, T. I, p. 134.

1112. Allorio, Enrico, *Problemas de Derecho Procesal, op. cit.*, p. 267.

Todo este complejo mundo de intereses llega a los procesos explicados por quienes representan una situación jurídica determinada y un motivo que los incita a demandar o a resistir.

Calamandrei ya había dicho que

> … después de peticionar la protección jurídica del Estado mediante la jurisdicción, es decir, de haber suscitado la acción, esta debe acondicionarse con tres elementos constitutivos como son: 1) los hechos relatados y vinculados con la norma jurídica que los fundamenta; 2) la legitimación; y 3) el interés para obrar.[1113]

Tiempo después Podetti agregó:

> … que la conjunción de esos tres elementos originaba el interés legítimo de obrar, que a su vez, da legitimación para demandar y contradecir, y por ende, para accionar o contradecir a través de los grados posibles como se muestra dicho interés.[1114]

La presencia del interés y su valoración intrínseca para definir el derecho de postulación incorpora un argumento más a la crítica de la teoría tradicional que identifica la legitimación en la causa con la titularidad del derecho, o de la relación jurídica material. Dejar de considerar a la acción como el derecho subjetivo mismo, o como parte de él, alienta la división entre la legitimación en la causa y la titularidad del derecho material.

En nuestra opinión, repitiendo cuanto se dijo en la teoría de la acción, el ejercicio del derecho de pedir importa reclamar a la justicia actos necesarios para tutelar un determinado interés. Luego, en la sentencia, se verá si ese interés posible de incitar la actividad jurisdiccional tendrá los resultados esperados por las partes; por ello, en la etapa inicial no es necesario que quien exponga razones las tenga, basta con la creencia de obrar asistido de buena fe.

Es decir, que las partes pueden estar legitimadas en la causa, tengan derecho o no, porque el titular del derecho subjetivo no es el único al que le corresponde el derecho de acción. La legitimación llega

1113. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 158.

1114. Podetti, Ramiro, *Teoría y técnica del proceso, op. cit.*, p. 34 y ss.; cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 391; Devis Echandía, Hernando, *Teoría General del Proceso, op. cit.*, T. I, p. 296 y ss.; Morello, Augusto Mario; Sosa, Gualberto Lucas; Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación, op. cit.*, T. IV-B, pp. 256-257.

después, casi inmediatamente. El interés para obrar significa tener derecho a que se resuelvan las peticiones formuladas en la demanda, sin que se tengan nexos con la obtención de sentencia favorable.

En consecuencia, cuando una de las partes no acredita la calidad invocada, la decisión final no puede ser definitiva en cuanto al sustrato material deducido en juicio, sino únicamente, sobre la legitimación.

En este único aspecto, la legitimación *ad causam* es un presupuesto de la pretensión para la sentencia de fondo, ya que determina quiénes deben o pueden pedir y a quién se debe o puede demandar. Dicho de otro modo, el proceso necesita que actúen quienes han debido hacerlo, por ser las personas físicas o jurídicas idóneas para discutir sobre el objeto concreto de la litis.[1115]

222.2 El interés como fundamento de la legitimación *ad causam*

La afirmación de un derecho deducido por el interés para obrar en la causa, y no invocando la titularidad exclusiva que otorga la posibilidad de tener un proceso de inmediato, es un mecanismo adoptado en el Código Procesal alemán.

La recepción que en este tiene la teoría de las dos pretensiones se refleja en el parágrafo 256 de la ZPO cuando señala que

> Se podrá demandar la declaración de existencia o de inexistencia de una relación jurídica y el reconocimiento de la autenticidad o la declaración de la falsedad de un documento, si el demandante tiene un interés jurídico en que la relación jurídica o la autenticidad o falsedad del documento sean declarados inmediatamente por resolución judicial.

En otras legislaciones la mención del interés es ocasional y casi siempre vinculada con la legitimación *ad causam* antes que con la pretensión. Por tanto, la consideración que recibe cobra importancia cuando no aparece claro en la demanda la calidad del que pide, permitiéndose declarar inadmisiones *in limine*.

En el código procesal de la nación argentina, el artículo 337 faculta a los jueces a *rechazar de oficio las demandas que no se ajusten a las reglas establecidas*, cubriendo extensivamente las causales de improponibilidad

1115. Gozaíni, Osvaldo, *La legitimación en el proceso civil*, *op. cit.*, p. 83 y ss.

objetiva y subjetiva de pretensiones.[1116] Igual dispositivo adoptó el Código General del Proceso uruguayo a través de los arts. 24 y 341 inciso 5°.

De esta manera, el juez de la causa puede controlar la regularidad del trámite tanto en su dimensión formal como sustancial, si bien en este último espacio el tema se encuentra más difuso y controvertido doctrinariamente.

Ahora bien, la medida parece apropiada como providencia saneadora de la actividad procesal, y en orden a la misión de orquestar enjuiciamientos útiles que eviten el absurdo de procesos inconducentes. Es verdad, también, que esta suerte de control anticipado podría mejor delinearse en una audiencia preliminar.[1117]

¿Qué rol tiene el interés para obrar en estas cuestiones?

La atendibilidad de la pretensión viene sorteando etapas que solo quedarán esclarecidas definitivamente cuando la sentencia se pronuncie. Los recaudos formales, e inclusive, algunos aspectos de la legitimación *ad processum*, pueden revisarse antes de poner en marcha el contradictorio; pero, referidos a la legitimación sustancial, el momento de estudio depende del encuadre procesal o material que le asignemos a la misma.

En efecto, si se acepta como un presupuesto de admisión, resulta que el juez puede indagar si la norma abstracta que se invoca ampara el caso concreto que en el litigio queda deducida, y si en la persona que concurre afirmando se encuentra acreditado, *prima facie*, el derecho, la calidad y el interés en obrar. Estas son facultades que se actúan de oficio y antes de dar trámite.

La reunión del *fumus bonis juris* (humo de buen derecho) le asigna verosimilitud a su demanda; la calidad depende de la situación jurídica subjetiva (legitimación ordinaria o extraordinaria), y el interés tendrá que estar adecuadamente motivado para que pueda resultar protegido jurídicamente.

1116. El dispositivo legal se aplica, por vía de principio, a todos los procesos de conocimiento, pero en otros la facultad de repulsión está expresamente indicada, por ejemplo, en la Ley de Amparo que dice que *...si la acción fuese manifiestamente inadmisible el juez la rechazará sin sustanciación, ordenando el archivo de las actuaciones*. O en los incidentes, donde la potestad para rechazarlos se decide cuando sean *manifiestamente improcedentes*.

1117. Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Respuestas Procesales*, Primera parte, Capítulo: Audiencia Preliminar, Buenos Aires, Ediar, 1991.

En cambio, si la legitimación se vincula con la acreditación del derecho afirmado, eludiendo la fundamentación y el interés jurídico en juego, la decisión solamente podrá tomarse en la sentencia, al cabo de la sustanciación integral del proceso.

Ambas construcciones tienen para sí parte de razón, es cierto, pero también lo es que anticipar la denegatoria por contingencias que supervisan la superficie del caso, tanto como hacerlo al final, y rechazar la pretensión por ausencia de legitimación *ad causam*, parecen inapropiadas para el dispositivo que enlazan los conceptos de acción, legitimación e interés.

Esto es, que quien acciona y ejerce el derecho de peticionar la formación de un proceso que ya lo cuenta como garantía constitucional, no tiene por qué acreditar el derecho que lo sostiene para darle legitimación en la causa; a él le basta con demostrar el interés con que actúa.

El interés para obrar depende de la pretensión, y muchas veces opera en relación con las facultades que posee la función jurisdiccional (*v. gr.* si plantea la inconstitucionalidad de una ley por vía directa, sabido es que no existe tal posibilidad en nuestro sistema federal).

Así como existen pretensiones constitutivas o condenatorias que no presentan inconvenientes para demostrar el interés genérico de actuar en el proceso; también hay otro tipo de pretensiones en las que el interés se difumina al faltar algún elemento característico. Por ejemplo, en las pretensiones declarativas no existe un derecho subjetivo vulnerado, apenas aparece amenazado o incierto, y "es por ello por lo que tradicionalmente el interés se ha referido de modo especial a este tipo de pretensiones, en las que es común en la doctrina y en la jurisprudencia señalar que, además de la afirmación del derecho subjetivo, el actor precisa alegar la concurrencia de un interés específico".[1118]

Dicho interés ha de aparecer fundamentado porque es la única forma que tiene quien pretende lograr la "llave" que le abra las puertas del proceso. No es preciso que el juez valore en profundidad esas motivaciones –esto le corresponde hacerlo en la sentencia y respecto de la pretensión sustancial– sino que releve el derecho al proceso que pregona quien tiene el "interés jurídicamente relevante".

1118. Montero Aroca, Juan, *op. cit.*, p. 46. Cfr. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 256.

Seguidamente, el derecho subjetivo no se identifica con el interés; mientras el primero se relaciona con una relación jurídica preexistente, el restante activa por sus fundamentos el mecanismo jurisdiccional, dando legitimación para obrar.

Queremos ser cuidadosos en esta conclusión, pues para alcanzar el derecho al proceso mediando interés, no suponemos las categorías que promedian las situaciones jurídicas subjetivas (estas son útiles para clasificar los tipos de legitimación), sino la coherencia preliminar que muestra quien afirma y solicita que se generen determinadas consecuencias jurídicas.[1119]

223. Clasificación en las legitimaciones para obrar

Esquemáticamente, y por razones prácticas que facilitan la comprensión de cómo sucede la cobertura de legitimación ad causam en una persona o conjunto de ellas, suele clasificarse el interés a proteger en la medida que admite cada ordenamiento jurídico.

Se divide así en dos campos bastante diferentes: a) Legitimación ordinaria; b) Legitimación extraordinaria.

223.1 Legitimación ordinaria

Es el tipo de legitimación común; aquel que busca relacionar el derecho subjetivo con la persona que presenta la demanda ante la jurisdicción. No interesa el problema de la representación o el mandato, sino quién asume la calidad de parte legítima o "justa parte".

A partir de este concepto, y precisamente por su generalidad, se llega al problema de confundir legitimación *ad causam* con titularidad del derecho subjetivo. Así sucede en nuestro sistema adjetivo, que para cierto tipo de procedimientos pide al juez que verifique previamente

1119. Almagro Nosete, José y Tomé Paule, José, *Instituciones de Derecho Procesal - Proceso Civil 1*, Madrid, Trivium, 1993, T. I, p. 219. El autor dedica varios desvelos al estudio de la legitimación, sostiene que "... en el Derecho Procesal civil, la legitimación inicialmente solo puede reconocerse a quien afirma la titularidad de un derecho. La legitimación está en función de la afirmación de un derecho pero, también, de la coherencia entre la titularidad que se afirma y las consecuencias jurídicas que se pretenden. No basta la afirmación de un interés".

la calidad del peticionante y el interés que promueve, a efectos de formular un antejuicio sobre la legitimación material. Es lo que acontece con el proceso de declaración de incapacidad que admite únicamente la denuncia de personas ciertas; el juicio de alimentos, que exige acreditar en quien activa la demanda el título en cuya virtud solicita; las tercerías y el proceso ejecutivo, que imponen al juez examinar cuidadosamente el instrumento con que se deduce la ejecución.

223.2 Legitimación extraordinaria

Se refiere a la diversidad de intereses que tienen protección judicial y a las personas que los promueven. Por un lado, suponen reconocer otros derechos distintos del subjetivo que se posicionan como intereses jurídicamente relevantes que deben tener tutela jurídica. Por otro, surgen en contraposición a la idea de legitimación ordinaria, explicando la función de quienes actúan en el proceso en nombre de alguien a quien representan, sustituyen o acompañan (*v. gr.* sustituto procesal, sucesión procesal, litisconsorcio necesario, intervención de terceros, condóminos, representantes legales, etc.).

La legitimación extraordinaria en el primer aspecto se produce como parte del ensanchamiento de la franja de derechos tutelados que diseña todo orden jurídico. Si antes solo era objeto de atención el derecho subjetivo, dando cuño individualista al proceso judicial, ahora promedian otros intereses colectivos, sociales o meramente difusos que por medio de situaciones o representantes diversos, tienen cabida en la legitimación para actuar.

Se trata de cubrir el problema que surge cuando la pretensión planteada en juicio no viene en cabeza de su titular, sino en la masificación del interés. Algo así como un bien indivisible que admite "cuotas" identificadas en cada afectado, donde cada uno tiene parte de un todo, pero donde nadie es dueño absoluto. El reconocimiento de estos derechos repercute en la calidad de parte y en los efectos que siguen a la sentencia; por ello, cada sistema legal debe garantizar el acceso a la jurisdicción, sin descuidar los excesos probables de los grupos que actúan.

El segundo orden que tipifica la legitimación extraordinaria lo componen varias figuras que alteran la personalidad procesal, de los que nos ocupamos por separado.

En resumen, los casos de legitimación extraordinaria quedan simplificados en la modalidad como se presenta y tiene el derecho o valor que se protege. Lo común es que sea el titular el que reclame, pero el mismo interés puede estar cedido, en cuyo caso quien lo adquiere tiene un interés derivado pero excluyente.

Si la cuestión se deduce a través de representantes legales o judiciales, la legitimación *ad causam* se vincula con la condición de parte. Mientras que la acumulación de personas en un mismo sector permite referir a legitimaciones activas o pasivas conforme se trate de litisconsorcios de uno u otro tipo.

224. Derechos e intereses a tutelar

A veces, por razones metodológicas, es preferible nominar como situaciones jurídicas subjetivas la relación que une la calidad del que peticiona con la cualidad que pretende, pero ello importa, casi siempre, vislumbrar que para acceder al proceso es necesario cubrir un aspecto del derecho subjetivo. De esta forma se regresa al polémico paralelo entre legitimación y titularidad, o entre derecho y proceso que, como hemos visto, tiende a superarse.

En su lugar podemos referir a los derechos e intereses que se pueden sostener en una demanda y otorgar legitimación *ad causam* a quienes los invoquen.

Los intereses son múltiples y polifacéticos, de modo tal que, para lograr cierta precisión en punto a la legitimación procesal, debemos capturarlos de acuerdo a como ellos se presentan al proceso.

a. Intereses públicos e intereses privados: corresponden a un esquema clásico imbuido del sistema liberal que pregona la gran mayoría de los códigos procesales de la primera mitad del siglo XX, avanzando hasta la década de 1980 cuando aparecen los intereses colectivos y difusos, otorgando una dimensión pluralista a los derechos que debían ser satisfechos.
   La división genera que la defensa de unos deba intentarse a través de quienes "tienen" representación adecuada (derecho subjetivo) y otros, por el mecanismo articulado en el Ministerio

Público, o nuevos órganos que tienen cierta especialización (*v. gr.* Defensor del Pueblo, entidades intermedias, etc.).

b. Intereses individuales e intereses colectivos: los primeros procuran satisfacer necesidades particulares que no tienen proyecciones hacia otros, pues la sentencia solo beneficia al actor o al demandado[1120]; los intereses colectivos, en cambio, refieren a las acciones de grupos que personalizan un interés susceptible de provocar efectos reflejos a todos los que se encuentran dentro del sector. La "categoría" del interés a tutelar significa cierto grado de organización en la preparación de las acciones, y una elección adecuada de la vía procesal pertinente.
Ejemplo de estos intereses son las "acciones de clase" norteamericanas, o algunas modalidades del amparo colectivo que recrea en nuestro diseño constitucional el artículo 43.

c. Intereses difusos: son la novedad en las situaciones jurídicas subjetivas pues se presentaron para dar vuelta el sistema creado por la doctrina administrativa que, en su tiempo, separó al derecho individual de los intereses, y a estos los catalogó como legítimos, colectivos o simples de acuerdo a la posición jurídica que denunciara el individuo.
En alguna medida se refleja en los derechos de incidencia colectiva del art. 43 de la Constitución argentina, donde anida una traspersonalización de la pertenencia. No existe un dueño exclusivo ni singular, porque la pertenencia es "de todos".
Las modalidades que adquiere la protección procesal de los intereses o derechos difusos dependen, en gran medida, de una decisión de política legislativa. En Estados Unidos el modelo está en la "acción popular", que por su amplia cobertura elimina en la práctica el problema de la legitimación, al asentar la entrada al proceso en la representación adecuada de grupos o sectores.
En nuestro país, el sistema preferente es el juicio de amparo que se otorga facultativamente a las asociaciones debidamente registradas (confundiendo, en consecuencia, derechos difusos con derechos de incidencia colectiva).

1120. Almagro Nosete, José, *Constitución y Proceso*, *op. cit.*, p. 182.

En esta cuestión Cappelletti no encuentra un término medio apropiado, y después de señalar que lo más grave sería dejar sin mecanismos de defensa a estos "nuevos derechos", alega la conveniencia de repudiar el modelo de legitimación clásico para adoptar temperamentos modernos que refresquen la tutela diferenciada que la colectividad merece, tomando algunos reaseguros sobre las posibilidades ciertas de excesos, fraudes o representaciones inadecuadas.[1121]

1121. Cappelletti, Mauro, *Dimensiones de la justicia en el mundo contemporáneo*, *op. cit.*, p. 131 y ss.

Capítulo XXXI
La protección del interés fuera del proceso civil

225. Legitimación e interés

La doctrina tradicional desenvuelve la idea de legitimación para obrar asociando los conceptos de acción y contradicción. En otros términos, las normas que esquematizan los presupuestos de admisión al proceso asumen que el rol de actores y demandados solo pueden acreditarlo quienes estén jurídicamente habilitados por su relación con el derecho subjetivo. Son condiciones que provienen del vínculo jurídico o del estado jurídico, que al decir de Rocco, constituye el criterio básico para determinar los sujetos legitimados para el ejercicio de una acción.[1122]

Al mismo tiempo, encontrar quiénes pueden ser los legítimos contradictores supone un problema adicional: para que el juez estime la demanda; no basta que considere que el derecho reclamado corresponde precisamente a uno de aquellos que lo hacen valer o contra quien se deduce, sino que, también, puedan ellos ostentar la calidad de parte activa y pasiva, que bajo el nombre de legitimación *ad causam* permita dictar una sentencia útil (válida).

Por eso Chiovenda sostuvo que la legitimación en la causa era condición de la sentencia favorable y de la acción,[1123] ocasionando severas polémicas que hasta hoy perduran. Carnelutti, conocedor de la crisis conceptual, prefirió decir que

> … la legitimación es una coincidencia entre el acto del actor y el sujeto de la situación jurídica activa o pasiva sobre la que el acto ha de producir su efecto. La diferencia entre capacidad y legitimación está en que

1122. Rocco, Ugo, *La sentencia civil, op. cit.*, p. 67; Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, Vol. 1, p. 375.

1123. Chiovenda, Giusseppe, *Instituciones de Derecho Procesal civil*, (trad. de Emilio Gómez Orbaneja), Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, T. I, 1996.

> la primera se refiere al poder ser y la segunda al ser, en realidad el actor sujeto de la relación jurídica [...] La legitimación procesal expresa, por tanto, la idoneidad de una persona para actuar en el proceso, debida a su posición y, más exactamente, a su interés o a su oficio.[1124]

Cada uno de estos aportes refiere a situaciones que enlazan el derecho subjetivo con la individualización estricta de la persona que lo invoca. Es el sistema clásico de personalizaciones que exigen los códigos instrumentales, aun los más actuales. En cambio, en el derecho administrativo se observa un análisis similar pero distante respecto de las condiciones necesarias para "estar" en el proceso. Se da por supuesto que al ser el Estado una de las partes necesarias en el conflicto, la *litis* no puede versar únicamente sobre la composición justa de las diferencias. Al mismo tiempo, los jueces actúan el control de legalidad sobre los actos administrativos discutidos y atienden el ejercicio razonable de los actos de gobierno.

Aparecen así otros intereses, diversos de los individuales que se ocupan de la utilidad que le reportan a su titular[1125] y que nosotros hemos expuesto en una dimensión distinta de los que atiende la

1124. Carnelutti, *Instituciones de Derecho Procesal civil*, *op. cit.*, p. 465; Linares, Juan Francisco, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Astrea, 1975, p. 270. En nuestro país, este último autor creyó que no era necesario distinguir entre competencia y legitimación puesto que esta finca en considerar separadamente la capacidad *stricto sensu*, por un lado, y la licitud e ilicitud del objeto, fin, etc., por otro. Resumiendo, "... si la totalidad del orden jurídico rige el caso, el determinar si precisamente Pedro es o no el sujeto obligado en la especie, o el sujeto facultado, es una tarea que se efectúa mediante la aplicación de ese orden jurídico al caso".

1125. Rocco, Ugo, *op. cit.*, p. 337; empleó la siguiente definición para observar el juego del interés entre las situaciones jurídicas subjetivas: "El interés para accionar no es otra cosa que el elemento sustancial del derecho de acción y, concretamente, aquel interés que, tutelado jurídicamente por el Derecho Procesal objetivo, constituye el derecho de acción [...]. El juez debe hacer un juicio de utilidad, parangonando los efectos de la providencia jurisdiccional requerida con la utilidad que de tal providencia pueda seguirse para quien la requiere, respecto de una determinada relación jurídica. Es decir, debe analizarse la utilidad actual, y para ello se debe indagar si la falta de la providencia jurisdiccional le causa daño o perjuicio. Si hay perjuicio, hay interés para accionar o para contradecir; y si no lo hay, no existe tal interés. Este interés debe ser concreto y actual. En cuanto a que sea concreto, ha de referirse a una providencia concreta, referente a una concreta relación jurídica y respecto de una acción singular y particular, individualizada, ejercida por un sujeto determinado. Y actual, en cuanto es tomado en el momento mismo en que la acción es ejercida". Cfr. Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Principios de Derecho Procesal civil*, Bogotá Temis, 1989, p. 184.

legitimación procesal[1126] al contemplarlos en la perspectiva de la pretensión incoada. El orden público, el bienester general, expresan esos otros intereses que no se personifican en la defensa de partes que litigan por un derecho propio. Ese nivel de atención, masivo y genérico, merece un espacio particular en defensa de la legalidad.

El caso del "interés público" muestra cómo se corta el nexo entre el sujeto y el objeto, y de qué manera logran capturarse en los presupuestos de admisibilidad del proceso.

226. El interés público

Sostener que el interés público es aquel cuya titularidad le corresponde a la Administración es una verdadera tautología e incurre en un defecto de circularidad. Por otra parte, los nuevos derechos y garantías de la mayoría de las Constituciones, tanto como la progresividad en la interpretación de los derechos humanos, permite erradicar aquel concepto huidizo.

El interés público, en consecuencia, no necesita de representaciones precisas. Basta con invocarlo por toda persona que tutele una situación jurídicamente relevante o de interés suficiente para dar atención jurisdiccional, aunque ello no le basta para lograr legitimación (requiere que ese mismo interés público sea legítimo).

El interés general de la administración pública se explica por la condición misma de instrumento estatal de acción para la realización efectiva del ordenamiento, pero en modo alguno significa reducir la

1126. En especial cuando sostenemos que, así como existen pretensiones constitutivas o condenatorias que no presentan inconvenientes para demostrar el interés genérico de actuar en el proceso; también hay otro tipo de pretensiones en las que el interés se difumina al faltar algún elemento característico. Por ejemplo, en las pretensiones declarativas no existe un derecho subjetivo vulnerado, apenas aparece amenazado o incierto, y es por ello por lo que tradicionalmente el interés se ha referido de modo especial a este tipo de pretensiones, en las que es común en la doctrina y en la jurisprudencia señalar que, además de la afirmación del derecho subjetivo, el actor precisa alegar la concurrencia de un interés específico. Dicho interés ha de aparecer fundamentado porque es la única forma que tiene quien pretende lograr la "llave" que le abra las puertas del proceso. No es preciso que el juez valore en profundidad esas motivaciones –esto le corresponde hacerlo en la sentencia y respecto de la pretensión sustancial– sino que releve el derecho al proceso que pregona quien tiene el "interés jurídicamente relevante".

dimensión de legitimados para la defensa del interés.[1127] Desde otro punto de vista se podría afirmar que dicho interés se refiere a bienes de relevancia general, que no son susceptibles de apropiación o goce exclusivos.[1128] Lo público es un concepto intrínsecamente omnicomprensivo, de forma tal que encapsular un interés singularizado tiene la misma dificultad. Qué decir cuando perseguimos ubicarle un titular específico.

Por supuesto no se trata de enfrentar este tipo de intereses con los privados pues aquéllos se nutren de las actividades que las personas realizan. Es la propia arquitectura de un orden normativo y social. Se trata, tan solo, de abastecer un sistema de acceso a la justicia que no coloque a la legitimación como un sistema de preferencias para el debate.

Precisamente, frente al argumento de que la legitimación evita procesos inútiles que abruman y sobrecargan la tarea jurisdiccional se ha dicho que

> … nadie pleitea por el simple ocio de gastar su tiempo y dinero en abogados y procuradores. Quien recurre, con todos los inconvenientes que ello acarrea, es porque tiene un auténtico interés general. No es exacto que la barrera de la legitimación ahorre trabajo a los tribunales; antes al contrario, con la mitad de la agudeza que gastan los jueces en buscar argumentos para declarar la admisibilidad o inadmisibilidad de un recurso, podrían muy bien, en gran parte de los casos, resolver el fondo del asunto.[1129]

Sin embargo, la legitimación es una valla de contenido político en lo contencioso administrativo, pues limita a las personas que pueden discutir con el Estado. De todos modos es indudable que en la evolución del derecho administrativo se ha montado un sistema efectivo de control judicial de los actos de la administración pública que ampara derechos subjetivos y una categoría nueva, producto de su misma evolución, que se denomina interés legítimo.

Para Cassagne, la principal conquista ha sido ampliar el ámbito de la legitimación de estos intereses, que sin llegar a reunir las condiciones necesarias para ser ejercidos o invocados como derechos subjeti-

1127. Parejo Alfonso, Luciano, Jiménez Blanco, Antonio y Ortega Alvarez, Luis, *Manual de Derecho Administrativo*, Barcelona, Ariel, 1992, p. 303.

1128. Bujosa Badell, Lorenzo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 49.

1129. Dromi, José Roberto, *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, Madrid, Grouz, 1986, p. 75.

vos, consiguen reunirse en una categoría con poder jurídico suficiente para el restablecimiento de la legalidad violada y de sus intereses personales y directos, sin sacrificar la base esencial del sistema, que sigue radicando en los derechos subjetivos.[1130]

227. Las categorías jurídicas en el derecho administrativo

Gordillo plantea una interesante diferencia entre el derecho subjetivo y las categorías creadas por el derecho administrativo para receptar otros intereses.

Sostiene que

> … el orden jurídico establece un régimen jurídico diferenciado para los derechos subjetivos, los derechos reflejos y el interés simple, respectivamente [...]. El derecho subjetivo se defiende o reclama con una acción o recurso de plena jurisdicción: en tales casos el individuo puede obtener una indemnización; el derecho reflejo ("interés legítimo") se defiende con un recurso de anulación: aquí el individuo solo puede lograr que anulen el acto ilegítimo. Al recurso de plena jurisdicción solo lo ejerce el lesionado; al recurso de anulación lo pueden interponer un número determinado de personas; a la acción popular la puede incoar cualquiera.[1131]

Introduce así al interés legítimo en el marco de derechos disponibles de la persona con posibilidades reales de intentar su defensa judicial. La característica es que no son exclusivos y excluyentes, como el derecho subjetivo; sino, antes bien, compartidos y concurrentes. Al trazar el camino se observan con claridad dos senderos paralelos en la idea: la existencia del derecho subjetivo y del interés legítimo para ser construcciones lógicas que necesitan indispensablemente de una vía judicial que los ampare.

La entrada se encuentra facilitada por la noción de acceso a la justicia sin restricciones (acción, como derecho cívico de peticionar a las autoridades), pero se traba en la implementación de la legitimación

1130. Cassagne, Juan Carlos, "La legitimación activa de los particulares en el proceso contencioso administrativo", Buenos Aires, *ED* 120-980.

1131. Gordillo, Agustín, *Tratado de Derecho Administrativo*, Buenos Aires, Macchi, 1975, T. 2, p. XV-4.

para obrar. En efecto, cuando una persona cualquiera reclama frente al Estado, sin acreditar un derecho exclusivo, pueden encontrarse varias pretensiones atendibles: una, focalizada en la dimensión del interés actuado; otra, en la posibilidad que obtienen los jueces para activar el control de constitucionalidad y, específicamente, de legalidad y razonabilidad sobre los actos administrativos.

La protección expansiva que ofrece la justicia a quienes tengan un interés legítimo que presentar tiene remedios específicos en algunas constituciones y leyes provinciales (*v. gr.* las que admiten el recurso de ilegitimidad o de anulación), mientras que los sistemas que no cuentan con ellos, o con una justicia contencioso administrativa, la revisión judicial de todo acto administrativo se mantiene como principio general. El problema acontece porque, mientras los primeros aceptan al interés legítimo como carácter admisible; otros apoyan la exigencia de legitimación en la titularidad del derecho subjetivo.

La concurrencia de individuos se expande aún más en los intereses simples, que atrapan a una generalidad tal de personas que resulta en extremo difícil precisar individualidades. Son los casos de conceptos como habitante, personas, ciudadanos, vecinos, etcétera, que suelen presentar algunos sistemas jurídicos para denominar los beneficiarios de una normativa creada.[1132]

Ahora bien, cada uno de estos intereses responde a la idea de situaciones jurídicas subjetivas que, como tales, no condicionan la admisibilidad de la demanda y menos aun de la puesta en marcha del aparato judicial. En todo caso, se vinculan con la pretensión, y con la posibilidad de emitir el juez una sentencia entre aquellos que reunan los presupuestos sustanciales y procesales (*legitimatio ad causam* y *legitimatio ad processum*).

Por eso, sostiene González Pérez que

> … en la doctrina procesal moderna, la legitimación tiene un significado concreto. Así como la capacidad –llamada legitimación *ad processum*– implica la aptitud genérica de ser parte en cualquier proceso, la

1132. Gelli, María Angélica, "La silueta del amparo después de la reforma constitucional", en *Revista La Ley*, Suplemento Especial 60 Aniversario, Buenos Aires, 1995-E, 978, p. 56, donde observa cómo la legitimación para obrar en el amparo al indicar a los derechos de incidencia colectiva va delineando un número indeterminado de personas o grupos que la jurisprudencia va receptando.

> legitimación, llamada también legitimación ad causam, implica la aptitud de ser parte en un proceso concreto. Tal aptitud viene determinada por la posición en que se encuentre respecto de la pretensión procesal. Solo las personas que se encuentran en determinada relación con la pretensión pueden ser parte en el proceso en que la misma se deduce. Por tanto, esta idoneidad específica se deriva de la relación jurídica debatida en el proceso; es, por tanto, aquel problema procesal más íntimamente ligado con el derecho material, habiéndose llegado a considerar una cuestión de fondo y no meramente procesal.[1133]

228. Legitimación y procedimiento administrativo

En el procedimiento administrativo, es decir, en la etapa de formación de la voluntad estatal que para mejor comprensión hemos de indicarla como no contenciosa, existe una diferencia sutil con el litigio judicial y los problemas de legitimación.

Domina el principio de libertad para plantear cuestiones administrativas sin ponderar el carácter con que se peticiona. De esta forma, la legitimación se atiende por el órgano resolutivo y no por quienes actúan en las etapas que preceden a la emisión del acto.[1134]

Inclusive, aun cuando la queja no fuese deducida por quien tenga derecho a hacerlo, la presentación recibe tratamiento como denuncia de ilegitimidad, caso en el cual se observa claramente la recepción del interés como situación jurídica atendible en todas las instancias.

1133. González Pérez, Jesús, "La legitimación activa en el proceso administrativo", en *Revista de Derecho Procesal*, España, N° 2, 1956, p. 552.

1134. Gordillo, Agustín, *op. cit.*, p. XVI-4. "En consecuencia, no es necesario que haya una decisión previa sobre la legitimación del interesado, y luego la tramitación del recurso para llegar por último a la decisión de fondo en caso de haberse admitido anteriormente la legitimación, sino que la mera presentación del recurso asegura normalmente su tramitación por todas las autoridades que deben intervenir, y el pronunciamiento final del órgano competente: este decidir de una sola vez si existe legitimación, caso en el cual pasará a pronunciarse también sobre el fondo, o si no existe, caso en el cual puede no pronunciarse sobre el contenido del recurso. Y decimos puede no pronunciarse, pues también puede sí hacerlo, no ya como resolución del recurso, sino como control de oficio de la legitimidad de sus actos o de los de sus inferiores".

No obstante, las cuestiones de legitimación en esta etapa son de suma importancia pues determinan la suerte de la vía judicial de revisión.[1135]

El procedimiento administrativo tiene la particularidad de que las pocas normas dictadas para regular la relación Estado-ciudadano no esclarecen el alcance que dispone la persona en la participación de las decisiones que lo involucran. La mayoría de los actos y resoluciones son de carácter organizativo de la propia Administración.[1136] Por ello el carácter general que tiene el control permite expandir los intereses a tutelar, de manera que el simple ciudadano cuenta con posibilidades concretas de denunciar, quejarse, solicitar vistas de actuaciones, es decir, de participar. Adquiere calidad de parte en el expediente iniciado, pero con una vinculación diferente a la que reconoce el proceso judicial.

En cambio, si no se conforma con estas tolerancias de la Administración, el cuadro de acciones o recursos posibles se limita al interés jurídicamente admisible que persiga proteger.[1137]

1135. Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Introducción al nuevo Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 76. Hemos sostenido, antes de ahora, que las relaciones jurídicas que se entablan en el Derecho Procesal administrativo parten de considerar las situaciones jurídicas de quienes ostentan un derecho subjetivo, un interés legítimo, o un interés simple; frente a quien titulariza una posición procesal más cómoda, sustentada en un principio hegemónico, que le permite vulnerar el tradicional equilibrio o igualdad que tiene el proceso judicial. Aunque las partes sean dos, en el procedimiento administrativo esta noción se desnaturaliza al fundirse la condición de juez y parte en solo uno de los contradictores. Por eso la característica más importante se encuentra en la posibilidad de actuación activa o pasiva del administrado. Su situación jurídica le deparará la protección correspondiente. Tratándose de un derecho subjetivo, la posibilidad de exigir al Estado es superior y concentra en su medio una serie de derechos y deberes procesales que se deben acatar. El interés legítimo, en cambio, es residual. Actúa en el *después*, y se tiene derecho a obtener su reconocimiento por vía de recursos administrativos. En general, su presencia en la formación de la voluntad administrativa es relegada. Finalmente, el interés simple solo tiene protección administrativa activando *denuncias* que no pueden llevar pretensiones pues carece el interesado del recaudo de identificación con el derecho.

1136. Hutchinson, Tomás, *Procedimiento administrativo de la provincia de Buenos Aires*, Buenos Aires, Astrea, 1995, p. 78.

1137. Pero puede ocurrir –dice Hutchinson, ibídem, p. 79– que haya algunos habitantes que tengan algún interés particular en la observancia de aquellas normas, que se complementa con el interés genérico de todos. Son aquellos a quienes el acto de la Administración se refiere: los participantes en un concurso o licitación respecto al procedimiento de la decisión, el vecino de un barrio en el que se instala una industria peligrosa o insalubre, etcétera. Estas personas unen al interés genérico que todos tienen en el desempeño de la función administrativa, un interés particular: el que tienen como cuncurrentes respecto del puesto que hay que cubrir, etc. Es este un interés

Puede observarse, en consecuencia, cómo el procedimiento administrativo nacional permite la actuación de personas interesadas en la formación de la voluntad administrativa; y al mismo tiempo, advertir la entidad que adquiere la restricción para intervenir en el desarrollo. No obstante es bueno convenir que la calidad de legitimados en este tipo de intervenciones no es tan exigente como resulta en el proceso común, en la medida que no puede convertirse en autocontradicción tolerar la participación del particular en el trámite administrativo para después negarle derecho a ser parte en el juicio ordinario; o bien, porque al coexistir derechos subjetivos e intereses legítimos no resulta sencillo establecer la vinculación específica que cada uno tiene para adquirir el carácter de parte.

En otras palabras, la situación subjetiva define los pasos posteriores. Si quien actúa lo hace en defensa de un derecho o interés directo, la suya es una calidad que lo acredita para sostener recursos e impugnaciones; mientras que si el interés estuviera motivado en las repercusiones del acto o cuestión sobre la sociedad o el grupo, la prerrogativa de revisión aparece, *prima facie*, de difícil consagración.

229. La legitimación en el contencioso administrativo

No se pueden ofrecer aquí explicaciones generales pues existen mecanismos diferenciados en la dinámica como se desenvuelve la justicia administrativa. El desarrollo de un proceso contencioso nos sirve únicamente para demostrar la ambigüedad que sufre la legitimación para obrar en cada uno de los sistemas; también, es útil para señalar una situación poco común en los procesos ordinarios. Esta singularidad resulta del hecho de que el Estado es un adversario permanente pues son ocasionales e hipotéticos los conflictos interadministrativos que, por otra parte, pueden resolverse en la misma sede donde se producen.[1138]

La condición de parte asume otra modalidad notable, como veremos al final, en razón de que no siempre quienes están en el proceso en defensa de un interés determinado tienen legitimación para obrar, pues dependen de la escala de acreditaciones que hemos visto a través de

distinto del genérico, si bien conexo; sin embargo, no tienen una tutela directa que constituya un derecho subjetivo.

1138. Cfr. Cassagne, Juan Carlos, "La legitimación activa de los particulares en el proceso contencioso administrativo", *op. cit.*, p. 981 y ss.

estos pasajes. Por ejemplo, en un proceso pueden existir conflictos entre distintos intereses y el Estado, pero no todos los sujetos tener la misma disponibilidad del derecho o interés (*v. gr.* el cierre de una calle afecta a los vecinos del barrio en particular y a los que transitan por esa zona).

Aquella clasificación que expuso Gordillo para determinar los intereses protegidos y las vías procesales de cada uno (plena jurisdicción, anulación y acción popular) no es decisiva en este tramo. La legitimación procesal activa en el proceso contencioso administrativo tutela derechos subjetivos vulnerados mediante un proceso común (ordinario) que es asimilable al conocido como de plena jurisdicción.

Esta conclusión nos llevaría a insistir en el remanido problema de acreditar un derecho personal y un daño específico que merezca la instancia y el desarrollo de la justicia; pero relegaríamos el avance jurisprudencial logrado, por el cual, actualmente, se reciben otros intereses como el difuso o el legítimo.

230. El interés legítimo en el proceso judicial

La cualidad especial que tiene este interés y que por ello le permite ingresar a las vías jurisdiccionales sin esforzar los presupuestos de admisión general, asienta en la concurrencia de personas que con un interés directo y personal pretenden encabezar una fuerza de oposición, naturaleza reaccional contra un acto o decisión del Estado y/o sus órganos, como la denomina García de Enterría.[1139]

La concurrencia de afectados caracteriza el interés, circunstancia por la cual no puede afincar el criterio tradicional de acreditamiento de legitimación. De otro modo, sería preciso que se reconociera todo el círculo de involucrados en la causa, lo que puede resultar imposible. Pero dejar la noción de interés legítimo en esta sola caracterización puede llevar a confundirlo con los intereses difusos y colectivos.

Existe un matiz diferencial que pone a quien tiene un interés legítimo en distancia con aquellos. El cuenta con una situación personal en la órbita de sus preferencias que lo distingue del administrado común. Si bien persigue la defensa de la legalidad, como todos; también

1139. García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Cívitas, 1977, T. II, p. 26 y ss.

quiere resolver una posición individual alterada por el acto que impugna. Se trata de un interés personal y directo, que no debe interpretarse con el rigor formal del derecho subjetivo.

Resulta interesante observar la evolución jurisprudencial operada en este tema, porque el desarrollo permite advertir con precisión cómo la idea de fomentar la defensa de intereses legítimos va cobrando fuerza.

En el orden nacional existe un retraso manifiesto en la progresividad de la tesis. Por vía de principio se consideran sin derecho proposiciones de tal interés por asimilarlas con las meras expectativas. Bien apunta Cassagne que este error dimana de la circunstancia de considerar que la impugnación basada en el interés legítimo constituye un recurso objetivo y que no es por tanto un poder jurídico de naturaleza subjetiva que nace en virtud de una actuación administrativa estimada lesiva para los intereses del administrado.[1140]

No obstante, se han dado aperturas para una nueva categoría de legitimados, como el vecino, que vuelve operativa aquella vieja pero lozana reflexión de Guasp, para quien el interés resulta la "posición en que los hombres se sitúan con referencia a los bienes de la vida".[1141] En los hechos capta también al "afectado" en una órbita amplia que atiende más al problema de "las personas" antes que el título por el que invocan la tutela jurisdiccional.

231. Crítica a la expansión del interés legítimo

Si reordenamos los conceptos podemos colegir en el recuento que la legitimación, propiamente, no es un derecho de incitar la actividad jurisdiccional, en razón de que ese derecho es el de acción, que por ser de naturaleza constitucional no tiene cortapisas y le corresponde a toda persona.

La legitimación es un requisito de la pretensión, tanto en el sentido de admisión formal, como de resultado efectivo en la sentencia. Es decir, quien pide debe acreditar ambos extremos de procedencia y pertinencia.

1140. Cassagne, Juan Carlos, "La legitimación activa de los particulares en el proceso contencioso administrativo", *op. cit.*, p. 984.

1141. Guasp, Jaime, *La pretensión procesal, op. cit.*, p. 25. Morello, Augusto Mario, *En la casación de Buenos Aires (actualidades)*, en *JA*, 13/12/95, p. 56.

De este modo, el interés legítimo expande la noción primera, esto es, en la admisión de la demanda, pero se difumina el concepto cuando se trata de vincular al "interesado" con los alcances y efectos de la sentencia.

De allí proviene la clasificación antes vista de "legitimaciones directas (derecho subjetivo)" y "legitimaciones indirectas". Estas últimas existen cuando la relación jurídica principal incide y afecta a terceros que no son partes (*v. gr.* sindicatos, asociaciones, grupos que asumen la representación de todos).

Por ello, sostiene Diez:

> ... la defensa del administrado exige que si del acto de la administración nacieran derechos subjetivos a favor de aquel, esta no podrá revocarlo a pesar de reconocer que está viciado y deberá ocurrir a sede judicial para que se anule, configurando el proceso de lesividad. Se entiende que si se tratara de simples errores materiales o de hechos cuya rectificación beneficiara al administrado, la administración estaría facultada para rectificarlos.[1142]

Esta posición que amplía el plano de protección judicial más allá de la exclusividad característica del derecho subjetivo recibe críticas fundadas que pasamos a enunciar.

García de Enterría y Fernández, sostienen que

> ... resulta completamente equívoco pretender que no hay derecho subjetivo por la razón dogmática de que la norma que ha de juzgar la validez del acto es una norma destinada a servir solo al interés general. Todas las normas objetivas y no solo las administrativas están basadas en el interés general.[1143]

Para Cassagne:

> ... el derecho subjetivo pertenece a la categoría de los poderes jurídicos que comprenden la titularidad de un bien o interés. Pero ese bien o interés no debe fundarse exclusivamente en la voluntad individual ni, a la inversa, únicamente en el aspecto social. El reconocimiento de ese poder jurídico se impone, en definitiva, por el respeto debido a los fines del hombre como ser individual y social, teniendo en cuenta que representa un valor que, en sí mismo, es absoluto. Ahora bien, sin discrepar fundamentalmente con la concepción tradicional del derecho subjetivo,

1142. Diez, Manuel María, *Derecho Procesal Administrativo* (con la colaboración de Tomás Hutchinson), Buenos Aires, Plus Ultra, 1983, p. 204.

1143. García de Enterría Fernández, Tomás, *Curso de derecho administrativo*, Madrid, Civitas, T. II, p. 45.

> la distinción con el interés legítimo puede apoyarse sobre bases más sólidas si se las conecta con la utilidad sustancial que garantiza.
> De ese modo, mientras el derecho subjetivo aparece como un poder jurídico atribuido en garantía de un bien o interés que le proporciona al titular una utilidad directa e indirecta, el interés legítimo representa para el particular, una garantía de legalidad, que traduce una utilidad instrumental.
> Pero el interés legítimo, con ser una categoría capaz de satisfacer de un modo mediato los intereses individuales o sociales de carácter sustancial, no deja de ser un verdadero poder jurídico que permite exigir la garantía de legalidad instrumental en sede administrativa como en la judicial.[1144]

Ambas doctrinas advierten sobre un mismo fenómeno, y señalan la distorsión que resulta cuando se legisla en los códigos la defensa del interés legítimo. Muchos de estos ordenamientos requieren que el interés sea "personal y directo", aproximando la exigencia, en consecuencia, al problema del derecho subjetivo. Otros, para evitar el conflicto, propician asimilar el derecho subjetivo con el interés legítimo logrando asegurar cierto sentido de justicia distributiva.

Ahora bien, en el plano estricto de la legitimación para obrar, el interés legítimo es más amplio y permisivo que el interés directo. En este se analiza la situación objetiva que se encuentra la persona que peticiona, confrontando su pretensión con la que podría sustentar cualquier ciudadano que persigue el cumplimiento de los fines superiores del Estado, o la regularidad de la actividad administrativa.

Se advierte un interés directo cuando del éxito de la acción procurada el peticionante recibe un beneficio personal –moral o patrimonial–; o bien, en sentido inverso, la misma decisión le ocasione un perjuicio. Por tanto, la simple defensa de la legalidad objetiva no es un interés directo.

A diferencia del interés legítimo, no es autosuficiente pues requiere individualizar el objeto, de modo tal que la proyección y efectos de la sentencia, además de causar un estado jurídico "para todos", provoca una respuesta personal a quien la pide. La expresión "interés directo" empleada en las normas constitucionales para dar bienvenida y captación a los fines del acceso a la justicia, debe interpretarse en el sentido de que para que el mismo exista basta con que prospere la demanda y represente a quien la trajo un beneficio material o jurídico

1144. Cassagne, Juan Carlos, "La legitimación activa de los particulares en el proceso contencioso administrativo", *op. cit.*, p. 984.

o, por el contrario, que el mantenimiento de la situación creada o que pudiera crear le origine un gravamen, incluso aunque tales beneficios o perjuicios se produzcan por vía indirecta o refleja.

> En materia contencioso administrativa el interés directo puede ser definido como aquél interés amparado en la legalidad, real y actual, que concurre en un sujeto de derecho cuando una determinada actuación administrativa lesiona, directa o indirectamente, su esfera de facultades individuales, de modo tal que la anulación de dicha actividad le proporciona un beneficio, o le elimina un perjuicio de cualquier índole.[1145]

Se observa así cómo este modelo de situación jurídica subjetiva se asemeja al derecho personal que exige el derecho común. Hay cierta identidad entre interés directo y derecho subjetivo. Igual que en este, la legitimación para actuar se obtiene cuando se individualiza el sujeto o grupo de ellos; el interés ha de ser efectivo, no una simple expectativa o una especulación potencial; debe ser actual y no mera abstracción; y, finalmente ha de lograr para quien lo invoca un beneficio o un perjuicio personal.

La diferencia está en la escala de pretensiones posibles: mientras el derecho subjetivo habilita todas, el interés directo solo admite las vinculadas con la anulación del acto ilegítimo.

García de Enterría los involucra dentro de los derechos subjetivos, nominándolos en dos sectores: reaccionales o impugnatorios. Estos operan cuando el administrado ha sido perturbado en su esfera vital de intereses por una actuación administrativa ilegal:

> En este supuesto, el ordenamiento en servicio del más profundo sentido de la legalidad en el Estado como garantía de la libertad, lo inviste con un derecho subjetivo dirigido a la eliminación de esa actuación ilegal y al restablecimiento de la integridad de sus intereses. Supuesto que permite a los particulares fiscalicen la totalidad de la legalidad administrativa, y no solo la franja minúscula que entra en juego en la vida jurídico-administrativa a propósito del tráfico de los derechos subjetivos activos de corte tradicional.[1146]

1145. Gimeno Sendra, Vicente; Moreno Catena, Víctor; Garberí Llobregat, José y González Cuellar Serrano, Nicolás, *Comentarios a la nueva ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1998*, Madrid, Editorial Universitaria Ramón Areces, 1999, p. 133.

1146. Cfr. García de Enterría, Eduardo, "Sobre los derechos públicos subjetivos", en *Revista española de Derecho Administrativo*, Nº 6, 1975; citado por Dromi, José, *Derecho subjetivo y responsabilidad pública*, Madris, Grouz, p. 78.

232. El interés como fundamento de la pretensión

Demostrando la relatividad que va adquiriendo la noción de derecho subjetivo, en paralelismo con la expansión del interés para la admisión de reclamos jurisdiccionales, la jurisprudencia asume la necesidad de cambio, por otra parte esencial para la defensa de las instituciones y de los hombres. De este modo puede ir esclareciéndose el panorama confuso de las categorías creadas en el derecho administrativo que únicamente se explican en los sistemas de doble jurisdicción.[1147]

En síntesis la evolución observa que el interés, *lato sensu*, puede confirmarse como fundamento de la pretensión contencioso administrativa si acredita los siguientes extremos que faciliten instaurar la legitimación para obrar en la causa:

a. Vicio en el acto administrativo. Que supone actuar en ejercicio de defensa de la legalidad objetiva, aunque admitiendo limitaciones por razones de oportunidad, siempre controlables *ex post facto* por cuestiones de razonabilidad.
b. Perjuicio. Quien recurre debe acreditar un interés directo, dirigido a evitar las pretensiones genéricas que pueden caer en abstracciones o generalidades. De todas formas, el perjuicio personal (propio) no significa "exclusivo", pudiendo tolerarse la demanda por la masificación que el acto lesivo proyecta.[1148]

1147. Cfr. Mairal, Héctor, *Sobre legitimación y ecología*, LL 1984-B, 780. Así, por ejemplo, en Francia, donde el interés legítimo está adecuadamente protegido y su distinción con el derecho subjetivo sirve como criterio de selección del recurso apropiado: recurso de plena jurisdicción cuando se invoca una situación jurídica subjetiva y recurso por exceso de poder cuando, por plantearse una cuestión de derecho objetivo, la legitimación es más amplia. También en Italia juega la distinción, en este caso como criterio de distribución de competencias entre ambas jurisdicciones: a la judicial le corresponde la defensa de los derechos subjetivos y a la administrativa la de los intereses legítimos [...]. En cambio, en los sistemas de jurisdicción única, es decir, judicial, como los Estados Unidos, desconocen la distinción derecho subjetivo-interés legítimo y adoptan una noción más amplia de derecho subjetivo.

1148. Mairal, Héctor, *Sobre legitimación y ecología*, pp. 785-6. Mairal aclara que el perjuicio puede ser material o moral, interrogándose ¿debe ser también "importante"? Respondiendo: "la importancia del perjuicio será, por lo general, tema de apreciaciones subjetivas y discordantes por lo cual parece preferible considerar que si el recurrente ha aceptado correr con los costos y molestias de un juicio, debe respetarse su juicio sobre la importancia del mismo; la regla *minimae non curat praetor* permitira de todos modos, excluir las demandas claramente caprichosas o triviales...".

c. Nexo causal entre el interés del que pide y la acción propuesta o radicada. Contingencia obvia en la medida en que cualquier remedio intentado debe beneficiar al conjunto y, en particular, a quien corre los riesgos procesales y asume la calidad de parte. En otras palabras "no puede confugurarse una agresión si no es respecto de un interés que según la norma aparece debido en la confrontación de una particular posición subjetiva sustancial".[1149]
d. Actualidad del problema. Aspecto que nutre dos momentos. Que no sea una demanda prematura, o extemporánea; ni se base en aspectos de crisis probables o especulativas que disuadan los recaudos de certeza previstos.

1149. Greco, Carlos Manuel, *Ensayo preliminar sobre los denominados intereses "difusos" o "colectivos" y su protección judicial*, en LL 1984-B, 875.

Capítulo XXXII
La protección de los derechos difusos

233. La defensa de los intereses supraindividuales

Cuando uno refiere a los derechos o intereses difusos, o adopta el nominado por la Constitución Nacional y señala a los derechos de incidencia colectiva, la temática principal del estudio se puede resolver desde frentes diversos.

En primer lugar, corresponde acordar una interpretación sobre qué son y a qué refieren los derechos o intereses difusos. Luego, analizar el objeto que protegen. Seguidamente, cuáles son las personas que pueden peticionar en su nombre, y las reparaciones que tienen derecho a reclamar. El paso siguiente será determinar el procedimiento aplicable, si judicial o administrativo, y en su caso, las modalidades intrínsecas que cada uno defina; evidentememte, también en estos casos, habrá de analizarse la decisión resultante y sus efectos consecuentes. Y, finalmente, como es bueno realizar en todo estudio, un recorrido del derecho comparado propone observar cómo organizan estos problemas otras legislaciones del mundo.

Aparecen así niveles sucesivos de aprendizaje encolumnados tras el derecho privado, el derecho constitucional, el procesal y el derecho penal o administrativo. Cada uno en sus contenidos asume la importancia de los ejes y cuestiones. Cada cual, también, los afronta con temperamentos coincidentes. En cada caso son otras fronteras y novedosas formas de conocer el interés jurídico protegido por el sistema jurídico tradicional.

La transformación de los derechos responde hoy a la necesidad de verificar que en el plano de cada disciplina, antes cerradas en definiciones previstas para las personas que se protegen, actualmente son los intereses los que resuelven el replanteo y avizoran un cambio esencial en las modalidades instrumentales y tuitivas de cada derecho.

234. Los derechos difusos son una variación del derecho subjetivo

El proceso tradicional tutela intereses privados bajo la consigna de respetar el derecho de petición de quien es el legítimo titular del derecho invocado. Se trata, en definitiva, de reducir toda la cuestión del acceso a la jurisdicción a un problema de consistencia jurídica, que determina la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende.[1150]

Es el sistema clásico de reafirmación del derecho subjetivo que surge con el constitucionalismo liberal de fines del siglo XVII y se consolida en los inicios del siglo XIX, con los derechos individuales. La entrada al proceso viene determinada por "alguien" a quien se conoce, se personaliza, y sobre el que se proyectan los requisitos de acreditar la pertenencia exclusiva del derecho invocado (legitimación *ad causam*). Por supuesto, también sobre él, los ordenamientos procesales requieren que la pretensión esbozada lo encuentre en una relación de causalidad suficiente y adecuada con los hechos que presenta. Es decir, se vincula sucesivamente a la persona, la cosa y las acciones para que tengan una relación jurídica que admita la tutela judicial.

El derecho subjetivo es el único que logra calidez receptiva en el sistema jurisdiccional, porque tiene y define una personalidad procesal. Se conoce a la persona, se sabe de sus derechos y de los conflictos que individualmente le aquejan y necesitan de resolución por la justicia. Resulta, entonces, la protección otorgada de una lógica indiscutible, donde predomina asimismo un factor ideológico que le sirve de soporte.

La certeza del derecho está asegurada a través del *status* de persona que convive en un contexto social. Así se desenvuelven los sistemas codificados, sobre todo los que nacen a partir del código civil francés, al que tanto apego tuvo Vélez Sarsfield. Es un sistema teórico por el cual el derecho está constituido por un sistema de proposiciones donde las normas atribuyen predicados jurídicos a sujetos determinados. El derecho privado no tiene matices. Todo se desliza desde la pertenencia y, por eso, se entroniza el derecho de propiedad, de indiscutida raíz individualista.

1150. Almagro Nosete, José; Tomé Paule, José, *Instituciones de Derecho Procesal, (Proceso Civil 1)*, Madrid, Trivium, 1993, T. I, p. 220.

Bien pronto se advirtió que estos derechos subjetivos, originarios y exclusivos que se podían oponer frente al Estado, requerían de un reconocimiento superior. Así se incorporan como derechos de una primera generación, receptados, generalmente, en los dogmas fundamentales de las Normas Supremas de un Estado. Esta nueva columna significó una variable impensada. En efecto, al encontrarse adscriptos a un sistema organizacional "de todos", los derechos subjetivos, antes personales y exclusivos, comenzaron a ser de muchos, dando lugar a los denominados *derechos subjetivos públicos*.

Sin embargo, persiste la idea de reconocer las individualidades, aun cuando fueran agrupadas o compartieran sus intereses. Todo esto contribuyó a determinar la convicción de que por detrás del concepto de derecho subjetivo existía una concreta y efectiva realidad que estaba desprotegida.

> Bien se explica que la individualización del criterio de tutela y el apego a los resultados sustancialmente personalizados, realizado con instrumentos lógicos y en base a la existencia de un objeto sustancial conocido por la lógica jurídica normativa, dejaba en el camino otras realidades contextuales que no tenían un claro perjudicado, aunque la afectación fuere evidentemente masiva.[1151]

La necesidad de proteger esos intereses dispersos o *anónimos* fue el tránsito hacia una nueva etapa. La solidaridad es el valor principal que se pondera, así como la libertad lo fue para los derechos fundamentales del Estado liberal y la igualdad para los derechos socioeconómicos y culturales.[1152]

No debe interpretarse el fenómeno como un *debilitamiento* de los derechos individuales (subjetivos), sino su fortalecimiento a partir de la comprensión que supone reunir varios integrantes en conflicto por una misma situación.

1151. Colaço Antunes, Luís Felipe, *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo*, Coimbra, Livraría Almedina, 1989, pp. 54-5.

1152. Cfr. Pérez Luño, Antonio, "Las generaciones de derechos humanos", en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 10, 1991, p. 207.

235. Definición de derechos difusos

El tránsito de la defensa de las individualidades que tipificó buena parte de los códigos de fondo, hacia la tutela de los derechos difusos, obedece a contigencias claras que señalaron globalmente la crisis padecida. Una de ellas llega con la grave repercusión de las guerras mundiales, las que advierten cómo las individualidades eran incapaces de frenar las intemperancias de la conflagración. Tanto como le sucedió al Tratado de Versalles de 1919 que, bajo la Sociedad de las Naciones, no pudo impedir el sacrificio general de derechos y el furibundo envilecimiento de la dignidad humana.

El resurgimiento de los derechos del hombre viene con las Declaraciones Americana y Universal de mediados del siglo XX, que dan lugar a una nueva categoría de derechos: los derechos humanos, entre los que se encontraban los que se llamó "de la tercera generación". Estos, fueron destinados a tutelar una diversidad de conflictos de masa, una generalidad de perjuicios que no tenían un particular damnificado, sino a todo un grupo o categoría social.

Por eso suelen llamarse también intereses difundidos, expresando en consecuencia el aspecto de indeterminación, o propagación subjetiva del motivo a defender. Son los derechos a un ambiente sano y ecológicamente equilibrado, los derechos del consumidor de bienes y servicios, los derechos que provienen del arte, los derechos de las razas y de las culturas, entre otros notables por su dimensión.

Lo característico de ellos es que aparecen considerados en declaraciones sobre Derechos Humanos, pactos y convenciones internacionales; se trasladan después a las Cartas Fundamentales, y recién al final consiguen organizar un sistema autonómico de cobertura normativa. A veces, el pasaje en el último tramo es inverso. Se da primero la ley y después el reconocimiento constitucional.

La traspersonalización caracteriza el objeto, pero es la dimensión del grupo subjetivo lo que determina la verdadera noción de *difuso* o *colectivo*, pues entre ambos hay cierta identificación que confunde y corresponde esclarecer.

El derecho o interés difuso se identifica por corresponder a los sujetos de un grupo indeterminado. Mientras que los derechos de

incidencia colectiva (para adoptar el signado de la Constitución Nacional) reconocen y definen un sector particular del gravamen.

Por ello, resulta más correcto hablar de derechos o intereses cuya pertenencia es difusa o colectiva. En el primer grupo hallamos aquellos derechos que no tienen un titular efectivo, sino varios que tienen algo así como cuotas indeterminadas del interés que persiguen (*v. gr.* medio ambiente, ecología, salubridad, etc.). Mientras que son colectivos los que pueden protegerse a través de asociaciones o grupos que asumen la representación correspondiente del interés agraviado (*v. gr.* derechos del consumidor, defensa de la competencia, discriminación, etc.).

No obstante los límites son muy imprecisos y hasta resulta baladí establecer una diferencia entre las categorías.

Vigoriti, por ejemplo, establece distancias entre los intereses a partir de la organización dispuesta para ellos. Para el autor, son difusos aquellos intereses que tienen una posición de ventaja reconocida a ciertos particulares sin identificar; mientras que colectivos son los que tienen una representación adecuada.[1153]

> Una perspectiva diferente ofrece Bricola[1154] para quien los intereses difusos, que pueden coincidir con los intereses generales en cuanto a su extensión, se caracterizan por la fragmentación o pluralidades de situaciones subjetivas relativas a sujetos singulares. Mientras que los intereses colectivos son más acotados, al corresponder a una categoría, clase o grupo de sujetos, vinculados por una situación de conflicto con el poder económico.[1155]

Ahora bien, los derechos difusos requieren una construcción técnica que le permita superar la eficacia moral o declamativa de los enunciados teóricos.[1156] Para ello, deben precisarse como derechos

1153. Vigoriti, Vincenzo, *Interessi collettivi e processo. La legittimazione ad agire*, Milán, Giuffré, 1979, p. 17 y ss.

1154. Bricola, Franco, "La tutela degli interessi collettivi nel processo penale", en *Le azione a tutela di interessi collettivi*, Padova, Cedam, 1976, p. 133.

1155. Cfr. Colaço Antunes, Luís Felipe, *op. cit.*, p. 21.

1156. No es intención en esta obra construir un debate dialéctico sobre el concepto que expresan los derechos difusos, pero es conveniente alcanzar una noción mínimamente aceptable que defina su posibilidad de defensa ante los tribunales. El problema no es solo nominalístico porque encuentra imprecisiones que, en reiteradas veces, obstaculizan su acceso a la justicia. Por ejemplo, hay casos en que la dimensión del problema encuentra afectados directos e indirectos que pueden personalizarse, mientras que otros no tienen esa homogeneización de situaciones complicando la

antes que simples intereses, o bien, aceptar que hay intereses que por su cualidad merecen ser atendidos de inmediato sin importar el carácter que inviste la persona o el grupo que para sí los reclama.

Si fueran derechos fragmentados se mantendría la idea de personificación del interés, tal como sucede con el derecho subjetivo. Pues habría que superar la barrera ideológica de la pertenencia, tanto como del daño identificado. Si lo primordial de los derechos difusos es la indeterminación, significan un plus a la protección ya reconocida de ciertas situaciones o intereses.

Por tanto, los derechos difusos son preponderantemente derechos híbridos, que poseen un alma pública y un cuerpo privado, que trasciende el derecho subjetivo particular y extiende el campo de la protección pública. Son, en definitiva, intereses pluriindividuales de relevancia pública cuya forma más natural y corriente de representación es la asociativa.[1157]

---

asignación de legitimación procesal. Por tanto, para facilitar la obtención de una noción de interés de grupo debemos partir del concepto general de interés y de interés jurídico. De este modo, profundos estudios elaboran y ensayan propuestas diversas. Hemos preferido reseñarlas en el profundo trabajo de Bujosa Vadell, Lorenzo Mateo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Barcelona, Bosch, 1995, p. 69 y ss. que divide los criterios utilizados para definir en tres grupos: uno *objetivo*, que examina la calificación del bien como idóneo para ser objeto del interés del grupo. Es decir, determina la existencia de un interés grupal cuando existe aptitud para el disfrute general. Aquí se habla de bienes insusceptibles de apropiación exclusiva y respecto de los cuales el goce de los individuos o grupos no es limitado por el goce concurrente de otros miembros de la colectividad. El segundo criterio se llama *subjetivo*, advirtiendo que no hay titularidades específicas ni categorías determinadas, pues la defensa es colectiva y se practica a través del *ente exponencial* (que explicamos en el texto), o ente organizado. El nexo que une el grupo no es ya la existencia de un bien que pueda ser objeto de disfrute por un número indeterminado de personas, sino un factor eminentemente subjetivo: la conciencia de grupo entre estas personas, que las lleva a una unión más o menos estrecha. El tercero se llama *normativo*, y refiere a la existencia o no de un reconocimiento legal.

1157. Colaço Antunes, Luís Filipe, *op. cit.*, p. 23, sostiene que se trata de intereses comunitarios de naturaleza cultural no corporativos. La Corte de Casación italiana, en 1978 concretó como intereses difusos a aquellos que por la idoneidad del objeto a ser considerado en el ámbito exclusivamente individual –a causa de su naturaleza y del carácter de la normativa– se refieren no al sujeto como individuo, sino como miembro de una colectividad más o menos amplia, coincidente en el límite con la generalidad de los ciudadanos, dando lugar así a una pluralidad de situaciones jurídicas análogas.

236. Características de los derechos difusos

El reconocimiento constitucional fue el hecho normativo más importante en la lucha por obtener un espacio consolidado para los derechos difusos. El problema inmediato aparece en la coherencia que se espera con el sistema normativo inferior, las reglamentaciones consecuentes y los mecanismos locales de asistencia y protección.

La operatividad de los preceptos constitucionales es inmediata, pero la especificación de necesarias particularidades no puede postergarse. De todos modos, el problema en ciernes está en dar vida a los intereses jurídicamente protegidos, a cuyo fin obra en primer lugar resolver la legitimación procesal que tendrán estas asociaciones o grupos sociales.

En el plano de las subjetividades, el derecho difuso muestra que originariamente responde a un individualismo presente (es la idea de fraccionamiento o cuota del interés), aunque genéticamente es supraindividual para su desenvolvimiento. También es colectivo el derecho que ostenta, debiendo definirse las características de los grupos o asociaciones que lo representen. Ya sea determinada por un número prefijado de miembros y condiciones de asociación; o, en su caso, sin fijar requisitos y permitir la representación eventual.

También, los derechos difusos son esencialmente fungibles, en la medida que la tutela diferida es aceptada a particulares o asociaciones "que propendan a esos fines".

Se ha desacado de estos intereses su carácter *conflictual*, es decir, el carácter antagonista de estas situaciones jurídico materiales de ventaja frente a otros intereses ya reconocidos.[1158] Finalmente, por el espacio donde están situados, podemos sostener que son derechos participados en lo público y en lo privado, lo cual permite interpretar con mejor encuadre la relación entre grupos y entidades intermedias.

Lo público son los intereses, en cuanto dimensión cualitativa de las preocupaciones sociales. No se trata, en consecuencia, de la captación de los intereses individuales o colectivos que aspiran a concretar la defensa de los derechos colectivos o públicos, en su carácter de

1158. Bujosa Vadell, Lorenzo, *op. cit.*, 1995, p. 81, donde advierte la frecuencia como se da ese conflicto entre intereses. Por ejemplo, el ecologista en contraposición con los urbanizadores, la empresa, e indirectamente con los trabajadores de ambos, que sufren las consecuencias.

ciudadanos o miembros de la colectividad local o nacional, aunque pudieran hacerlo invocando un derecho subjetivo propio.[1159]

Las necesidades pueden ser individuales, es cierto; pero también lo es que, en el caso, fundamentalmente son colectivas o genéricas,[1160] y se integran al concepto de perdurabilidad de las situaciones aflictivas. Esto es, que aun siendo invocadas por uno solo de los afectados, existe un grupo también interesado por la magnitud de la crisis y su posible continuidad si la cuestión no se compone "para todos".

237. Diferencias con otros intereses

La formación de derechos difusos y su distancia respecto de otros de similar envergadura para reclamar la protección judicial o administrativa resulta necesaria a los fines de establecer una categoría de legitimación que evite confusiones en el acceso.

Va de suyo que referimos a intereses jurídicos, es decir, aquellos bienes que son protegidos por cualquier ordenamiento normativo y que surgen de la relación entre el individuo con la cosa pedida. Pero como esa precisión entre el derecho y la persona tradicionalmente se enfoca en la perspectiva de la pertenencia individual y el acceso a la justicia que favorece a quien acredita esa situación, hemos de asociar antes que el contenido de los intereses la supraindividualidad que presentan.

237.1 Los intereses colectivos

Este tipo de intereses corresponde a un conjunto definido de personas que se congregan en derredor de una unidad jurídica que los vincula. El que el interés pertenezca a muchos no quiere decir que se expanda a todos sin lograr identificar ni particularizar un solo

1159. Perez Luño, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 84. "Debe insistirse en que la titularidad de los derechos sociales no debe considerarse privativa de los grupos, sino que, como ya se ha indicado, puede corresponder también a los individuos. Ya que la función de los derechos sociales no es tanto la de hacer titulares de sus facultades a los grupos, sino más bien la de proyectar su titularidad al individuo que actúa y desarrolla su existencia concreta integrado en determinadas agrupaciones sin que, por tanto, sus intereses puedan marginarse por completo del bien colectivo".

1160. Colaço Antunes, Luís Felipe, *op. cit.*, p. 49.

interesado; tan solo significa que el interés radica en muchos, de modo tal que el problema a descifrar no es la existencia del mismo sino evidenciar la titularidad de quienes lo alegan para ver si tienen posibilidad jurídica de actuación procesal.

La tipología que presentan se ejemplifica a través de los sindicatos, los colegios o asociaciones profesionales, la familia, las sociedades, etcétera.[1161] La afectación que denuncian corresponde a una categoría, clase o grupos. Su particularidad, en orden a su protección y defensa, es que ofrecen matices distintos de cuando se examinan individualmente.

> En particular, cabe que cada interés de los que se suman al conjunto sea tutelable, pero razones de ineficacia o de dificultad sociológica práctica en la consecución de tales intereses en solitario, motivan que en el orden ministerial, aunque no formal, queden indefensos. Los mecanismos procesales del futuro deben responder a las exigencias de esta tutela diferenciada. Los conceptos de comunidad incidental, litisconsorcio, alcance y eficacia de la cosa juzgada y por supuesto, legitimación, deben superar su carga de obsolescencia.[1162]

Ahora bien, dentro de cada grupo es posible encontrar intereses particulares o comunes que deben distinguirse de los que los asocian.

El interés común se repite y es coincidente con el del conjunto, mientras que el colectivo es de todos y de los demás componentes del área donde se desenvuelven. El primero supone que cada miembro del grupo tiene un interés igual o muy similar al del resto, pero no impide que cada uno de ellos pueda intentar aisladamente satisfacciones personales; el colectivo, en cambio, restringe las posibilidades de la pretensión: solo se puede reclamar el interés en la medida que se aproveche a todos por la necesaria interdependencia que el grupo auspicia.

> Algunos autores sostienen que esta diferencia corresponde al hecho que, por un lado, existen intereses agrupados que son naturalmente individuales y por tanto divisibles, susceptibles de apropiación y goce diferenciado, pero que se unen por razones de conveniencia en la defensa; frente a otros que se integran como intereses de grupo (difusos

1161. Cfr. Pellegrini Grinover, Ada, "A problemática dos interesses difusos", en *A tutela dos interesses difusos*, San Pablo, Max Limonad, 1984, p. 30. Ver, Rivas, Adolfo Armando, *El Amparo*, Buenos Aires, La Rocca, 1984, p. 244.

1162. Almagro Nosete, José, *Constitución y Proceso, op. cit.*, p. 191.

> o colectivos) que vinculan a bienes de imposible apropiación individual. Son intereses de cada uno, es cierto, pero ninguno es particularmente dueño o titular exclusivo.[1163]

Vittorio Denti, oportunamente, dividió el campo de aplicación de los derechos difusos y los intereses colectivos. Mientras los primeros coparticipan del género común del "interés general" (o sea de aquellos que son insusceptibles de apropiación exclusiva pero que admiten titularidades colectivas o segmentadas); los restantes se inscriben en las llamadas "categorías" o "intereses de grupos". De este modo, el interés público no se diferenciaría del interés difuso por su objeto, sino por los sujetos a los que se imputan situaciones jurídicas que les conciernen.[1164]

Este llamado a la modernidad de las instituciones parece cumplir el art. 43 constitucional al reconocer la legitimación para obrar a un conjunto numeroso de personas asociadas en defensa de un derecho a la competencia, de consumidores, como usuarios o bajo una personalidad jurídica formalmente reconocida. Sobre este punto volvemos más adelante.

Por ahora es preciso señalar una fisonomía nueva entre los intereses colectivos que se incorporan a la Constitución Nacional. Ellos también admiten cierta clasificación, aunque baste indicarlos para darles operatividad y protección procesal efectiva.

En este sector pueden agruparse los llamados *intereses de serie*, los que no identifican portador alguno, ni siquiera método reconocido de abstracción y globalidad, sino que emergen de medias estadísticas, y se canalizan por los grupos que los referencian respondiendo al impacto que ellos provocan.

Una modalidad de ellos, aunque con matices que los singularizan, son los *intereses de categoría* (también llamados, *profesionales*), que se encuentran y determinan fácilmente por la actividad común que desempeñan quienes invisten la representación (por ejemplo, médicos, abogados, escribanos, ingenieros, arquitectos, etc.).

1163. Bujosa Vadell, Lorenzo, *op. cit.*, p. 97.

1164. Cfr. Saix, Edgardo Ignacio, "Acceso a la tutela de los derechos de incidencia colectiva dentro del nuevo texto constitucional", en *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, N° 7, 1994, p. 117, donde cita el trabajo de Denti.

Almagro los analiza como

> … *intereses sociales* (variante de los difusos), con la peculiaridad que cuando actúan, la tutela individual parece heroica ante el poderío del problema que enfrenta, siendo preferible esta acción del grupo para fortalecer la consecución de los fines de interés sectorial.[1165]

237.2 Los intereses legítimos

El interés legítimo reposa más en las circunstancias denunciadas que en la situación jurídica subjetiva que tenga el peticionante. Estos intereses no son derechos, pero intrínsecamente no muestran diferencias en la posibilidad de abrir la protección judicial.

Si observamos su funcionamiento en el proceso constitucional de amparo, se advierte la cualidad del acto lesivo para deducir del mismo la justicia concreta a aplicar, sin resolver la capacidad de postulación, o al menos, postergándola ante la evidencia del mejor derecho. El derecho administrativo fue quien comenzó el estudio programático de esta modalidad, siendo el ensayo de Nigro una exposición interesante para utilizarla en nuestra explicación.

Sostiene el profesor italiano que

> … el interés legítimo era entendido como un interés individual estrechamente conectado al interés público y protegido por el ordenamiento a través de la tutela jurídica de este último: una protección ocasional e indirecta. De este modo se tenía en cuenta la relación entre la posición del particular y la función de la administración pública, pero se reducía el interés del particular al mero accidente del interés público.[1166]

La evolución más reciente reposa en dos cuestiones: una examina la relación entre la posición y el ejercicio del poder administrativo y el interés material del individuo, entendido este último no solo como límite al poder sino como elemento que contribuye a la determinación en concreto del interés público; otro, amplía la visión de ese interés, no ya como instrumento procesal sino como garantía puesta a disposición de los titulares para la protección de los intereses.[1167]

1165. Almagro Nosete, José, *Constitución y Proceso*, *op. cit.*, p. 191.

1166. Nigro, Mario, *Giustizia amministrativa*, Bolonia, Il Mulino, 1979, p. 101. Ver Bujosa Vadell, Lorenzo, *op. cit.*, p. 35.

1167. Cfr. Bujosa Vadell, Lorenzo, *op. cit.*, p. 36.

En nuestro país, que solo atiende los reclamos de derechos subjetivos reconocidos a través del doble juego exigido de la *legitimación ad causam* y *ad processum*, se advierte cierta evolución que admite la calidad del *interés legítimo* como cuestión justiciable de atención merecida.

Uno de los casos más reconocibles fue "Ekmekdjian c/ Sofovich"[1168] que ratifica los intereses legítimos por sobre las pertenencias exclusivas, aunque se difumina el temperamento en causas posteriores.[1169] En la Constitución Nacional, el segundo párrafo del artículo 43 consolida la primera orientación citada, y si bien es cierto que pone en primer término al "afectado", inmediatamente indica otros "interesados directos" para acceder al amparo.

Este derecho a lograr la protección judicial está resguardado de manera positiva en el derecho al debido proceso adjetivo, y en el límite negativo que pone la posible o eventual indefensión, los cuales conducen al deber de convocar directamente al proceso de amparo a "toda persona" legitimada para ello, por poseer derechos e intereses

1168. CSJN, "Ekmekdjian c/ Sofovich" en LL, 1992-C, p.543 y ss. Este caso sirve para mostrar una faceta distinta del interés legítimo, no encapsulado en la órbita tradicional como se lo conoce. La Corte, siguiendo la distinción que realiza el derecho norteamericano, distingue entre "intereses materiales", "intereses ideológicos" e "intereses sobre la vigencia de las leyes". Destaca así los denominados en segundo término, que son aquellos que buscan la afirmación de principios morales o religiosos, y aunque *prima facie* no habilitan la instancia judicial (*standing*) si son triviales o insustanciales, esto no supone una exclusión absoluta cuando dichos intereses alcanzan suficiente fuerza y compromiso en la persona que la invoca. Esta admisión del "interés ideológico" como habilitante de la tutela judicial lo es, en el derecho comentado, para accionar en orden a revisar la acción u omisión de las agencias administrativas; y se adopta en el caso Ekmekdjian como derecho a replicar las ofensas proferidas por un programa de televisión que alteró los sentimientos de la comunidad católica argentina. Sostiene la Corte refiriéndose a la legitimación: "a diferencia de quien ejerce la rectificación o respuesta en defensa de un derecho propio y exclusivo, en los casos como el presente quien replica asume una suerte de representación colectiva, que lleva a cabo en virtud de una preferencia temporal, previo reclamo al órgano emisor de la ofensa, quien podrá excepcionarse de cumplir con otras pretensiones de igual o semejante naturaleza simplemente con la acreditación de la difusión de la respuesta reparadora" (considerando 25).

1169. Entre otras, ver CSJN, "Polino, Héctor y otro c/ Poder Ejecutivo", 07/04/1994, LL 1994-C, p. 291 y ss. con nota de María Angelica Gelli, *Reforma constitucional, control judicial y proceso democrático*. Se dijo aquí que "la condición de ciudadano no es apta en el orden federal para autorizar la intervención de los jueces a fin de ejercer su jurisdicción, por cuanto dicho carácter es de una generalidad tal que no permite tener por configurado el interés concreto, inmediato y sustancial que lleve considerar presente el requisito de la 'causa' o 'controversia' que habilita la función mencionada".

legítimos, para que logren constituirse en parte procesal y ejercitar el derecho al contradictorio.[1170]

Nosotros interpretamos que, frente a la duda, ningún interés podría ser causa de rechazo de la actuación jurisdiccional, de manera que ante la presencia de un hecho que efectivamente muestre visos importantes para la tutela diferenciada, ese interés practicado es un *interés jurídico* que no cabe postergarlo por cuestiones de titularidad.

En la provincia de Buenos Aires, un fallo ejemplar que por su voto emite el ministro Juan Carlos Hitters se ocupa del problema de la legitimación en el proceso contenciosoadministrativo.

Sostiene allí, siguiendo a Parada Vázquez que

> … el término *derecho* no está contemplado en sentido técnico como derecho subjetivo contrario a interés legítimo. A la inversa, la ley emplea tal expresión como sinónimo de "regla o norma jurídica de carácter administrativo, opuesto a norma o regla de derecho civil". Tal sentido se recoge en la observación del codificador en la misma nota 1 –comentando la ley 1888–, cuando dice que para que haya una cuestión que produzca una acción contenciosoadministrativa es *indispensable que ese derecho sea administrativo, es decir, regido por el derecho administrativo y no por el derecho político, el derecho civil, el derecho penal, etc*.[1171]

En este sentido, otro precedente dictado por el mismo tribunal –al que remite el voto de Hitters– dijo que

> … la circunstancia de tratarse de situaciones jurídicas que no revisten el grado de exclusividad impuesto por la doctrina tradicional para otorgar justiciabilidad a la causa, conduciría a negar esta protección jurisdiccional a quienes, incluidos en el ámbito de una legislación policial –específicamente limitaciones a la propiedad privada impuestas en el interés público– se ven compelidos al cumplimiento de las obligaciones consagradas sin posibilidad de lograr por esta vía su exigibilidad frente al municipio ni de cuestionar la legitimidad de sus actos en la aplicación de la misma.[1172]

1170. Gozaíni, Osvaldo, *El Derecho de Amparo*, Buenos Aires, Depalma, 1995, p. 15.

1171. Causa B.55.392, "Rusconi, Oscar c/ Municipalidad de La Plata s/ demanda contencioso administrativa", en *Actualidad en el derecho público*, N° 2, septiembre - diciembre de 1995, p. 23 y ss.

1172. Causa B 47.764, "Fernández Arrese", 20/05/80, DJBA, 119:485; y especialmente causa B 49.544 "Thomann", 07/12/84, disidencia del Dr. Héctor Negri.

En ambos casos, el interés legítimo del *vecino* recibe una adecuada ponderación, abriendo surcos en el lineal trazado de la legitimación procesal, y dando fundadas esperanzas para concretar un acceso efectivo a la justicia.[1173]

En España, por ejemplo, los casos de legitimación vecinal suponen un punto intermedio entre la legitimación basada en un interés directo y la legitimación popular. La diferencia es poco perceptible pero se constata en los resultados del pleito, cuando el vecino puede lograr beneficios particulares en razón de su proximidad con los intereses tutelados.

237.3 Los intereses simples

Tradicionalmente esta categoría de intereses ha sido despojada de protección judicial efectiva con el argumento de que no tiene un derecho personal y directo que defender, en razón de que manifiestan un *simple* perjuicio que, *prima facie*, no está legalmente protegido.

La transmisión procesal, o en otros términos, el medio como se dan a conocer, es la denuncia o la queja, y la receptividad que tienen depende, en gran medida, de las facultades jurisdiccionales que se quieran disponer. Estos intereses relegados por no encontrar un *tutor adecuado*, o el *locus standi* o *standing* del derecho anglosajón, no consiguen identificar a la parte procesal.

Desde la perspectiva del derecho privado se suscita un cambio importante. Mientras un sector de la doctrina piensa que solo ostentan posibilidad jurídica de reclamo los intereses jurídicamente protegidos; otros sostienen que existen intereses que trascienden la esfera individual que pueden reclamarse.

No se trata de intereses repugnantes al derecho; su goce es lícito, aunque su pretensión no es exigible. Se los denomina intereses simples en contraposición a los intereses legítimos jurídicamente protegidos.[1174]

Constituyen una reacción contra el *corset* predispuesto por la doctrina del derecho subjetivo, que afirmado en el pensamiento de

1173. Sería bueno recomendar que este valioso precedente fuera complementado con una proyección del interés legítimo a cuestiones que trasciendan lo económico, dándole suficiencia cuando la índole sea moral o de gravedad suficiente para la respuesta judicial.

1174. Zannoni, Eduardo, "Derecho subjetivo e interés simple en la responsabilidad civil", en la obra conjunta de homenaje a Isidoro H. Goldenberg, *La responsabilidad*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1995, p. 105.

Josserand entiende que quien reclama una indemnización solo puede hacerlo si justifica la lesión, el perjuicio y la legitimidad del reclamo.

Se pretende con la nueva orientación alentar una variable justa y equilibrada entre los conceptos de responsabilidad, por el cual un interés simple pueda tener recepción como pérdida de un derecho que tenía probabilidades de ejercerse, pero que de hecho se frustró por la relación causal que le precede.

Es el campo que explica el concepto de *chance*, de manera que resulta razonable afirmar que "en tanto el interés jurídico legalmente protegido es el contenido del derecho subjetivo, el interés simple es el contenido de la chance".[1175]

Por otra parte, es la corriente que inspira un prestigioso grupo de autores que abandona la premisa de tener a la responsabilidad como castigo de las conductas desviadas, para definir como temperamento guía el que la dimensión del daño trasciende las individualidades para convertirse en un verdadero problema colectivo.

El daño social se ejemplifica con hechos concretos del obrar ajeno. Son expresiones del mismo aquellos que vulneran la confiabilidad y credibilidad de las personas en el mercado; la falta de respaldo cierto de una entidad bancaria que lo publicita como tal; la falta de idoneidad de servicios profesionales, cuando precisamente se ofrecen aptitudes especiales; los cambios abruptos de políticas eonómicas; la vulnerabilidad de transparencia del mercado, etcétera.[1176]

El daño resarcible en la visión tradicional se explaya cuando existen responsabilidades subjetivas; ahora, los intereses dinamizan una expresión novedosa: son los factores de atribución los que revelan la posibilidad jurídica de actuar.

238. La protección constitucional de los derechos difusos

De acuerdo con lo expuesto, cabe interpretar el sentido que la Constitución adopta para el plexo de derechos y garantías reconocidos como "derechos de incidencia colectiva" que, estrictamente, no

1175. Ibídem, p. 109.

1176. Cfr. Ghersi, Carlos, *Modernos conceptos de responsabilidad civil*, Mendoza, Ediciones Jurídicas Cuyo, 1995, p. 32.

pertenecen a la categoría de difusos, sino al grupo de los intereses colectivos. Sin embargo, como generaliza la proyección del daño hipotético, podemos visualizar la posición en este sector.

En efecto, el derecho difuso o "fragmentado" admite más de un titular o ninguno. Aparece algo así como un bien indivisible que permite cuotas identificadas en cada afectado. Estos últimos se hallan en unión tal que la satisfacción de uno solo implica, en principio, la del grupo; así como la afectación a uno solo lo es también a la clase.[1177]

La cuestión trasciende un purismo metodológico, porque surgen de ella opciones de caracterización. Es decir, el interés difuso puede ser un *interés jurídicamente protegido* o un *derecho subjetivo –público o privado–*[1178]; el primero responde a un derecho cuya consagración depende de la satisfacción que se le otorgue; en cambio, el derecho subjetivo tiene además del correlato "obligacional" (derecho subjetivo privado) el "poder-deber" público de ampararlo (derecho subjetivo público).

La referencia demuestra que los derechos difusos encuadran en la categoría de derechos subjetivos, en la medida que el artículo 43 de la Constitución Nacional los enlaza como "derechos subjetivos públicos" que tienden a proteger el orden, la seguridad, la paz, el poder, la solidaridad, la cooperación, la justicia social, y todo el descriptivo material que menciona el párrafo segundo de la norma.

La diferencia puede hallarse en que dentro de estos intereses colectivos aparecen posiciones distintas de los grupos o de las personas. A veces, esa conjunción puede afectar al sector más amplio y repercutir indirectamente en los individuos, situación que genera indiferencia en los segundos y dificultades de legitimación para el primero (por ejemplo, los daños al ambiente son cuestiones generales de contenido público que debieran ser de interés absoluto; sin embargo, está visto que quien no está directamente afectado no presta colaboración ni asistencia, debiendo entonces la justicia acudir en salvaguarda de estas omisiones).

En otras, el interés puede siquiera existir individualmente, pero estar inmerso en la dimensión de los derechos fundamentales para el hombre. Podría ser el *plus* que la Constitución asigna y ofrece a todos

1177. Barbosa Moreira, José Carlos, "La legitimación para la defensa de los intereses difusos en el derecho brasileño", en *Revista Jus*, La Plata , N° 34, p. 61.

1178. Barrios de Angelis, Dante, *Introducción al estudio del proceso*, Buenos Aires, Depalma, 1983, p. 129. Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *La Justicia Constitucional*, Buenos Aires, Depalma, 1994, p. 171.

los habitantes de un país y que no requiere de titulares específicos para su protección. Es también la medida que el texto fundacional propicia rescatar y hacer valer como una suerte de promoción y progresividad justa para el desarrollo de los derechos, antes que congelarlos en la interpretación del derecho a ser reparado por el desconocimiento o la lesión producida por la inobservancia.

De ahí, entonces, la imperiosa necesidad de asegurar su adecuada y efectiva preservación utilizando los medios instrumentales correspondientes, entre los cuales el amparo se muestra en primer lugar.[1179]

En suma, podemos afirmar que el derecho de amparo, como tutela judicial efectiva, supone impedir la negativa de acceso a cualquier persona interesada en preservar un interés jurídico determinado, por el solo hecho o la única razón de no tener atribuido de modo exclusivo el derecho al proceso.

La equiparación comentada entre derechos difusos e intereses colectivos, a pesar de sus diferencias, asume un sentido más abstracto que no se detiene en el juicio previo de relación entre un grupo de sujetos y un bien determinado –salud, habitación, medio ambiente, etcétera–, sino, antes bien, prioriza el control de ciertas posiciones económico-jurídicas que refieren e interesan al conjunto de peticionantes.

De colegir este temperamento, queda por señalar las condiciones y características que deben asumir los grupos o clases indicados por la Constitución Nacional.

239. Las asociaciones de defensa de los derechos difusos

Indica el art. 43, al finalizar el primer párrafo, de la Carta Magna de nuestro país, que pueden deducir la defensa de amparo: "las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

Esta es una de las posibilidades de representación tutelar, que se integran a un modelo anticipado de legitimaciones factibles como veremos más adelante.

1179. Gozaíni, Osvaldo, *El Derecho de Amparo*, *op. cit.*, p. 86.

La definición constitucional decide la suerte constitutiva de estos organismos intermedios: *solo aquellos legalmente* constituidos serán reconocidos para la defensa de los derechos de incidencia colectiva. Este es un espacio propio del campo ocupado por la llamada "representación adecuada".

Vale decir que si adoptamos el nominado por la Constitución Nacional y se cuadran los derechos que se pueden representar por: a) el sujeto afectado; b) el usuario o consumidor en iguales condiciones; c) cualquiera que promueva acción de amparo relativo a los derechos que protegen al ambiente, d) defensa de la competencia, y en general, e) todos los ejercicios destinados a tutelar derechos de incidencia colectiva, se podrá constatar que el listado del artículo 43, constitucional es restrictivo y urge solucionarlo.

Dicho esto, porque la legitimación procesal se acuerda al afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que institucionalmente estén registradas conforme a la ley con un objeto compatible con los fines de protección.

Observemos este contexto con el que trae el actual Código Civil y Comercial, y pronto se advertirá el déficit que ocasiona haber dejado sin resolver los derechos de incidencia colectiva en sus dos manifestaciones. Sean como derechos que tienen por objeto bienes colectivos de pertenencia indiscriminada, como los derechos de incidencia colectiva relacionados con intereses individuales homogéneos, tal como se habían insinuado en el considerando nueve (9) del caso "Halabi".

Con acertada precisión María José Azar afirma que

> El art. 14, tanto en su versión original del Anteproyecto, como del proyecto actual, fieles a la tradición de los países de derecho civil han continuado en la senda de la calificación de derechos, y no de las situaciones conflictivas. La nueva redacción, por sí sola, no genera problemas ya que la tendencia era de considerar los derechos de incidencia colectiva como un género con sus dos especies, los derechos individuales homogéneos y los intereses difusos. Sin embargo, en el Anteproyecto se recepciona la trilogía de derechos, conforme al caso "Halabi", sin haberse seguido por lo tanto la denominación utilizada por dicho fallo que distinguió entre los derechos de incidencia colectiva que versan sobre bienes colectivos y sobre bienes individuales homogéneos. Por su parte, el Anteproyecto reservó la terminología "derechos de incidencia colectiva" para el primer subtipo de derechos,

> el de los también llamados intereses difusos, por ejemplo, por la legislación brasileña. Sin embargo, tal distinción terminológica no conlleva otras consecuencias que las semánticas, al volver sobre una cuestión que parecía zanjada. Lo importante es que dicha clasificación triple despejaba toda posible duda sobre el alcance de la protección a la vez a los derechos divisibles e indivisibles. A partir del art. 14 del Anteproyecto, habría podido concluirse positivamente acerca de la inclusión de dos especies de derechos colectivos *lato sensu*: los derechos individuales homogéneos y los difusos.[1180]

Es cierto que el párrafo final del artículo 14 dice que: "La ley no ampara el ejercicio abusivo de los derechos individuales cuando pueda afectar al ambiente y a los derechos de incidencia colectiva en general", pero es una expresión insuficiente para esclarecer quiénes pueden adquirir legitimación y cómo se pueden representar estos derechos. Para el caso, pareciera que siguen tratando el conflicto como un problema individual que se torna intolerable para la sociedad, pero no le dan herramientas a esta para que actúe en su defensa.

En los capítulos y secciones anteriores se ha tenido oportunidad de verificar la defensa de los derechos a partir de la titularidad en la relación jurídica, encontrando ampliaciones de cobertura legal a cierto tipo de intereses que han sobrellevado la participación en el proceso de otros en calidad de sujetos intervinientes, simples interesados, terceros, o en la amplia configuración del concepto de "parte".

De ahora en adelante se propone no mirar la cara del afectado, y considerar que este sea el derecho. Es decir, el derecho afectado otorga legitimación a quienes representan ese colectivo que sufre el impacto.

Quizás la propuesta no sea revolucionaria, porque la idea de tener legitimación por representación, que en otras legislaciones se conoce como representación "virtual o legal"[1181] no es nueva al reconocer su origen en la representación de obreros por conjuntos agrupados bajo una forma asociativa de defensa al sector.

1180. Azar, María José, "Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de una supresión", en *Revista Derecho Privado*, Año I, N° 2, Buenos Aires, Infojus, 2015, p. 259.

1181. Gómez Abelleira, Francisco, "La reforma de las garantías subjetivas de la negociación colectiva: legitimación negocial y comisión negociadora", en García Perrote, Ignacio; Mercader, Jesús (directores), *La reforma de la negociación colectiva*, Real Decreto Ley 7/2011 del 20 de junio, Valladolid, Lex Nova, 2011, p. 129 y ss.

Es una conexión con la representatividad global y una delimitación en sectores que bajo la forma de sindicatos, y delegaciones específicas (por ejemplo, en cada empresa) permiten confirmar actuaciones ejercidas por todos, como es la negociación colectiva, en beneficio de cada integrante del sector.

Asimismo es la télesis que fomenta la legitimación de asociaciones o la que se verifica en instituciones puntuales como el Defensor del Pueblo. Y, de igual modo, muestra restricciones cuando se invoca el interés general de quien invocando esa representación adquirida del conjunto de la sociedad, judicializa problemas colectivos (*v. gr.* legitimación de legisladores).

En suma, de lo que se trata a continuación es de definir con presuntuoso afán de claridad, el rol que ejercen los organismos que se arrogan legitimaciones por representación de derechos, los que pueden vincular a grupos, personas, sectores sociales, o intereses de todos sin que ninguno tenga más que un interés jurídicamente relevante.

239.1 Las asociaciones de usuarios y consumidores

Indica el artículo 43, al finalizar el primer párrafo, de la Carta Magna de nuestro país, que pueden deducir la defensa de amparo "... las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización".

Esta es una de las posibilidades de representación que se integran a un modelo anticipado de legitimaciones factibles. La definición constitucional decide la suerte constitutiva de estos organismos intermedios: solo aquellos legalmente constituidos serán reconocidos para la defensa de los derechos de incidencia colectiva. La Ley N° 24240 (de Defensa del Consumidor) contiene un precepto específico que califica la legitimación adquirida por estas agrupaciones.

El artículo 55 dice:

> Legitimación. Las asociaciones de consumidores y usuarios constituidas como personas jurídicas reconocidas por la autoridad de aplicación, están legitimadas para accionar cuando resulten objetivamente afectados o amenazados intereses de los consumidores o usuarios, sin perjuicio de la intervención de estos prevista en el segundo párrafo del artículo 58 de esta ley...

El artículo 56 agrega:

> Autorización para Funcionar. Las organizaciones que tengan como finalidad la defensa, información y educación del consumidor, deberán requerir autorización a la autoridad de aplicación para funcionar como tales. Se entenderá que cumplen con dicho objetivo, cuando sus fines sean los siguientes:
> a. Velar por el fiel cumplimiento de las leyes, decretos y resoluciones de carácter nacional, provincial o municipal, que hayan sido dictadas para proteger al consumidor;
> b. Proponer a los organismos competentes el dictado de normas jurídicas o medidas de carácter administrativo o legal, destinadas a proteger o a educar a los consumidores;
> c. Colaborar con los organismos oficiales o privados, técnicos o consultivos para el perfeccionamiento de la legislación del consumidor o materia inherente a ellos;
> d. Recibir reclamaciones de consumidores y promover soluciones amigables entre ellos y los responsables del reclamo;
> e. Defender y representar los intereses de los consumidores, ante la justicia, autoridad de aplicación y/u otros organismos oficiales o privados;
> f. Asesorar a los consumidores sobre el consumo de bienes y/o uso de servicios, precios, condiciones de compra, calidad y otras materias de interés;
> g. Organizar, realizar y divulgar estudios de mercado, de control de calidad, estadísticas de precios y suministrar toda otra información de interés para los consumidores. En los estudios sobre controles de calidad, previo a su divulgación, se requerirá la certificación de los mismos por los organismos de contralor correspondientes, quienes se expedirán en los plazos que establezca la reglamentación;
> h. Promover la educación del consumidor;
> i. Realizar cualquier otra actividad tendiente a la defensa o protección de los intereses del consumidor.

Guarda interés en la definición de los requisitos que deben acreditar estas asociaciones para la defensa de intereses colectivos, acudir al reglamento hecho por el art. 57 de la ley que venimos citando:

> Requisitos para obtener el reconocimiento. Para ser reconocidas como organizaciones de consumidores, las asociaciones civiles deberán acreditar, además de los requisitos generales, las siguientes condiciones especiales:
> a. No podrán participar en actividades políticas partidarias;

b. Deberán ser independientes de toda forma de actividad profesional, comercial y productiva;
c. No podrán recibir donaciones, aportes o contribuciones de empresas comerciales, industriales o proveedoras de servicios, privadas o estatales, nacionales o extranjeras;
d. Sus publicaciones no podrán contener avisos publicitarios.

Para que las entidades intermedias califiquen y puedan representar al grupo afectado, es preciso anotar que el concepto no es igual a la idea de organización para la tutela de un interés público genérico. Por eso, trasciende el sentido de colectividad clásicamente ejemplificado en la familia, la escuela, la iglesia, los sindicatos o los partidos políticos. Se propicia otorgarles una representación amplia, especializada, por la cual puedan generar acciones de defensa de derechos particulares llamados por la Constitución como de incidencia colectiva.

No obstante aún se encuentran sin reglamentar las pautas y formas de organización, aunque el sistema dictado para los consumidores –que es uno de los derechos protegidos por el artículo 43, constitucional– resuelve parte del problema.[1182]

Por su parte, el Decreto Reglamentario Nº 1798/94 dispone en el art. 52 que se requerirá a las asociaciones de consumidores legalmente constituidas carta poder para reclamar y accionar judicialmente, exceptuándolas de tal requisito en aquellos casos en que actuaren en defensa de un interés general de los consumidores.

De este modo quedarían relegados aquellos entes intermedios que supongan simple reunión de interesados, en forma natural y espontánea, y con finalidades precisas, pero a las que les falta el recaudo de la continuidad institucional y la organización dispuesta.

La importancia que tienen para el Derecho Procesal estas formas de asociación específicas es trascendente pues les otorga una capaci-

1182. Lorenzetti, Ricardo, *Defensa del Consumidor - Ley 24.240*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1994, p. 400. La ley dispone que las asociaciones de consumidores se deben constituir como personas jurídicas para obtener la autorización administrativa pertinente para funcionar como tales. Por tanto admite su validez siempre que estén registradas y el objeto societario esté acotado por los fines dispuestos en la generalidad de los intereses que protege.

dad jurídica y un instrumento –garantía– para su funcionamiento y actuación ante la justicia –judicial o administrativa–.[1183]

Al mismo tiempo, se crean nuevos límites subjetivos, jurídicamente relevantes, a la hora de proyectar las consecuencias de una decisión. Esta extensión de la capacidad jurídica a los sujetos privados –individuos y asociaciones– *no personalmente perjudicados*, es la verdadera revolución del concepto de legitimación para obrar.[1184]

Claro está que cada asociación atiende intereses colectivos distintos. El caso de los consumidores no se presta a confusiones, pues el objeto de tutela se destina a intereses pluriindividuales homogéneos, donde los provechos de los partícipes son individuales, coincidentes y aunados en el grupo. Por ello, esta clase de pretensiones no impide la que deduzca el consumidor a título individual, o a través de la asociación.

Ejemplo de ello es el artículo 1102 del Código Civil y Comercial que expresa: "Acciones. Los consumidores afectados o quienes resulten legalmente legitimados pueden solicitar al juez: la cesación de la publicidad ilícita, la publicación, a cargo del demandado, de anuncios rectificatorios y, en su caso, de la sentencia condenatoria".

La mutua interdependencia de los intereses –difusos, individuales, pluriindividuales, etcétera– confronta la vinculación y unidad que debe implementar el sistema jurídico respectivo, pues ya no radica únicamente en sujetos conocidos y directamente afectados los que reclamarán por las reparaciones, sino también, un nuevo cuadro de legitimados activos con personalidad jurídica suficiente.[1185]

1183. González Cano, María Isabel, *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2002, p. 134 y ss. El Tratado de Maastricht (art. 129 K) promueve una multiplicidad de acciones para tutelar la defensa de usuarios y consumidores, asumiendo la necesidad de otorgar un reconocimiento genérico a las asociaciones para que obtengan legitimación procesal inclusive a nivel transnacional. De igual preocupación es el problema del modelo procesal, porque se destaca la necesidad de definir las normas fundamentales para un proceso colectivo. Por eso –dice González Cano– el *Plan de Acción sobre el acceso de los consumidores a la justicia*, elaborado por la Comisión Europea, de fecha 12/02/1996, incide especialmente, al auspiciar fórmulas procesales similares a las *class actions* anglosajonas.

1184. Cappelletti, Mauro, "Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil", en *Boletín Mexicano de derecho comparado*, nueva serie, año XI, N° 31-32, enero-agosto de 1978, p. 19.

1185. Azar, María José, "Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de una supresión", *op. cit.*, p. 245.

En consecuencia, a los fines de la legitimación procesal y, del efectivo acceso a la justicia, no basta con el registro y aceptación de personería; porque se debe agregar una fórmula mínima de sustento a estas proyecciones del derecho subjetivo que, siendo diferentes, resultan bastantes para otorgar un tratamiento diferenciado.[1186]

239.2 Condiciones adicionales al registro institucional

Estas exigencias distintas a las que supone cumplir con el principio de legalidad (*v. gr.* organización especial; estatuto; inscripción y registro aprobado) son las que confunden, porque a partir del caso "Halabi"[1187] la Corte Suprema de Justicia de la Nación comenzó a definir la diferencia entre actuar con legitimación en la defensa de derechos individuales

---

El problema de la definición es una constante en esta disciplina, al punto que se habla de un "bizantismo conceptual" expresado en las distintas voces como se conocen este tipo de intereses. Por ejemplo, pueden ser colectivos, difusos, de categoría, de grupo, sectoriales, supraindividuales, etc., sin que tenga demasiada incidencia cuando se trata de reconocer la aptitud para estar en juicio. En definitiva, la legitimación procesal puede tener el riesgo de requerirse desde la norma (como parece indicar el contenido del art. 43 de la Constitución Nacional, al exigir "asociaciones registradas") y cancelar así sus posibilidades de desarrollo; o presentar un reconocimiento normativo que sin darles un esquema predispuesto, admita la actuación de los intereses asignándoles suficiente capacidad jurídica.

María José Azar lo dice con mucha claridad: "... La utilización de la voz 'derechos de incidencia colectiva', introducida por primera vez por la última reforma constitucional, constituye una fórmula original, desapegada de las más conocidas hasta entonces 'derechos o intereses colectivos y difusos' e incluso de la terminología brasileña que agrega la categoría de 'derechos pluriindividuales homogéneos', para distinguirlos de aquellos a los que define como 'supraindividuales'. Tanto el problema de falta de armonización terminológica como la carencia de homogeneidad en el tratamiento de dichos intereses provocaron un agudo interés de la doctrina, que ha consagrado numerosos estudios, jornadas y congresos al tema buscando establecer bases sólidas sobre las cuales pueda evolucionar la materia".

1186. González Cano, María Isabel, *La tutela colectiva de consumidores y usuarios en el proceso civil, op. cit.*, p. 136. Es decir que, la existencia del interés no puede quedar condicionada normativamente –como afirma el citado autor–. Ello sería contraproducente por dos motivos. En primer lugar, porque el legislador se vería obligado a una ingente y casuística labor normativa para hacer frente a todos y cada uno de los fenómenos derivados de la realidad socio-económica. Y en segundo lugar, porque no se podría acotar materialmente dicho surgimiento de fenómenos socio-económicos que dan lugar a situaciones de interés.

1187. CSJN, Fallos: 332:111.

homogéneos, respecto de otras acciones destinadas a la protección de bienes colectivos, disponiendo especialmente tres condiciones.

Estos presupuestos refieren a la necesidad de coincidir el efecto expansivo del perjuicio a partir de una causa fáctica común. No interesa tanto que exista un daño individual porque importa más la proyección del daño hacia el colectivo identificado, que se iguala en el derecho individual homogéneo.

La segunda condición persigue abrir un proceso colectivo cuando la pretensión procesal tenga previsto conseguir esta suerte de efecto *erga omnes*, mejor trazada en el campo del efecto expansivo de la cosa juzgada al grupo. Es decir, promover una demanda en nombre de varios que, en soledad, no entablarían una acción procesal por su nimiedad.

Precisamente, este es el tercer requerimiento, la constatación de que el ejercicio individual no aparece plenamente justificado. El plano podríamos cerrarlo dentro del esquema de los hechos que dan lugar al proceso colectivo: Unidad fáctica, homogeneidad de la afectación y mínima posibilidad de reclamos individuales o en litisconsorcio.

En consecuencia, la sola mención de proteger un derecho de usuarios y consumidores no sería bastante para la asociación registrada y aprobada, si no consigue hilvanar con las características de los hechos.

Tiene que haber una causa única y de efectos continuos perniciosos al grupo o colectivo, donde lo fundamental es encontrar los "afectados" que tienen una cuestión común y homogénea que permite proyectar la sentencia hacia todos quienes se encuentren alcanzados.

239.3 Evolución jurisprudencial

La evolución de la jurisprudencia cimera en nuestro país, entiendo, confunde reiteradamente cuestiones de legitimación con presupuestos procesales de pertinencia. Después de la repetida causa "Halabi", fueron varias las sentencias que procuraron despejar las incertidumbres creadas, producidas, sobre todo, por tratar de encuadrar dentro de un modelo de proceso colectivos requerimientos de certificación de clase propios de las *class action* americana, que no son afines con nuestro modelo de legitimación para obrar.

En la causa "Padec c/ Swiss Medical",[1188] a las verificaciones anunciadas se abrió una ventana cuando se sostuvo que la acción colectiva:

> También procederá cuando, pese a tratarse de derechos individuales, exista un fuerte interés estatal en su protección, sea por su trascendencia social o en virtud de las particulares características de los sectores afectados (Considerando 10).
> En suma, la Corte deja sin efecto la sentencia que había hecho lugar a la excepción opuesta por la demandada que consideró que la asociación actora no estaba legitimada para demandar a la empresa de medicina prepaga pues de no reconocérsele legitimación procesal se produciría una clara vulneración del acceso a la justicia, ya que no aparece justificado que cada uno de los afectados del colectivo involucrado promueva su propia demanda puesto que la escasa significación económica individual de las sumas involucradas permite suponer que el costo que insumiría a cada usuario accionar en forma particular resultaría muy superior a los beneficios que derivarían de un eventual pronunciamiento favorable.

Tiempo después, se resuelve ratificar el criterio restrictivo en "Cavalieri, Jorge y otros c/ Swiss Medical SA",[1189] donde al comentar la sentencia advertimos que la homogeneidad del perjuicio no es suficiente para la representación en juicio, porque eso es indiferente a las reglas de la capacidad y representación procesal.

La Corte, por eso, confirmó la sentencia que rechazó *in limine* la demanda de amparo entablada por una asociación de consumidores contra una empresa de medicina prepaga, a fin de que provea de equipos de ventilación mecánica y accesorios para el tratamiento del "síndrome de apnea obstructiva severa" a todos sus afiliados que padezcan dicha enfermedad y requieran tratamiento.

La denegatoria de legitimación la justificó diciendo:

> No concurre el presupuesto mencionado en el precedente "Halabi" respecto a la verificación de una causa fáctica común, toda vez que la asociación no ha logrado identificar la existencia de ese hecho –único o complejo– que cause una lesión a una pluralidad relevante de sujetos, y de las constancias de la causa y de los dichos de los actores surge que el afiliado solicitó la provisión del equipamiento, necesario para el tratamiento de la afección que padece, y que la demandada no dio respuesta

1188. CSJN, Fallos: 336:1236.

1189. CSJN, Fallos: 335:1080.

> a su reclamo, por lo que no se advierte que la situación planteada lesione intereses individuales homogéneos que la asociación pueda válidamente defender, al no extraerse siquiera de manera indiciaria la intención de la prepaga de negarse sistemáticamente a atender planteos de sus afiliados semejantes a los del requirente.

Esta decisión puso un alerta para que no se confundiera al proceso colectivo con una especie de acción popular por la que toda persona, invoque o no un perjuicio propio, asuma la representación de un derecho vulnerado buscando su restitución o reparación.

Es que, en materia de usuarios y consumidores, la representación no es procesal, sino sustancial, como veremos de inmediato.

239.4 Representación adecuada

En efecto, cuando hablamos de representación en materia de procesos de grupos hay dos caminos posibles. Por uno se transita el permiso de representación abierta que tolera defender el derecho sin mirar quién lo denuncia. Es lo que se llama atender el *ente exponencial*, donde el sentido de la tutela apunta a remediar el derecho en crisis.

Por otro, se recorre el sentido americano de la *adecuacy of representation* que supone mucho más que tener representación suficiente. Quien represente debe cumplir estándares (*standing to sue*) que asimilan aspectos procesales del mandato y reglas necesarias de la legitimación para obrar.

Uno y otro mecanismo dejan de lado la representación convencional, siendo evidente que en la doctrina de la Corte la representación adecuada atiende más la cualidad de los hechos denunciados que a las personas que invocan la petición judicial.

En consecuencia, no se debe hacer ningún paralelo entre la representación procesal derivada del mandato civil y la asistencia letrada necesaria para estar en el proceso, respecto del concepto de representación adecuada, donde se fusiona la idea con la legitimación procesal.

> Se observa en varios proyectos, como en la propia jurisprudencia, un error frecuente consistente en la identificación de las *class actions* con las acciones colectivas en defensa de derechos individuales homogéneos. Ahora bien, las acciones de clase, según están reguladas por la Regla 23 FRCP conciernen las dos hipótesis, con previsiones tanto

> respecto de acciones en materia de *injunctions* (que versan frecuentemente sobre remedios indivisibles, por ejemplo las *civil rights class actions* en materia de discriminación así como también las *limited fund class actions* en materia de fondos limitados de parte del demandado lo que exige un tratamiento equitativo respecto de todos los miembros, independientemente del carácter divisible de sus derechos) y las más conocidas *class actions for damages*, destinadas a obtener una indemnización para cada uno de los miembros de la clase.[1190]

En el caso "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c/ Citibank NA"[1191] la Corte comienza a elaborar una línea ideológica que no parece demasiado precisa, aunque no se puede desconocer la definición que comienza para la representación colectiva.

Para comenzar esta línea algunos sugieren que se debe

> Construir un concepto totalmente nuevo de legitimación, ideológica más que jurídica: de allí que surja el concepto de ideological plaintiff o demandante ideológico, que porta el interés colectivo, de grupo o de clase, y que se funda en la necesidad de superación del garantismo individualista y de nacimiento de un nuevo tipo, social o colectivo, concebido como salvaguardia, no solo del individuo en un proceso individualista, sino de los nuevos grupos y cuerpos intermedios. Para evitar abusos, el portador deberá ser cualificado o sometido a una selección. Debe ostentar una "representatividad adecuada", de manera que si la parte ideológica es representativa de toda la clase o grupo a la que aquel interés corresponde, será perfectamente legítimo que el proceso desarrolle sus efectos también respecto de las partes ausentes.[1192]

En tal sentido, es evidente que en Latinoamérica el criterio para comprender cuanto significa "representación adecuada" es absolutamente asimétrico. Cada cual tiene una mirada distinta. Algunos quieren proteger los derechos sin mirar quién los representa; otros abren la puerta cuando la "clase" que se presenta tiene un portavoz adecuado; también están los que piden condiciones institucionales de

1190. Azar, María José, *Los derechos de incidencia colectiva en el Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación. Comentario de una supresión*, *op. cit.*, p. 256.

1191. CSJN, "Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c. Citibank NA s/ ordinario" C. 434, L. XLVII.

1192. Aguirrezabal Grünstein, Maite, "El control de la representatividad adecuada de las asociaciones de consumidores en el ejercicio de las acciones colectivas", en *Revista de Derecho*, Valdivia, Vol. XXIII; N° 2, diciembre de 2010, pp. 175-196.

organización y respaldo para actuar en un proceso colectivo; y obran asimismo en este cuadro, superficial y ejemplificativo, los que usan criterios espejados con la representación convencional en los que la protección se dispensa siempre y cuando el representado haya acordado al representante una expresa voluntad de delegación.

Tantas son las miradas que es conveniente tratar el tema por separado.

239.5 Oportunidad para resolver la representación

Las cuestiones de legitimación tienen dos caras. La que figura en el rol del sujeto activo, y la que define a los sujetos pasivos. Uno y otro pueden cuestionar la calidad para obrar, comúnmente llamada "falta de acción".

Representar significa defender una situación jurídica subjetiva en nombre y representación del individuo afectado. Cuando son muchos los afectados, al punto de exceder la figura del litisconsorcio, la cualidad del grupo permite quedar representado sin los términos formales del Código Civil y Comercial. El modelo argentino es el que reglamenta la Ley de Defensa del Consumidor.

La informalidad que tiene el artículo 53 de la ley del consumidor, *prima facie* parece bastante, pero no lo es. Es un supuesto de representación del usuario singular, del consumidor aislado que encuentra en una entidad previamente organizada y autorizada por el Estado la posibilidad de actuar en juicio bajo su tutela.

En este caso, la ley se ocupa más de los problemas de documentación persiguiendo facilitar el acceso y la verificación rápida de la personería; por eso parte del principio general de que el acta poder es suficiente, aunque la forma de conseguirla obstruye el informalismo predispuesto.

El supuesto es simple: la asociación tiene que estar debidamente constituida y registrada y, sin necesidad de acreditar mandato alguno de la persona que representa invocando el interés en su protección, acredita personería con los estatutos y el acta que designa representantes legales.

Sin embargo es una disposición obvia que suele no ser comprendida. Sucede que la ley observa atentamente que la actuación del grupo representado no es un supuesto de sustitución procesal sino de legitimación representativa, tal como lo formula el artículo 43, constitucional.

El error se repite con el artículo 55 de la ley comentada, porque aplica un estándar de legitimación institucional con tanta apertura que se olvida observar el objeto destinado en su formación. Es decir, si hablamos de una asociación de usuarios y consumidores, no tendría sentido ni orientación apropiada que la representación en juicio persiguiera reparar un daño ecológico.[1193]

Por ejemplo, en la causa "Consumidores Financieros", la Corte apenas sugiere cierta inadecuación del representante cuando afirma que

> Es imposible soslayar que pese a que la acción ha sido iniciada con expresa invocación de las disposiciones de la Ley de Defensa del Consumidor, la conducta por la que se reclama la reparación pecuniaria involucra un bien (cemento portland) que, atento a sus características y el destino para el que es empleado, en muchos casos no es comercializado por las demandadas en forma directa con consumidores. Esta circunstancia, que marca una clara distinción con otros supuestos examinados por esta Corte –en los que la relación entre el proveedor del servicio y el consumidor no aparecía intermediada–, impide afirmar que el comportamiento que se imputa a las demandadas haya afectado, de igual forma, a todos los sujetos que integran el colectivo que se pretende representar y, por lo tanto, no permite tener por corroborada, con una certeza mínima, la existencia de efectos comunes que, conforme la doctrina sentada en el precedente "Halabi" (Fallos: 332:111), permitan tener por habilitada la vía intentada". Considerando 7º.

La relación es clara si nos atenemos al régimen tuitivo de la Ley de Defensa del Consumidor que atiende y controla las relaciones derivadas del consumo. Vale decir que solo puede actuar la legitimación por representación individual o colectiva, cuando el que adquiere bienes o servicios los usa con provecho propio (destinatario final de la mencionada relación de consumo).

> El problema que se advierte en esta sentencia de la Corte es la inconsistencia entre el objeto de la acción y los sujetos pasivos involucrados,

1193. CNFed. Civ. y Com., Sala III, "Moliendas S. A. c. Deutsches Institut Zum Scautz", 06/11/1992, JA, 1995-I-491. Muchas veces, en lugar de observar el instrumento de mandato, se analiza el objeto a pedir (lo que nos parece mejor), y así se dice que posee interés legítimo la entidad creada para proteger los intereses de los productores alemanes, a quienes indudablemente perjudica la utilización de denominaciones geográficas, capaces de inducir a error respecto del origen del producto, e indirectamente protege también al público consumidor.

> porque cada demandado tiene actuaciones de intermediación que difuminan la responsabilidad y sus consecuencias, donde si bien el régimen de solidaridad permite traerlos por estar en la cadena de venta del producto, no hay entre ellos una afectación uniforme que iguale la culpa o responsabilidad. Lo curioso está en que no se cuestiona la legitimación para obrar sino la definición precisa del sujeto representado. Para ser más claros, la Corte no le está diciendo a la asociación que carece de legitimación por representatividad del derecho, sino que no ha definido con precisión el universo de la clase afectada, o la unidad de afectación entre los sujetos que dice representar.[1194]

Esto, visto desde esta perspectiva, sería en el derecho americano "la certificación de la clase". No ha logrado la entidad demostrar el universo de la representación que ostenta, porque entre ellos hay desigualdades de afectación.

También es posible postergar el tratamiento de la legitimación cuando se interpreta que ella depende de cuánto se pruebe en la acreditación. Solo que al ser parte de un proceso sumarísimo quedaría integrado en la limitación del conocimiento y para quedar resuelto en la sentencia.

En este aspecto, la Cámara Comercial suele aplicar este criterio.

> No resulta apropiado, en esta instancia preliminar a los efectos de deducir la acción en defensa de invocados "intereses colectivos", concluir definitivamente sobre la falta de legitimación de la asociación de consumidores; pues ello requiere de un acabado análisis de la materia litigiosa, del derecho aplicable a la cuestión (CN: 43 y ley de Defensa del Consumidor: artículos 52 y 54) y de la prueba ofrecida, que no puede efectuarse válidamente sino en la sentencia que ponga fin al conflicto. Es que, en principio, es inadmisible sostener que no existe grupo idóneo de consumidores por el solo hecho de no existir un denominador común de sus integrantes, ya que la relación de cada cliente involucrado con el Banco está generalmente afectada por elementos subjetivos –antigüedad, calificación crediticia, garantías, etc.–[1195] (En el caso, la causa fáctica común que se le imputa al banco demandado sería el hecho de que se encuentra cobrando a sus clientes primas de seguro de vida colectivo a valores superiores a los del mercado, imponiéndoles

1194. Gozaíni, Osvaldo, *Legitimación, Capacidad y Representación*, Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, en especial capítulo XXVII.

1195. CNCom, Sala D, "Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c/ Nuevo Banco de Entre Ríos SA s/ ordinario", 18/10/2010.

la contratación con una compañía de seguros de su elección. Es decir que, sin perjuicio de los diversos vínculos contractuales, el hecho presuntamente dañoso resultaría en principio común y homogéneo para todos los consumidores clientes del banco demandado).[1196]

240. Las asociaciones y el derecho a participar

Si el cuadro representativo de los intereses difusos se restringe a las asociaciones que se puedan controlar desde los registros, la idea base de participar "a todos" en la defensa de las preocupaciones generales por una vida mejor constituirá pura utopía. Seguirá siendo el Estado el administrador de las necesidades, y por qué no desconfiar de las autorizaciones poco comprometidas como ilustraron las formas sociales intermedias del *ancien regime*, que fueron la estructura básica del feudalismo.

Transmite Cappelletti, citando a Rheinstein, cómo en el iluminismo del siglo XVIII la visión individualista de la sociedad comenzó a prevalecer. La nación debía ser una e indivisible. El Estado era claramente concebido como compuesto por ciudadanos, mientras los grupos intermedios [...] fueron barridos; (los mismos) municipios llegaron a ser meras subdivisiones del gobierno estatal. Un solo grupo intermedio entre el Estado y sus ciudadanos fue dejado intacto: la familia.[1197]

Es imprescindible que para auspiciar el mecanismo funcional de estas entidades se relativice la actuación del Estado. Nos parece que nomenclar estas asociaciones o grupos en modelos estadarizados no es buen remedio para la defensa que ellas pretenden cristalizar.

Estos entes intermedios, en los hechos, muchas veces son producto de contradicciones y conflictos que tienen los derechos pluriindividuales que se expresan en motivaciones culturales o espirituales del ciudadano. Las entidades, así, responden a esa necesidad de expresar la queja: son movimientos espontáneos en torno de cuestiones precisas como el

1196. CNCom., Sala E, "Adecua c/ Banco de Servicios Financieros", 04/10/2013, *La Ley Online*.

1197. Cappelletti, Mauro, *Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil*, *op. cit.*, p. 29.

ambiente o el consumo. La misma realidad que se describe muestra la dificultad de asumirlas en un molde jurídico abstracto y estático.[1198]

El sentido amplio que se propicia no pretende ser caótico a los fines de precisar la legitimación para obrar; bastaría con reconocer la fórmula que tiene el derecho comparado, conocido como *representatividad adecuada*, la cual proyecta definiciones útiles a la hora de resolver tanto el acceso, como los problemas de eficacia de la sentencia y extensión de la cosa juzgada.

En pocas palabras, dice Cappelletti:

> ... si la parte ideológica (individuo o asociación que lleva al juicio un cierto interés meta-individual) es adecuadamente representativa de toda la clase o grupo a la que aquel interés corresponde, será perfectamente legítimo que el proceso desarrolle sus efectos también respecto de las partes ausentes.[1199]

241. Acreditación del interés

Poco más adelante veremos cómo se especifican en los tipos de desarrollo procedimental estas autorizaciones para obrar en defensa "de todos"; basta por ahora señalar que, si estas asociaciones son justificadamente portadoras de una parte real del interés público reclamado, no tienen por qué acreditar una inscripción específica cuando ellas mismas son titulares de una fracción del derecho del cual se invisten. En los hechos son afectados directos.[1200]

1198. Colaço Antunes, Luis Felipe, *A tutela dos interesses difusos em direito administrativo*, *op. cit.*, p. 65.

1199. Cappelletti, Mauro, *Formaciones sociales e intereses de grupo frente a la justicia civil*, *op. cit.*, p. 37.

1200. En España se establece que, "sin perjuicio de la legitimación individual de los perjudicados, las asociaciones de consumidores y usuarios legalmente constituidas estarán legitimadas para defender en juicio los derechos e intereses de sus asociados y los de su asociación, así como los intereses generales de los consumidores y usuarios". Los párrafos distinguen la determinación posible del grupo representado. Si es posible referirlo, la legitimación para la defensa de estos intereses colectivos corresponde al grupo de afectados a las entidades que tengan por objeto su defensa o protección y a las asociaciones de consumidores y usuarios. Si no se halla determinado, la defensa de los intereses difusos corresponde exclusivamente a las asociaciones de consumidores y usuarios que conforme a la Ley sean representativas.

Estas situaciones son competencia del juez, porqué corresponde a la justicia controlar los presupuestos de admisibilidad y no imponerlos el Estado mediante una burocracia limitativa.

No puede quedar soslayado, asimismo, otro hecho significativo del mensaje que transmite el art. 43 de la Norma Fundamental al mencionar a estos entes intermedios. Más allá del recaudo reglamentario que dispone, existe una decisión expresa para auspiciar una forma más de participación democrática a través del reconocimiento institucional de los entes intermedios de gestión y representación de intereses sociales.[1201]

Es una apertura nueva que relega el individualismo dominante de las legislaciones codificadas, y una cobertura suficiente para ser interpretada con amplitud como "fórmula mínima" de representación de la clase o del grupo al que se adscriba.[1202]

1201. González Cano, María Isabel, *op. cit.*, p. 145 y ss. Claramente dice que en los grupos la afectación y la habilitación legal son requisitos acumulativos y no alternativos, tanto en lo que respecta a grupos eventuales y esporádicos, sin relación previa entre sus miembros, y sin coordinación subjetiva (así el grupo de afectados por un hecho dañoso derivado del consumo), como en lo referente a grupos diferenciados ante el surgimiento del conflicto, y por tanto de carácter permanente o no ocasional (así, un grupo étnico o religioso).

1202. En España se ha logrado este reconocimiento el cual, no obstante, es fruto de una destacada evolución legislativa en la materia. La legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios ya había sido atribuida por el art. 20 de la Ley N° 26/84, denominada Ley General de Defensa de Consumidores y Usuarios, al reconocerles que podían "representar a sus asociados y ejercer las correspondientes acciones en defensa de los mismos, de la asociación o de los intereses generales de los consumidores y usuarios". Sin embargo, dicha legitimación fue discutida casi desde el principio, y restringida por vía reglamentaria (R.D. 825/90, de 22 de junio). Algunas leyes autonómicas de defensa de consumidores y usuarios han recogido preceptos similares al antedicho, como el art. 21 de la Ley N° 11/98, del 5 de diciembre, de Castilla y León. No, en cambio, la Ley N° 11/98, del 9 de julio, de la Comunidad de Madrid (aunque se aplica supletoriamente), pese a que sí reconoce el beneficio de justicia gratuita (art. 25). Con posterioridad a la LGDCU, la Ley General de Publicidad (Ley N° 34/88, del 11 de noviembre), regulaba en los arts 25 y ss., las acciones de cesación y rectificación, reconociendo la legitimación de las asociaciones de consumidores y usuarios para su ejercicio.
La Ley N° 7/98, de 13 de abril, de Condiciones Generales de Contratación, reconoció (entre otras especialidades procesales, la mayoría derogadas por la nueva LEC) una amplia legitimación activa para las denominadas acciones de cesación, retractación y declarativa (art. 16): Las asociaciones o corporaciones de empresarios, profesionales y agricultores que estatutariamente tengan encomendada la defensa de los intereses de sus miembros; las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación; las asociaciones de

242. La participación efectiva

Pero también estas asociaciones tienen un derecho a que se les reconozca la tutela que pretenden encausar, pues de otro modo, el proceso vulnerará los derechos cualificados en la dimensión constitucional en pos de asegurar un juicio entre "justas partes" antes que de "justas pretensiones".

Se trata de lograr una reconstrucción funcional de las intervenciones procesales, donde el *prius* no sea verificar a los sujetos legitimados, sino, antes bien, analizar el objeto que se pretende.

Sin embargo esta idea tiene una gran dificultad. Ella se asienta en que la naturaleza del proceso conserva la premisa de litigiosidad, en la que pervive la imagen de contienda entre intereses públicos o privados representados por quienes tienen el gravamen directo. Es esta la posición determinante que asocia la protección jurisdiccional con el poder de constituirse en sujeto activo del proceso, y a su vez, es la corriente asociada entre derecho subjetivo (dueño, afectado, lesión personal y directa, etc.) y la posibilidad de ser parte.

Bueno sería, quizá, alentar un desplazamiento del individualismo dando lugar a una diferenciación de los intereses, en los cuales los difusos sean entendidos con suficiente cuidado.

El problema se refleja en la etapa de admisión, cuando la tendencia dominante es encontrar el aspecto subjetivo de la pretensión, esto es: analizar al que pide, antes que ver lo que pide. Por eso, la estructura más formal del interés para obrar se considera en la dimensión de la

consumidores y usuarios; el Instituto Nacional de Consumo y los órganos correspondientes de las CC.AA. y CC.LL.; los colegios profesionales; y el Ministerio Fiscal. Además, dicha legitimación activa no solo lo era de forma directa, sino también mediante intervención adhesiva en un proceso promovido por cualquiera de ellas (art. 18).

La nueva LEC ha derogado este art. 18 y ha añadido un párrafo final en el art. 16 que permite, igualmente, a las entidades antedichas personarse en los procesos promovidos por cualquiera de ellas. Finalmente, la nueva LEC ha introducido una D. Adic. 4ª en la Ley N° 7/98, con una finalidad aclaratoria, disponiendo que las referencias de la LEC a las asociaciones de consumidores y usuarios comprenden también, cuando se ejerciten acciones individuales y colectivas derivadas de la Ley N° 7/98, a todo adherente, sea o no consumidor, y a las entidades del art. 16. Como puede observarse, la evolución legislativa en los últimos años ha deparado una ampliación progresiva de la legitimación de lo que podríamos denominar entidades *representativas de intereses colectivos en general*, y particularmente, las asociaciones de consumidores y usuarios.

entidad o derecho representado y en la existencia previa de la institución. Sin embargo, bien se dice que este es un dato indiciario, que tiene una enorme importancia para la protección y defensa, pero que no es un dato significativo del propio interés.

La perspectiva de encontrar una dirección normativa que se despoje de obstruccionismos estériles dando lugar a posibilidades ciertas de proteger posiciones subjetivas supraindividuales, tiene en las entidades intermedias una representación lógica y factible.

De todos modos, y para ver el otro rostro de la situación, es importante transcribir la reserva que menciona Almagro respecto de esta ampliación de la capacidad para actuar:

> Es posible que determinadas organizaciones o asociaciones no asuman en su seno, como asociados o vinculados, a todas las personas que integran el colectivo afectado por esos intereses. Surge entonces el problema de determinar cuál pueda ser la eficacia de la sentencia, de acuerdo con las características del contradictorio. Modernamente, se tiende a reconocer como portador del interés a entidades o asociaciones, aun de naturaleza privada, a las que se confiere legitimación para gestionar procesalmente estos intereses de clase o de categoría, mediante la fórmula del 'ente exponencial'; es decir, de aquella entidad que asume la representación ideológica de un cierto grupo o colectivo.[1203]

243. Capacidad procesal de los grupos

Superado el problema del reconocimiento jurídico a las entidades intermedias que agrupan intereses colectivos o derechos difusos resta observar el funcionamiento procesal de ellos cuando proponen o reclaman ante los tribunales.

La mención insistida en la Norma Fundamental otorgando derecho al proceso a "toda persona"[1204] supone tanto como admitir a personas físicas como jurídicas, recortándoles a estas últimas el acceso al exigirles la previa acreditación sobre sus fines.

1203. Almagro Nosete, José, *Constitución y Proceso*, *op. cit.*, p. 192.

1204. También lo hacen muchos ordenamientos constitucionales, y específicamente, el art. 24.1 de la Constitución española.

Para Fairén Guillén:

> … estas actuaciones facilitan el reconocimiento de los grupos y de los intereses que defienden. Unos serán protectores de intereses colectivos cuando ostenten continuidad y organización institucional; y otros definirán una masa de intereses difusos cuyos integrantes personales no son individuos que necesiten de identificación: estos últimos protegen derechos difusos.[1205]

En los hechos es difícil delimitar concretamente el límite señalado, pero también es cierto que admitiendo la actuación de las agrupaciones la neblina irá esfumándose para destacar claramente el rol de ellas y los intereses que actúan y defienden.

244. Admisión y control

Ahora bien, ¿qué hace la jurisdicción cuando debe resolver la legitimación de estas entidades intermedias? ¿Cuál es la capacidad procesal que deben acreditar?[1206]

1205. Fairén Guillén, Víctor, *Ensayo sobre procesos complejos. La complejidad de los litigios*, Madrid, Tecnos, 1991, p. 244.

1206. La jurisprudencia muestra en la superficie alguna evolución. Por ejemplo, se sostiene que la legitimación que el art. 43, segundo párrafo, de la Constitución Nacional reconoce en materia de acción de amparo al Defensor del Pueblo, a los particulares afectados y a las asociaciones que procuran la defensa de los consumidores y usuarios y del medio ambiente, abarca los supuestos en que se encuentran comprometidos derechos de incidencia colectiva relacionados con el medio ambiente, la salud pública, los servicios públicos y no derechos subjetivos, individuales o exclusivos de los ciudadanos o usuarios CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Defensoría del Pueblo de la Ciudad de Buenos Aires c. Edesur", 16/03/2000, LL 2000-C, 399 - Con nota de Palacio, Lino Enrique, LL 2000-C, 395 - Con nota de Jiménez, Eduardo Pablo, LL 2000-F, 137.
Sin embargo se aclara que la legitimación se obtiene, en la medida en que la asociación demandante actúe en los términos que resultan de su estatuto, en representación de los intereses comunes de los consumidores, cuestionando la legitimidad de un régimen que los afectaría –como es el caso de las tarifas telefónicas–; siendo así, la legitimación invocada se tolera, sin perjuicio de lo que luego pueda decidirse sobre el fondo al momento de dictarse la sentencia definitiva. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala V, "Consumidores Libres c. Telefónica de Argentina y otro", 17/10/1997, LL 1997-F, 273.
No obstante, también se afirma que el art. 43 de la Constitución Nacional es operativo en cuanto otorga legitimación activa a las asociaciones que protegen la competencia, el ambiente y los derechos de usuarios y consumidores a comparecer a los estrados judiciales cuando adviertan conculcados derechos de incidencia colectiva, aun cuando

Recordemos que la llegada a la calidad de parte es un último estadio en una escala de rigideces técnicas a superar, donde la capacidad procesal es una de las más ríspidas. En efecto, cualquier asociación tiene una capacidad para obrar que depende de las normas establecidas en su organización interna. Mientras que la personalidad para actuar en juicio, generalmente, se asigna por la representación o el mandato.

La capacidad para ser parte de los portadores de intereses de grupo se ha concedido más fácilmente a aquellos que tienen una cohesión anterior al hecho, por ejemplo, los colegios profesionales; ahora, la exigencia de registro establece una limitación a la capacidad para obrar, la cual, a los fines de establecer la titularidad del interés alegado, no significa impedirles la presentación ante la justicia.

Ello es así porque como lo hemos dicho en párrafos anteriores las identificaciones entre capacidad jurídica para ser parte y capacidad de obrar-capacidad procesal no son exactas, pues en el proceso civil la capacidad es más amplia que la establecida en el Código Civil.

Inclusive, admitiendo que las entidades intermedias no necesitan del registro para formular reclamaciones, puede afirmarse que cuando se permite investir de titularidad de determinadas relaciones jurídicas a entidades que no son, *lato sensu*, personas jurídicas, no se trata de concluir que ellas tienen capacidad como tales (como personas jurídicas), sino, simplemente, que por razones de conveniencia, interés jurídico y la presunción de idoneidad que, *prima facie*, acredita el grupo, puede asignársele un *status jurídico* suficiente por el cual consigue la calidad de parte.[1207]

Estas uniones circunstanciales son también asociaciones comprendidas en la tutela diferenciada que prevén los nuevos derechos y garantías constitucionales. El fin colectivo y el interés de incidencia masiva es el vínculo. La calidad de parte la acreditan con la verosimilitud del derecho peticionado.

---

no haya sido dictada ley que habilite el registro de dichas asociaciones, ni tampoco se encuentren fijadas las condiciones para su actuación en el proceso de amparo (C. Fed. Córdoba, Sala B, "Portal de Belén c. Ministerio de Salud y Acción Social", 23/05/2000, LLC, 2000-815 - DJ, 2000-2-964).

1207. Podríamos ejemplificar muchas de estas situaciones, bastando observar que cuando se permite que un comunero actúe solitario, si lo hace en beneficio de la comunidad, y la sentencia le es favorable, beneficia con sus actos a todos; sin afectarlos en caso contrario. La comunidad no supone una personalidad distinta de la de los comuneros.

Almagro sostiene que

> … tienen legitimación para obrar, por ejemplo, todas las asociaciones u organizaciones de hecho o grupos de personas unidas para la realización de un fin, más o menos duradero o circunstancial, llamadas *uniones sin personalidad* (comisiones organizadoras de festejos, colectas públicas, suscripciones, clubes para sorteos o subastas de determinados objetos) en cuyo interés común se pueden haber formalizado actos jurídicos de los que nazcan responsabilidades.[1208]

Si uno supone que la legitimación se adquiere una vez acreditada la capacidad procesal, colocamos la piedra de toque en la acreditación del derecho subjetivo que permite la protección de las individualidades. Pero como en la defensa de los derechos difusos importan más los intereses que se actúan, la legitimacióm como presupuesto de fondo pierde consistencia, carece de trascendencia para condicionar la admisibilidad en el proceso de los grupos. Podría decirse con Vigoriti que, en realidad, la legitimación es una cuestión de elección política y solo después de técnica, de ahí la relatividad de este instituto.[1209]

245. La admisión del grupo representado

El segundo aspecto a considerar es la *representación* que ostenta el grupo o la entidad constituida regularmente.

Se trata de verificar quién puede ser portador del mandato colectivo, en relación con un interés que puede pertenecer, mediata o inmediatamente, a una globalidad de individuos, explicando además cómo tal sujeto puede deducir en juicio no solo situaciones de ventajas propias, sino también ajenas, pero coincidentes con la suya, al ser miembro del grupo cuyo interés se pretende tutelar.[1210]

La personalización traduce dificultades notorias que veremos seguidamente; así encontramos grupos que tienen bien definidos sus objetivos y una manifiesta coincidencia de los sujetos miembros con los intereses de la agrupación (*v. gr.* colegios profesionales, sindicatos,

1208. Almagro Nosete, José y Tomé Paule, José, *Instituciones de Derecho Procesal. Proceso Civil, op. cit.*, p. 278.

1209. Vigoriti, Vicenzo, *Interessi colletivi e processo. La legitimazione ad agire, op. cit.*, p. 66.

1210. Bujosa Vadell, Lorenzo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, op. cit.*, p. 161.

etc.); entidades que tienen un interés circunstancial, pero sin acreditar experiencia, trayectoria o una regular constitución (*v. gr.* las llamadas "uniones sin personalidad"); por otro lado, hay intereses que inciden en un sector que no tiene coincidencias en la afectación, por ejemplo, cuando en materia de medio ambiente se dictan normas que benefician a una parte del sector en desmedro de otro, pero perjudicando a la sociedad toda; en suma, la multiplicidad de situaciones impide conferir una representación válida a todas las contingencias.

El Tribunal Constitucional español ha dicho que

> … en la actualidad el fenómeno representativo se suele entender sobre la base genérica de la actuación de una persona en el lugar de otra, producida en virtud de lo dispuesto por la voluntad del representado o por la ley. Sin embargo, esta formulación no se puede considerar como totalmente satisfactoria y es preciso introducir en ella algunas matizaciones, de manera que, al lado de la representación que tiene su base en la voluntad individual y aquella otra que deriva directamente de la ley, puede situarse la representación institucional, que realiza lo que algunos autores han llamado acertadamente la persona jurídica representativa. Existe una representación institucional explícita, cuando la relación institucional se produce de modo voluntario, de manera que la adhesión a una institución comporta una aceptación de su sistema jurídico y, por tanto, de su sistema representativo y una representación implícita cuando el ordenamiento jurídico confiere a un ente la defensa y gestión de los derechos e intereses de categoría o grupos de personas.[1211]

246. La representación y sus categorías

El precepto establecido por la Constitución Nacional que exige el requisito de la inscripción para darles posibilidad de representación en juicio sigue pensando en la necesidad de reconocer individualidades, de ahí su error manifiesto y la autocontradicción emergente con el llamado a la participación pública.

1211. Ibídem, p. 165.

La tarea judicial es importante para este esclarecimiento, a cuyo fin pueden clasificarse las formas asociativas, sean previstas u ocasionales, de acuerdo con la determinación del conjunto que lo compone:

a. Grupos organizados con interés establecido estatutariamente: Son conjuntos de personas que se reúnen en la defensa y promoción de intereses individuales que los asocian. Los colegios profesionales, los sindicatos, los consejos técnicos, etcétera responden a este tipo de agrupamientos. La representación legal está prevista en sus estatutos de manera que la legitimación se obtiene acreditando con los documentos constitutivos ese mandato institucional.
   Propiamente no es un caso de legitimación colectiva, sino de capacidad de las personas jurídicas; por ello, carecen de importancia para el tema que venimos comentando.[1212]
b. Grupos asociados constituidos regularmente que no establecen representación: Aquí la composición del grupo como la finalidad que los reúne es conocida. Se asocian y militan en la defensa del interés propuesto, pero carecen de una personali-

1212. CJNFed. Contenciosoadministrativo, N° 1 "Adecua c. Poder Ejecutivo Nacional", 18/03/1999, LL, 1999C, 192, con nota de Patricio Alejandro Maraniello DJ, 19992780 IMP, 1999A, 786.
La jurisprudencia ejemplifica este caso sosteniendo que la asociación de consumidores está legitimada para cuestionar la constitucionalidad, mediante la acción de amparo, de la Ley N° 25063 –que deroga la exención que la ley de impuesto al valor agregado establecía respecto de las empresas de medicina prepaga– y del Decreto N° 1517/98, pues estas normas son susceptibles de comprometer el derecho de sus afiliados a obtener el mayor nivel de atención médica que los fondos públicos y privados permitan, en la medida que el traslado de ese impuesto a dichos afiliados producirá el encarecimiento de esas prestaciones médico-asistenciales, determinará la retrogradación en el nivel de los planes contratados en tal sistema y la exclusión del mismo de una parte de esos afiliados que, inevitablemente, derivarán a las obras sociales y a los hospitales públicos
En el mismo sentido, corresponde hacer lugar, con relación a la tasa de uso de aeroestación, a la suspensión de los efectos del art. 2 del Decreto N° 577/02 pedida por una asociación de consumidores y usuarios, en cuanto dolariza las tasas aeroportuarias de vuelos internacionales, pues el fundamento relativo a la necesidad de su fijación en dicha divisa es inexistente, y el perjuicio invocado se origina en la elevación de su precio –mediante su conversión de pesos a dólares– sin cumplir con el procedimiento previsto para la renegociación de contratos de servicios públicos –Decreto N° 293/02– JNFed. Contenciosoadministrativo, N° 8, 2002/07/19, "Asociación Vecinal Belgrano C -Consumidores Activos- y otros c. P.E.N. y otro", DJ, 2002-3, 516 - Con nota de Andrés Gil Domínguez, publicado en DJ, 2002-3, 514.

dad jurídica que represente sus pretensiones ante la justicia. Son organizaciones regulares en la medida que no surgen espontáneamente sino después de una deliberación de intereses; tienen continuidad en los actos que desenvuelven, pero jurídicamente, carecen de representación colectiva.

El ejemplo reiterado es el de los *comuneros*, donde la actuación de un condómino beneficia a los demás pero no los perjudica por sus errores. También el supuesto de la *comunidad hereditaria indivisa*, que requiere de una representación necesaria. También la *comunidad de propietarios de propiedad horizontal* cuyo órgano es la asamblea y el representante técnico, propiamente dicho, es el administrador. Aunque en el caso la dimensión de los derechos tutelados son individuales pero reclamados por medio de un litisconcorcio activo necesario.

Si la organización se multiplica por la acumulación de interesados (*v. gr.* Cámara de la Propiedad Horizontal; Federación de entidades municipales, etc.) el ámbito subjetivo de representación en juicio varía. No se identifica directamente el interés individual con el colectivo. Solo mediatamente el miembro percibe los beneficios de la acción grupal.

c. Grupos indeterminados con representación: Sostiene Bujosa Vadell que este tipo de interés se puede implementar por cuestiones de circunstancia, de manera que es factible que el ámbito de miembros de la misma no coincida con el de los integrantes del grupo afectado, es decir, con el grupo de interesados.[1213]

Si el conjunto se integra *ad hoc* es más probable que exista esta coincidencia, pero cuando es una asociación constituida para la defensa y promoción en general de determinados intereses no hay realmente una personalización global de todos los interesados. Además, la libertad de asociación permite la creación de distintas agrupaciones que pretendan la representación y defensa de los mismos intereses, y esta pluralidad de asociaciones puede dar lugar a distintas tácticas o interpretaciones de la protección que se pretende.[1214]

1213. Bujosa Vadell, Lorenzo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo, op. cit.*, p. 174.

1214. Ibídem, p. 175.

A veces estos grupos se constituyen para resolver situaciones puntuales, por ejemplo, una asociación de perjudicados por una catástrofe o siniestro (*v. gr.* víctimas en el caso "AMIA" de Argentina), de modo tal que la representación la adopta quien defiende el punto aunque puede no ser afectado.

De este marco se da que los grupos se convierten en "entes exponenciales" de tipo ordinario (como la asociación de afectados por el desbordamiento de la presa de Tous de 1992), o en los de tipo cualificado para la defensa de determinados intereses generales o especialmente contemplados por el legislador desde el punto de vista de su tutela, incluida la jurisdiccional, como las asociaciones de consumidores y usuarios. Por eso, sostiene González Cano, que estas últimas pueden actuar: a) con legitimación ordinaria, en defensa de sus propios derechos e intereses como persona jurídica; b) con legitimación extraordinaria, respecto a derechos e intereses generales de consumidores y usuarios; y c) con legitimación representativa, respecto de los derechos e intereses de sus asociados, o bien respecto de los daños y perjuicios colectivos o difusos de consumidores y usuarios.

d. Grupos indeterminados sin representación: El supuesto permite observar la integración espontánea de un grupo que responde a una inquietud ocasional. Existe necesidad de agruparse para intentar una defensa del bien colectivo.

Esa protección puede implementarse por personas individuales que arrogándose el interés del grupo al que pertenece invocan esa participación para lograr personalidad procesal.[1215]

1215. CNCiv., Sala K, "Ramírez Chagra, Rubén S. c. Asociación del Fútbol Argentino", 03/03/1999, La Ley, 1999-E, 5, con nota de Andrés Gil Domínguez - ED, 182-769. Por ejemplo, quienes ejercieren la acción de amparo invocando la mera calidad de habitantes o ciudadanos integrantes de la respectiva comunidad, se dice que actuarán sin base válida alguna, pues careciendo quien la ejercita de un interés legítimo o de un derecho subjetivo, no tendría legitimación para actuar, ya que solo sería titular o portador de un "interés simple" insuficiente para actuar en ese ámbito, donde la prerrogativa tutelada debe ser personal y directa del accionante. También ver nuestro comentario en *Revista de Responsabilidad civil y seguros*, Año II, N° 2, abril de 2000, p. 4 y ss. Asimismo se ratifica que la condición de afectado que menciona el art. 43 de la Constitución Nacional para interponer la acción de amparo como no concreta a persona alguna, abre una legitimación especial para todos los miembros de la comunidad

Existe la agrupación pero no la representación. Este tipo de acciones no deben necesariamente ser propuestas por el ente colectivo pues basta la defensa de lo general o la dimensión del interés para acceder al rumbo procedimental.
El caso "Ekmekdjian c/ Sofovich" en nuestro país es un ejemplo de estas pretensiones, donde una persona invocando la fe católica demandó al director de un programa televisivo durante el cual se había blasfemado contra la Virgen María. También el resonado juicio de *Violeta Friedman* en defensa del honor del pueblo judío, que le permitió al Tribunal Constitucional español admitir esta legitimación activa de todos y cada uno de los miembros de un grupo étnico, social o religioso, que aun sin tener personalidad jurídica ni órganos de representación, pueden reaccionar jurisdiccionalmente contra las intromisiones en el honor del conjunto.[1216]
En estos casos, dice Bujosa Vadell:

> … es aplicable la solución de la legitimación colectiva en la que cada miembro del grupo, por el solo hecho de serlo, puede actuar ante los tribunales defendiendo no su interés propio y exclusivo, sino el interés indivisible común a todos los miembros, siempre, de todas formas, cumpliendo unos requisitos mínimos de representatividad si se pretende que la resolución jurisdiccional pueda afectar a todos ellos.[1217]

---

ante ataques o lesiones a los intereses colectivos, habilitándose en el amparo una acción de clase (*class action*) en favor de todo aquel que demuestre la afectación de un interés que no deja de ser propio, aunque participando con un número más o menos indeterminado de miembros de la comunidad, si bien no fuere exclusivo (mismo fallo precedente).
TS Neuquén, 1999/04/07, "Unión Cívica Radical - Diputados del Frepa.So.- c. Provincia del Neuquén", La Ley, 2000-B, 716. También, la demanda directa de inconstitucionalidad es una acción de derecho público donde la legitimación para entablar la demanda es concedida a la comunidad toda, por lo que sus integrantes –se presenten a título individual o en conjunto, como simples ciudadanos o formando parte de grupos, asociaciones, colegios, órganos, etc.– se encuentran investidos igualmente de tal aptitud.

1216. Sentencia del 05/04/1989, en Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 1989, N° 2814.

1217. Bujosa Vadell, Lorenzo, *La protección jurisdiccional…*, *op. cit.*, p. 182.

247. Formas de representación para los intereses colectivos

En materia de intereses o derechos difusos la ausencia de legitimados directos obliga a reconocer una representación suficiente indeterminada en un ente colectivo que evita consideraciones de carácter individual.

La doctrina italiana la denomina "ente exponencial" y la americana *adecuacy of representation*.

En ambos casos se procura que las organizaciones o grupos cuenten con garantías básicas para establecer el contradictorio. La audiencia y alegación constituyen resortes de ello, y propician un abandono del simplismo que ve al proceso como cosa de partes físicas y conocidas.

La garantía del debido proceso, en estos casos, se resuelve a través de la *adecuada representación* de los intereses del miembro del grupo que permanece ausente, defendidos por otro u otros miembros del grupo, que se encuentran en una situación cualitativamente idéntica y que ofrecen indicios de que van a proteger de manera adecuada (idónea) los intereses de todos los que se encuentran en semejante posición jurídico-material.[1218]

248. La legitimación por categoría

Los procesos con pluralidad de partes no resuelven el problema de la representación procesal de los grupos, circunstancia que lleva a tener que admitir legitimación para obrar a quienes ostenten un interés suficiente o bastante. Pero desde este emplazamiento se puede otorgar personalidad a todos los integrantes del grupo, solo a uno, o al ente *in solidum*. Por lo cual, la crisis de identidad se mantiene y socava la necesidad de seguridad jurídica que el caso requiere.

La "categoría" se vincula con un sistema de reconocimiento al interés sectorial; dicho en otros términos: equivale a decir que el ente exponencial que actúa o invoca un derecho a proteger con su accionar,

1218. Ibídem, p. 186, nota 214.

debe actuar antes que en representación del afectado, en defensa del interés grupal (*v. gr.* asociación que se agravia por la venta en mal estado de un producto, sin patrocinar el daño individual sufrido por algún miembro de la colectividad sea o no integrante de la entidad).

La tutela que se persigue hacer valer es expansiva no particular, en cuyo caso la representación vuelve al concepto de ser "adecuada", porque no se podrían otorgar legitimaciones de tanta amplitud como para generar una acción popular que en nuestro sistema es inexistente.

La jurisprudencia italiana diseña algunos criterios para localizar la categoría, los que permiten valorar la legitimación del sujeto colectivo. Uno es la *localización territorial*, dando preferencia a los grupos locales sobre los extraños (*v. gr.* tendría ese carácter la demanda de una asociación vecinal sobre la de una entidad de carácter nacional). Otra es la *adecuación de los fines estatutarios*, conforme establece la pauta del artículo 43 de la Constitución Nacional.

Aun cuando algunos sostienen que este criterio resulta insuficiente pues requiere una lesión propia y esto puede ser difícil de determinar cuándo están en juego intereses colectivos en sentido estricto, es decir, indivisibles entre los miembros del grupo. Cuestión distinta sería que la asociación, en vez de ser un miembro más del grupo, fuese en sí misma la formación exponente del interés colectivo, pero en tal caso no estaríamos ya ante un supuesto de interés difuso, sino simplemente de una lesión del interés institucional, plenamente protegido en los ordenamientos jurídicos actuales.[1219]

El siguiente es la *efectiva representatividad* y *exponencialidad*, que en realidad nada aporta porque es la misma vara con que se mide el interés para obrar del sujeto individual o colectivo.

Finalmente, la *institucionalización* y *publificación del interés* que representa la síntesis entre el interés propio y el grupal.

Pese a estos criterios, lo cierto es que no existe una tendencia jurisprudencial homogénea, porque en un primer momento se reconoce como determinante la previa existencia de personalidad jurídica para estar legitimado en la tutela de un interés difuso o colectivo (tal como lo estaría planteando nuestro artículo 43, constitucional); de modo que

1219. Silguero Estagnan, Joaquín, *La tutela jurisdiccional de los intereses colectivos a través de la legitimación de los grupos*, Madrid, Dykinson, 1995, p. 267.

al ser la personalidad jurídica el título cualificante, excluye la posibilidad de legitimar al grupo. Otros casos revelan que se potencia la necesidad de acreditar el interés, porque si se trata de un supuesto donde el Estado debe intervenir por ser la causa de "interés público", el Ministerio Fiscal posterga al ente exponencial. En estos supuestos, los grupos de formación espontánea son directamente relevados.

No obstante, sostiene Silvero Estagnan que

> ... estos avatares de la jurisprudencia no impiden que la doctrina italiana se refiera a la "legitimación por categoría", la cual se define por Denti, como la legitimación que se refiere conjuntamente a una serie indefinida de sujetos, titulares de una situación que necesariamente viene tutelada en su subjetividad plural.[1220]

1220. Ibídem, p. 280.

Capítulo XXXIII
Las partes en el proceso civil

249. Concepto de parte

El derecho de acceder a la jurisdicción se respalda con varias garantías constitucionales; es un patrimonio incorporado a los derechos del hombre que no reconoce calidades especiales, y que anida en el derecho de peticionar a las autoridades y a tener derecho a un proceso justo e igualitario (arts. 14, 17, 18, 43, 75 inc. 22, entre otros de la Constitución Nacional).

La mención que hace la Norma Fundamental, sobre todo en los artículos 41 y 43 acerca de que "todos los habitantes" o "todas las personas" tienen derecho a un proceso rápido y expedito importa reconocer la amplitud como se extiende en nuestro sistema el ingreso a la justicia.

La defensa de los derechos e intereses individuales, sociales, colectivos y difusos tienen vías particulares que, al estar reguladas en los códigos de procedimientos, requieren cumplimentar presupuestos de admisión y pertinencia. La relación entre Constitución y proceso impone que las cargas técnicas no desvirtúen el contenido garantista y los principios del debido proceso; y al mismo tiempo, exige que el enjuiciamiento pueda instrumentarse adecuadamente con las reglas adjetivas dispuestas.

El objeto final será, precisamente, lograr que el sistema otorgue la tutela efectiva sobre dichos intereses y derechos subjetivos, generando la satisfacción plena de las pretensiones opuestas. Este es el marco en que se orquesta el diseño del acceso a la justicia y el derecho a la jurisdicción. Inmediatamente, apenas establecida la admisión al juicio, observamos que la preocupación inmediata del litigante es convertirse en parte: ¿qué significa este concepto?

Es evidente que para hablar de "parte" o de "partes" se necesita tener un interés contrapuesto, duplicidad de planteos o la misma controversia (lucha de intereses) entre dos o más individuos. La idea

de conflicto subyace en la concepción buscada, y en la tradición que orienta respuestas al problema.

Pero la calidad de "parte" solo se obtiene en el proceso, porque es un concepto pura y exclusivamente procesal. Tal entidad tiene que se afirma con contundencia que el proceso jurisdiccional es un proceso de partes, e inclusive, cualquier ordenamiento lo confirma, al sustituir la ausencia eventual de alguien con figuras de representación que, gracias a las ficciones de las reglamentaciones técnicas, permiten encontrar la dualidad necesaria (principio de bilateralidad).

Aun así la idea no tiene demasiada claridad, pues basta una simple mirada hacia las personas que actúan en juicio para ver que no son únicamente los contradictores los que allí se encuentran. Intervienen otros que asumen la representación del titular del derecho conflictuado; gestores procesales; terceros interesados; e incluso, abogados que patrocinando a la parte se convierten ellos mismos en "parte", a través de las creaciones de derechos que el enjuiciamiento provoca (*v. gr.* condena en costas, derecho al honorario, etc.). Es más, el conflicto planteado en hipótesis podría reconocer otros involucrados y no hallarse todos ellos en el proceso, de modo que la integración resulta ineludible con el fin de no afectar el derecho de defensa de quien no está.

Existen distintas posibilidades para examinar la noción de parte y conceptos distintos para hacerlo. Básicamente encontramos tres ideas contrapuestas:

a. Parte es, en primer lugar, la persona que demanda o en cuyo nombre se demanda; y en segundo lugar, la persona a quien se demanda. Son partes por el solo hecho de formular la pretensión, independientemente de que sean o no titulares de la relación jurídica sustancial deducida.
b. No se puede considerar una sola tipicidad para establecer la condición de parte, sino en función de la calidad del derecho que tutelen; de este modo, quien sea titular en la relación jurídica tendrá condición de "parte material"; mientras que la actuación de otros podrá catalogarse como "parte" en sentido procesal.
   Parte es solamente el titular del interés jurídicamente relevante que en el juicio se promueve.

c. Cada una de ellas adscribe al vínculo que los autores señalan con el derecho de acción y, por tanto, a partir de ellos ha de buscarse la coincidencia o el error.

250. Breve exposición de las doctrinas

La primera de las posiciones expuestas tiene las mayores adhesiones doctrinarias. Fue Chiovenda quien dijo que es parte "el que demanda en nombre propio (o en cuyo nombre se demanda) una actuación de ley, y aquel frente al cual esta es demandada".[1221]

Pueden ser parte todas las personas, tanto físicas como jurídicas (porque para estas no tiene importancia la ausencia de capacidad, y sí, en cambio, la representación), sin interesar sus problemas de legitimación *ad causam*, pues el derecho a obtener una sentencia que los favorezca se resuelve con la sentencia. Es decir, sin afectar la calidad de partes de quien ha propuesto la demanda o de quien se encontró como parte demandada.[1222]

La segunda de las doctrinas pertenece a Carnelutti,[1223] que asocia al concepto su teoría sobre la acción como ejercicio de una función de contenido procesal, que se moviliza a través de la voluntad de quien pide y el interés que actúa. Cuando coinciden voluntad e interés en la persona que está en el proceso y es la titular de la relación jurídica, menciona al hecho como sujeto *simple*; mientras que si la pertenencia del derecho no es propia y se obra mediante la representación, el sujeto es *complejo*. De aquí proviene, por ejemplo, que el menor es "parte en sentido sustancial" y el tutor "parte en sentido formal".

El problema de esta teoría proviene de contingencias naturales que suceden a la calidad de parte, tales como la extensión de la cosa juzgada, el alcance que tendría una litispendencia hipotética, o la

1221. Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal Civil*, T I, *op. cit.*, p. 6.

1222. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.* T. IV, p. 10. De allí que, desde el punto de vista de la legitimación, pueda formularse una distinción entre "partes" y "justas partes" o "partes legítimas". Tales calificativos, en efecto, no alteran la esencia del concepto que se enuncia en el texto, pues solo se refieren a los sujetos que deben figurar en cada proceso concreto como partes y no a todos los que efectivamente revisten aquella calidad por el simple hecho de ser los sujetos de una determinada pretensión.

1223. Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil., op. cit.*, p. 147.

posibilidad de obligar al titular por el reconocimiento que haga el representante, entre otras.

La identificación del interés con la condición de parte corresponde a Satta,[1224] pero constituye una idea con la que no comulgamos pues no vive la realidad del proceso. En efecto, en el juicio no siempre se presenta el "dueño" del interés jurídico o del derecho específico a tutelar; la adquisición del concepto de "parte" no depende del fundamento de la pretensión, sino de las personas que invoquen la actuación que contra alguien solicitan. Si la relación jurídica resulta posteriormente desconocida habrá existido, no obstante, un proceso entre partes.

251. La tesis del conflicto para que haya partes

Conforme lo sustentan las posiciones expuestas, la idea del conflicto corresponde al concepto de parte. El antagonismo propiamente dicho que ha caracterizado todo el desarrollo del proceso civil y su protagónico en el sistema adversarial son las piezas claves para comprender la noción. Este es el piso donde asientan las principales corrientes, y pretenden desde allí proyectar la naturaleza y necesidad del proceso jurisdiccional.

Guasp fue uno de los principales mentores de la tesis del conflicto como justificativo del proceso. Las manifestaciones encontradas las deslindó en tres orientaciones dependientes de los hechos que en la realidad se constatan, a saber:

> Un conflicto puede resolverse por la actitud individual de los interesados, sea por acatamiento voluntario o por acuerdos compositivos; pero si la conciliación no se consigue, acontece el conflicto, el cual puede darse en tres frentes: 1) *subjetivo*, porque demuestra el contraste entre opiniones y voluntades discordantes; 2) *objetivo*, por la controversia dispuesta sobre los intereses en juego, y 3) de *actividades*, porque a través de las actitudes discrepantes de cada sujeto se pretenden obtener efectos y beneficios particulares.[1225]

Es la tendencia advertida en los prácticos españoles de fines del siglo XIX que veían al proceso como "la controversia o discusión que

1224. Satta, Salvatore, *Manual de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 167.

1225. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 234.

sostienen con arreglo a las leyes, dos o más personas que tienen intereses opuestos, sobre sus respectivos derechos u obligaciones".[1226]

La reducción del proceso al ámbito de la controversia era la característica esencial para configurarlo; de otro modo, no había proceso sino actos de jurisdicción voluntaria.

Después, Carnelutti formulará la conocida *teoría de la litis* ordenando las diferencias entre procesos contenciosos y voluntarios; luego criticado por Calamandrei respecto de la inexistencia de *litis* donde no hay intereses en conflicto pero necesidad de tutela jurisdiccional.[1227]

En nuestro país Palacio toma la idea e interpreta que el concepto de parte solo es aplicable a los procesos contenciosos, sin que ello suponga la existencia de intereses contrapuestos; en cambio, en la jurisdicción voluntaria –agrega– corresponde hablar de "peticionarios", es decir, "la persona que, en nombre propio o en cuyo nombre se reclama la emisión de un pronunciamiento judicial que constituya, integre o acuerde eficacia a determinado estado o relación jurídica privada".[1228]

Para nosotros la reducción del concepto de parte a la necesidad del conflicto peca de una manifiesta confusión. El conflicto sucede como tantos hechos normales de la vida. Se pueden dar frente a una persona por colisionar los intereses sobre algún bien determinado; ante el Estado por cuestiones de ilegitimidad o arbitrariedad en las decisiones de gobierno; contra un acto legislativo que se denuncia como inconstitucional; o, quizá frente al derecho mismo, que sin resultar ilegítimo, ni arbitrario, ni inconstitucional, necesita de la actividad de los jueces para completar las necesidades del hombre (*v. gr.* ponerlo en posesión de la herencia; autorizar a los menores sin padres ni tutores a contraer matrimonio; discernimiento de curatela o tutela; renovación de títulos perdidos o destruidos, entre otros enumerados por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

La equiparación del conflicto con la disputa entre intereses no puede llevarse al extremo de polarizar la contienda entre dos partes, porque al Estado también le interesan los sucesos que debe esclarecer a través del proceso.

1226. Vicente y Caravantes, José, *op. cit.*, T.I, p. 353; Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, Vol. 1, p. 237.

1227. Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, Vol. 1, p. 237 y ss.

1228. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil*, T. IV, *op. cit.*, p. 19.

En definitiva, así como el juicio tiene carácter público a pesar de ventilar intereses privados en el caso que fuese; también el conflicto, antes que la bilateralidad de planteos, necesita del órgano jurisdiccional que dé satisfacción a las pretensiones incoadas.

Si fuera reducida la cuestión procesal a una "lucha entre partes", igualmente el concepto sería equívoco en la medida que la duplicidad de criterios precede al conflicto, al cual se llega, en definitiva, por no haber logrado cada individualidad un acercamiento efectivo sobre las posibilidades de arreglo extrajudicial.

Obsérvese la trascendencia que tiene este fenómeno cuando se advierte que, en general, al derecho le importa que sean los particulares quienes compongan pacíficamente sus diferencias. El Estado no le asigna prioridad a la intervención de sus jueces, sino a la autonomía de la voluntad.[1229]

Quienes prefieren asimilar el conflicto con la controversia de similar forma incurren en un equívoco manifiesto. El conflicto precede a la controversia, que, en definitiva, es contingente al depender de las actitudes que asuma el demandado.

El problema se extiende y proyecta a otras cuestiones tan importantes como definir la calidad de parte en el proceso. Por ejemplo, la trascendencia que tendría en el caso el derecho de contradicción; o bien, el examen pertinente sobre la acción y el derecho a la jurisdicción; o la determinación de las cargas, deberes y obligaciones de quienes concurren al proceso.

La síntesis entre todas ellas revela que cuando una persona tiene un conflicto de hecho (con otros sujetos físicos o de existencia ideal) o de derecho (en el caso de las actuaciones denominadas de jurisdicción voluntaria) tiene posibilidades de solución propias (autonomía de la voluntad, mecanismos alternos al proceso judicial, formas heterocompositivas –mediación, conciliación, arbitraje–) o por la actuación de un tercero impuesto por el Estado que es quien ejerce la potestad jurisdiccional. Si opta por esta vía, ejercerá el derecho de acción, y con ello, habrá promovido una secuencia de actos que deben desarrollarse para lograr la tutela judicial efectiva.

1229. Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, Buenos Aires, Depalma, 1995.

La demanda es el medio instrumental por el cual canaliza la pretensión que a otro se opone, y que reclama del Estado su defensa; pero esto solo se da cuando existe contenciosidad, es decir, una situación con duplicidad de intereses que aun no tienen controversia, a diferencia de las situaciones de crisis en el Derecho, o comúnmente conocidas como de jurisdicción no contenciosa. Todo ello conduce a que la calidad de parte se obtenga con la demanda, sin que tengan relación los intereses conflictuados ni la titularidad en la relación sustancial.

252. Nuestro concepto de "parte"

El concepto de "parte" es un elemento característico e inconfundible de todo proceso judicial. Tipifica las posiciones que tienen los sujetos que en él intervienen. En la controversia siempre serán dos (actor y demandado); pero si la atención se dirige a los intereses, quien los reclame será parte por un derecho propio (*v. gr.* el abogado por sus honorarios; el perito por el derecho de exigir emolumentos; etc.).

El desarrollo de la instancia permite comprobar que se denomina "partes" a quienes se enfrentan en la controversia, siendo "partes litigantes"; luego, tras la sentencia, seguirán siendo partes, con el aditamento de convertirse en "parte recurrente" o "apelada"; quizá si hay ejecución pasen a llamarse "ejecutante" y "ejecutado" y, en general, son parte actora el demandante y parte demandada el accionado.[1230]

Al tomar de la demanda los sujetos que han de intervenir en el litigio (si hay controversia) o en el procedimiento (si se trata de actuaciones de tipo administrativo "jurisdicción voluntaria") se distinguen claramente las personas que actúan en diferentes funciones (parte principal, auxiliar de las partes, terceros, órgano jurisdiccional, auxiliares del juez, etc.). Tampoco resulta preciso tener una controversia para que haya partes; ni siquiera que haya diferencia entre intereses.[1231]

1230. Cfr. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 213.

1231. Ibídem, p. 214. Bien apunta Ramos Méndez que "... la concepción del proceso como resolución de controversias es una imagen larvada que no condiciona el concepto de parte. Esta lo es por el hecho de ser uno de los sujetos del proceso e independientemente de cual sea el contenido de este: la parte no se define por el objeto del proceso".

Al ser la parte un *status*, o posición en el proceso, en esa calidad se encuentran personas físicas o de existencia ideal, individuales o colectivas. Ellas son necesarias por la propia naturaleza de la relación jurídica, y esencialmente, por el método de debate que estructuran los regímenes procesales.

Se configura así la idea central que nuclea a la condición de partes como figuras instrumentales de posiciones antagónicas propias de la dialéctica del proceso.

Normalmente, resultan partes quienes se denuncian en los escritos de postulación y de contestación de la demanda, pero pueden modificarse posteriormente por la incidencia de diversos actos específicamente contemplados por las leyes adjetivas (*v. gr.* sucesión procesal, cesión de derechos litigiosos, sustitución de parte; etc.).

La presentación en juicio acredita la calidad mencionada, evidencia reiterada por la providencia judicial que, cumplida la comparecencia, dice tener al presentado "por parte". Con el demandado surge una pequeña diferencia dada por la posibilidad de constituirlo en parte aun sin que comparezca al proceso. Ello obedece en razón de que, si se encuentra debidamente emplazado, tiene la carga de comparecimiento de manera que si decide no hacerlo, el proceso continúa con él como parte "en ausencia" o "en rebeldía".[1232]

253. Identificación de la parte

El ser un *status* jurídico no importa tener la calidad de parte como una mera abstracción. Todo lo contrario, se trata de personalidades concretas que actúan en los roles que a cada uno le importan o le pertenecen. Por ejemplo, el letrado es parte en la ejecución de honorarios frente al vencido o contra su cliente, pero no lo es mientras representa a su poderdante, quedando de manifiesto la alteridad de las situaciones procesales.

El Código Procesal tiene clara la necesidad de tener individuos correctamente determinados en la demanda. Así lo requiere en el artículo 330 incisos 1° y 2°, cuando pide que se mencione el *nombre y domicilio del demandante* y el *nombre y domicilio del demandado*. De esta

1232. Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 294.

forma, al actor –demandante– le corresponde cumplir la carga de denunciar correctamente a las personas contra quienes pretende constituir la relación jurídica procesal.

En el sujeto activo, es decir, quien promueve el derecho de pedir (la acción) y lo concreta con el escrito de postulación, aparece inconfundible el derecho e interés que alega, de manera que él es la parte que actúa, y en nombre propio. Por consiguiente, no es posible capturar en similar condición al que ejerce la representación necesaria o voluntaria, pues a estos no les pertenece el interés en obrar.

Distinta se presenta la situación del demandado, en tanto puede ocurrir que no se tenga claramente establecida la afectación de los intereses a su respecto. Por ello, basta con enunciar al sujeto pasivo que se quiere involucrar para constituirlo en parte, quien luego confirmará tal posición (si resiste la pretensión, o decide cualquiera de las actitudes voluntarias típicas al acto siguiente del emplazamiento), o la abandonará (*v. gr.* si prospera la excepción de falta de legitimación pasiva).

Suponiendo que los demandantes o demandados fueran varios, no significa que se multiplique el número de partes, sino que varios serán los que actuarán, debidamente conocidos, en una misma posición (*v. gr.* litisconsorcio activo, o pasivo, según el caso).

La identificación de las partes es insoslayable en la medida que con ellos se traba el proceso, y a ellos les alcanzan los efectos de la cosa juzgada. La operatividad del principio dispositivo se eleva en significativa dimensión pues solo a las partes les corresponde actuar el interés jurídico que quieren resguardar, debiendo el órgano jurisdiccional respetar ese cuadro de pretensiones y resistencias (principio de congruencia).

Además, reconocidas las partes se pueden alegar otros institutos como la litispendencia, o el defecto de jurisdicción (suponiendo que una de las partes fuera el Estado, la competencia tiene que ser federal); las recusaciones y excusaciones correspondientes; el desarrollo adecuado de la prueba de confesión (absolución de posiciones), e incluso, la responsabilidad por las costas (art. 77, Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

254. Principios inherentes a la calidad de parte

La posición jurídica que contrae el concepto de parte, importa actuar en su órbita otros principios que vincula directamente. Son ellos los de dualidad, igualdad y contradicción.

254.1 Dualidad de partes

Habitualmente el proceso contradictorio enfrenta los intereses de dos posiciones diversas asentadas en la pretensión del actor y la resistencia del demandado. Podemos afirmar así que lo consustancial en el proceso no es la existencia de partes, en tanto pueden existir diversidad de juicios con pluralidad de partes, o directamente sin una de ellas, siendo entonces posible encontrar posiciones, la del actor y la del demandado, sin hallar pluralidad de posiciones porque estas son únicas.

A su vez, un proceso también se desarrolla ante la petición de una parte (extracontenciosa), dando lugar a un procedimiento de jurisdicción voluntaria donde la tarea del juez resulta necesaria, "sin estar empeñada ni promoverse cuestión alguna entre partes conocidas y determinadas".[1233]

Uno y otro proceso, no obstante, coinciden en la presencia de numerosos actos o sujetos que, aun denominándolos diferentemente, concilian principios esenciales que encolumnan sus tipos y presupuestos.

Alcalá Zamora[1234] enumera diversos pares de antagónicos (sean contenciosos los primeros, y voluntarios, los restantes) que muestran un diseño peculiar, en cierta forma, únicos pero con modalidades propias: partes-solicitantes; pretensión-petición; demanda-solicitud; juzgador-funcionario judicial; sentencia-resolución; apelación-alzada.

Respecto del carácter de partes o solicitantes, el punto que los vincula es el principio de igualdad procesal, exigencia en los procesos contradictorios antes que en los voluntarios, dando en estos lugar a que la igualdad se trabe sobre el derecho a obtener tutela efectiva de

1233. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Civil, (Teoría General del Derecho Procesal), op. cit.*, T. I, Vol. 1, p. 275 y ss.

1234. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de teoría general e historia del proceso, op. cit.*, T. I, pp. 295 y 336.

los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que en ningún caso pueda admitirse indefensión.

En la controversia la igualdad esencial es entre partes; en la jurisdicción voluntaria la igualdad reposa en el derecho de alegación y réplica contra el órgano decisor. Por encima de ambos, y a modo de sombrilla protectora, la cuestión de la igualdad se traduce en una dinámica de paridad ante la justicia, que lleva al problema de la socialización del derecho en general, y de la justicia, en particular.

254.2 La contradicción

Ahora bien, de la estructura del proceso dependen los principios que corresponden al proceso contradictorio. Bien explica Díaz que

> … el principio de bilateralidad de la audiencia, o del contradictorio expresa que, salvo excepciones limitadas, el juez no podrá actuar su poder de decisión sobre una pretensión (civil, *lato sensu* o penal), si la persona contra quien aquella ha sido propuesta no ha tenido oportunidad de ser oída: *audiatur et altera pars*.[1235]

La contundencia del axioma persigue que todo acto procesal, desde aquel que contiene la pretensión, hasta aquellos que tengan la más mínima incidencia en los derechos del confrontado, puedan merecer réplica del oponente y, en su caso, prueba que lo desmerezca o descalifique. Dado que el principio se respeta y protege otorgando oportunidad de defensa, contrae cierto contenido eventual u optativo que guarda relación con el principio de preclusión de los actos procesales, según el cual, abandonada o superada una etapa se pasa a la siguiente sin posibilidad de regreso.

El contenido hipotético del postulado no significa quedar anulado por el acto omisivo de quien tiene oportunidad de alegar y no lo hace; tan solo refiere a un desplazamiento temporal de la secuencia cuya expresión más acabada es la reaparición del rebelde en el proceso. Es decir que el principio de contradicción se respeta dando oportunidad cierta de defensa, pero no requiere efectivización. La única limitación estaría en el conocimiento concreto del acto en traslado, de modo tal que su vigencia dependerá de la comunicación fehaciente que de aquella se hubiere hecho.

1235. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, T. I, p. 214.

En otro sentido, la ausencia de respuesta solo precluye la oportunidad, el tiempo para hacerlo, aunque pueda algunas veces repensar su actitud y volver contra el acto. Por ejemplo, el rebelde que abandona su contumacia y comparece a estar a derech, se lo tiene por parte, pero en el estado procesal que transcurre la litis.

Asimismo, existen actos que dictados *inaudita pars*, podrían generar cierta flexión en el principio, tales como las medidas cautelares; empero, el principio de bilateralidad queda resguardado al observarse que lo único diferente es el tiempo para cuestionar: no se desplaza el contradictorio en sí mismo, sino la oportunidad para hacerlo.

254.3 Igualdad entre las partes

El principio de igualdad tiene cabida en el concepto fundamental de "debido proceso"; pero cabe interrogarse ¿qué alcance tiene esta igualdad en la integración de los preceptos que a las partes se aplica? Evidentemente la referencia trae implícita la llamada igualdad de armas,[1236] es decir, el equilibrio prudente entre las razones de las partes dando igual oportunidad a ellas para demostrar sus convicciones. La idea está en quitar espacio a la inferioridad jurídica, sin conceder a unos lo que a otro se niega, en igualdad de circunstancias.[1237]

La frase igualdad de armas sostiene una categoría filosófica asentada en la justicia conmutativa que difiere de la igualdad de circunstancias porque en esta será posible observar la realidad del suceso procedimental, con los repliegues intrínsecos del principio de igualdad ante la ley con los avatares que le presenta un proceso común.

Asimismo, enraizado en la igualdad, suele hablarse de la igualdad en la fila,[1238] donde el resultado obtenido en el proceso sirve las veces de modelo de otras conductas o situaciones que se emparentan por su fisonomía similar. Dos son los problemas reflejados en este pasaje: por un lado, el de lograr que la justicia permita razonar sobre la base de precedentes alcanzados sin llegar al extremo de la

1236. Botticher, Eduard, "La igualdad ante el juez" en *Revista de Derecho Procesal*, 1951-I, p. 128. Cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I (*Teoría General del Derecho Procesal*), Vol. 1, *op. cit.*, p. 277 y ss.

1237. Díaz, Clemente, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, T. I, p. 218.

1238. Botticher, Eduard, *op. cit.*, p. 129.

uniformidad imprudente (por el destino creador y transformador de la jurisprudencia); y por otro, obtener la misma accesibilidad que consiguió el proceso modelo.

255. Clases de partes

Recordemos previamente que la diversidad de partes no afecta la posición que ocupan en el proceso; tan solo simplifican algunas cuestiones que se traspolan a instituciones particulares que después afrontaremos.

Los sujetos del proceso revisten la condición de activo y pasivo, según actúen como actores o demandados, respectivamente. El sujeto activo puede ser individual o plural permitiendo llamarlos "parte única" o "litisconsorcio activo", por su orden. Igual es el caso del sujeto pasivo, solo que en el caso de pluralidad, además del litisconsorcio, se dan intervenciones de terceros en calidad de parte (intervención adhesiva simple e intervención obligada).

Estas actuaciones extrañas a otros que no constituyeron la relación jurídica material permiten ordenar en *partes principales*, que son las que esgrimen la titularidad del interés y formulan la pretensión; y *partes accesorias*, que resultan quienes se encuentran habilitadas para invocar un interés coincidente con el derecho aducido por las partes principales.[1239]

Si recreamos las vicisitudes por las que atraviesa el proceso judicial, también se observa cómo la parte puede mudar de persona (por ejemplo el actor, a quien se reconviene, se vuelve sujeto pasivo del acto de contrademanda); transferir el interés a otros (cesión de derechos litigiosos, sucesión procesal, etc.), o sustituirse la calidad (art. 44, CPCC).

Estos desplazamientos del interés dividen a las partes conforme su estabilidad en el litigio. Son *partes permanentes*, quienes constituyeron desde el inicio la traba del contradictorio; y también los que después se agregan en idénticas condiciones que aquellos. Son *partes transitorias* o *incidentales*, las que actúan en etapas del proceso en interés de un derecho que les pertenece (*v. gr.* perito, letrado que ejecuta sus honorarios, etc.).

> Palacio incorpora un matiz más a la clasificación, admitiendo la diferencia entre partes según la mayor o menor amplitud con que pueden actuar sus

1239. Cfr. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 16.

> respectivas facultades procesales. En tal sentido, teniendo en cuenta que resulta común la parte en sentido amplio, menciona como partes restringidas las del tercero adhesivo simple; el denunciante y denunciado en el proceso de incapacidad; el demandado en el juicio de alimentos, entre otros.[1240]

Asimismo, resta por señalar la clasificación que, vinculada con la legitimación, realiza otro sector de la doctrina. Si tenemos en cuenta la tradición que asimila la pertenencia del derecho con la situación que en el juicio se ocupa, las partes pueden distinguirse en sentido *material* y en sentido *procesal*, según corresponda la titularidad del interés o la representación del mismo, respectivamente.

De esta manera, surge proyectada una escisión conceptual entre aquellos que concurren al litigio en defensa de sus propios intereses, los que se denominan "justas partes"; respecto de otros que no tienen la titularidad.[1241]

256. La legitimación directa e indirecta

Tan solo como referencia pedagógica hemos de utilizar este dualismo para comprender el concepto de legitimación, toda vez que de aceptarla en toda su amplitud se confirmaría que la presentación en juicio solo es posible por quien tiene directamente el derecho subjetivo (legitimación ordinaria o directa), y no por otros que, careciendo de esa titularidad, acrediten un interés bastante que posibilite la tutela jurisdiccional. Es decir, la división entre legitimación directa e indirecta se toma para individualizar a las personas o grupos de ellas que deducen ante la justicia una pretensión.

1240. Ibídem, p. 17.

1241. Satta, Salvatore, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, T. I, p. 86. Sostiene que "... la pretendida escisión de la parte de la justa parte es fruto de un equívoco y precisamente de la arbitraria distinción entre posiciones procesales y posiciones sustanciales de la parte. En realidad quien demanda, y por el solo hecho de demandar, afirma la propia legitimación, o sea postula que el ordenamiento jurídico reconoce y tutela como suyo el interés que se quiere hacer valer. Es por lo tanto siempre parte y justa parte. Que si luego el juez le dice que el interés que se quiere hacer valer no es suyo, sino de otro, o que no está reconocido por el ordenamiento (ejemplo el interés del locador a hacer reconocer o desconocer la servidumbre relativa al fundo locado), su demanda será rechazada ni más ni menos que por esto, y no porque él aun siendo parte, no sea la justa parte".

Lo común es que esa demanda se promueva por quien padece la alteración efectiva en los derechos que ostenta, determinando su legitimación directa u ordinaria. Pero si la afirmación proviene de otros que, sin ejercer cualquier supuesto de representación (en cuyo caso el interés actuado nunca es propio sino de otro), reclaman para sí la protección jurisdiccional, es necesario particularizar las situaciones pues la legitimación ya no es directa, sino indirecta o extraordinaria.

Montero Aroca prefiere llamarlas legitimaciones *originarias* y *derivadas*.

> En la primera las partes comparecen en el proceso afirmando el demandante que él y el demandado son los sujetos originarios del derecho subjetivo y de la obligación, aquellos respecto de los cuales nació inicialmente la relación jurídica. En la segunda, en la derivada, el demandante afirmará que una de las partes (o las dos) comparece en el proceso siendo titular de un derecho subjetivo o de una obligación que originariamente pertenecía a otra persona, habiéndosele transmitido de modo singular o universal.[1242]

Las principales figuras que tiene la legitimación indirecta son: a) la sustitución procesal y b) la sucesión procesal.

256.1 La sustitución procesal

Explica Carnelutti que

> ... hay sustitución cuando la acción en el proceso de una persona distinta de la parte se debe, no a la iniciativa de esta, sino al estímulo de un interés conexo con el interés inmediatamente comprometido en la *litis* o en el negocio.[1243]

La legitimación para obrar le corresponde por cuanto el interés que actúa es propio aunque el derecho sea ajeno. No desplaza a la parte originaria, sino que la acompaña en la actuación procesal. Quien acude en calidad de sustituto admite no ser quien afirma la relación jurídica material, ni contra quien se deduce la misma; no obstante, está permitido su ingreso al juicio fundado en normas expresas que lo habilitan, aun sin corresponderle la pertenencia del derecho que a las partes originarias vincula.

1242. Montero Aroca, Juan, *La legitimación..., op. cit.*, p. 39.

1243. Carnelutti, Francesco, *Instituciones del proceso civil, op. cit.*, T. I, p. 176.

La sustitución requiere: a) La existencia de una relación jurídica sustancial; b) un proceso en trámite; c) un sujeto procesal que actúe en calidad de parte principal litigando por esa misma relación y en el mismo juicio, pero sin tener condición de titular activo o pasivo de ella; d) una solución normativa que autorice la admisión y, e) un vínculo jurídico de derecho material que justifique o fundamente la solución.[1244]

Los casos posibles que permiten aplicar este instituto son bastante conflictivos, en la medida que puede fácilmente confundir un caso de sustitución con otro de sucesión, o bien, con un supuesto de actuación en interés y derecho propios, siendo alegado como de sustitución de parte.

En algunos casos la intervención del sustituto es *directa* porque se provoca con la misma acción que tiene posibilidades de incoar (*v. gr.* pretensión subrogatoria); en otras es *provocada* (*v. gr.* citación de evicción); también puede resultar *parte exclusiva* cuando suplanta totalmente la calidad de parte principal; o *litisconsorte* si actúa acompañando al actor o lo hace como tercero adhesivo simple. Finalmente, la sustitución es *originaria*, en el caso de que el sustituto asuma la calidad desde el comienzo del proceso, en tanto que es *sucesiva* cuando lo hace con posterioridad a la demanda o a la contestación.[1245]

En líneas generales, se mencionan como ejemplos de la sustitución de parte, los siguientes: 1) la acción subrogatoria; 2) la citación de evicción; 3) la acción directa contra las compañías aseguradoras en materia de accidentes laborales o de tránsito; 4) la demanda deducida en nombre del concurso por el acreedor que actúa en contra de lo asesorado por el síndico y pese a habérsele denegado la autorización judicial; 5) la reclamación de honorarios regulados en juicio y sin percepción de sus beneficiarios, a través de los organismos profesionales que persiguen –indirectamente– la integración de los aportes obligatorios a sus cajas de seguridad social; 6) la acción del acreedor en defensa de los bienes prendados o gravados en forma real contra los ataques de terceros; 7) la actividad cumplida por el síndico o por el administrador respecto de los bienes que tiene a su cargo y sobre los que el titular no tiene facultades de disposición.

1244. Rivas, Adolfo, *Tratado de las Tercerías,* Buenos Aires, Abaco, 1993, T. I, p. 288.
1245. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.,* p. 344.

Ramos Méndez sostiene que para hablar de estos supuestos extraordinarios de legitimación solo es posible aceptando el esquema dualista de relaciones entre derecho y proceso, por el cual se permite confundir titularidades sustanciales con derecho de postulación.[1246]

Ugo Rocco, quien estudió el tema en profundidad, alegaba esa vinculación necesaria; afirmando que el sustituto procesal no puede ejercer derechos sustanciales que no le corresponden, por lo cual su actuación moviliza un derecho independiente de contenido procesal. De esta manera, la llamada sustitución no ejercita un derecho de acción ajeno en nombre propio sino un derecho de acción propio y por tanto en nombre propio, que tiene por objeto una relación jurídica ajena.[1247] Rivas difiere y explica que esta opinión,

> … no cambia sustancialmente las cosas: la sustitución procesal no implica en modo alguno establecer una dependencia entre la acción y el derecho de fondo; simplemente con ello se señala como dato objetivo, pautas acerca de la disponibilidad de la instancia y del uso de la acción, del derecho en litigio, y de los efectos de la cosa juzgada para cuando no se da lo habitual, es decir la coincidencia entre la titularidad de la relación sustancial y la correspondiente a la de tipo procesal y con ello la posibilidad de accionar –o continuar la acción– o de oponerse como partes.[1248]

Otros, sin apuntar directamente al problema de la titularidad o pertenencia del derecho material, prefieren relacionar la cuestión con el interés. De este modo Podetti alega un interés indirecto del sustituto;[1249] Satta señala que es un caso absolutamente normal de tutela de intereses[1250] que pone de relieve la ineficaz elaboración de una categoría propia de legitimación procesal; Palacio se diferencia de este, criticando la postura y sosteniendo que

> … el objeto controvertido en el proceso no se halla representado por la relación de derecho material existente entre el sustituto y el sustituido, sino por la relación jurídica que vincula a este último con la otra parte, y de cuya declaración judicial depende, precisamente, la satisfacción del

1246. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 263.

1247. Rocco, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 366 y ss. Cfr. Rivas, Adolfo, *Tratado de las Tercerías, op. cit.*, p. 297.

1248. Rivas, Adolfo, *Tratado de las Tercerías, op. cit.*, T. I, p. 297.

1249. Podetti, Ramiro, *Teoría y técnica del proceso civil, op. cit.*, p. 197.

1250. Satta, Salvatore, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 274.

> derecho del sustituto. Este, por consiguiente, solo puede ser considerado titular de un derecho en la medida en que efectivamente exista el derecho de otro sujeto, razón por la cual no puede negarse que, desde el punto de vista procesal, actúa en sustitución de aquel.[1251]

Desde nuestro punto de vista, la constitución del interés tiene mucho que ver con la legitimación procesal que resulta habilitada para el sustituto. En efecto, la situación de quien suple completamente al titular del derecho muestra uno de los casos atípicos de defensa por otro de un derecho que no le corresponde, pero con la singularidad de que, al mismo tiempo, protege en el proceso, aquellos que adquirió a través del negocio particular con el sustituido.

Para admitir la nueva integración procesal se requiere que la contraparte preste expresa conformidad, pues el problema que aparece con este nuevo personaje procesal surge de la contradicción hipotética entre ambos, pues los principios de igualdad y posiciones duales están cubiertos a satisfacción.

De tal forma, el interés sustancial no varía; el único cambio posible emerge de las expectativas que tenga el sustituto, pero en nada afecta el contenido principal del conflicto a resolver. Sigue siendo la misma parte, solo cambian las personas.

Inclusive, aun cuando la sustitución fuera parcial, la disponibilidad se mide por el litisconsorcio formado, mediante los efectos de la cosa juzgada que la sentencia sobre ellos proyecte.

Cualquiera de las formas posibles de celebrar el cambio de partes por sustitución transfiere todas y cada una de las potestades, deberes, cargas y expectativas que tiene el cedente respecto al objeto procesal, salvo los que fueran indisponibles (*v. gr.* confesión, allanamiento, transacción, desistimiento del derecho, etc.), o dependieran de actos personales del sustituido (*v. gr.* reconocimento de firmas).[1252]

1251. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 341.

1252. Cfr. Ibídem, p. 344. Rivas, Adolfo, *Tratado de las Tercerías*, *op. cit.*, p. 315. Critica esta extensión, advirtiendo que "no es razonable jurídicamente, defender la *perpetuatio legitimationis* mediante soluciones que al cercenar la actividad del primitivo litigante lo subordinen al adquirente al que la ley argentina no le otorga más que la función de coadyuvante; así y si el adquirente es reducido a la intervención adhesiva simple y al mismo tiempo se quitara al enajenante total facultad dispositiva, nos encontraríamos que, como el interventor no podría ejercerlas naturalmente, nadie podría llevarlas a cabo. Así, corresponderá señalar que una cosa son los actos de dis-

La posición que ocupe el sustituto dependiza, asimismo, las posibilidades de oposición. Cuando se es actor, y por tanto se adquiere legitimación autónoma, el demandado puede hacer valer a su respecto todas las excepciones dilatorias y perentorias que tuviera contra la parte originaria; si el sustituto actúa en calidad de demandado, la cuestión es exactamente la misma: cuenta el demandante con la facultad de plantear las defensas que le correspondieran contra el sustituido.

La sentencia afecta a sustituto y sustituido por igual, aun cuando la intervención del primero haya sido originaria.

256.2 La sucesión procesal

El cambio de partes mediando sucesión procesal recibe similares explicaciones a las que suelen darse para el procedimiento sucesorio o "de la transmisión de los derechos en general" que contempla el Código Civil y Comercial.

La diferencia está en que son derechos sin consolidación pues dependen de una sentencia judicial que los declare, determinando con ello que la modificación en la titularidad no sea absoluta sino, tan solo, en la posición jurídica que ocupaba en el proceso al tiempo de extinguirse la legitimación para obrar ostentada. Pero no habrá sucesión procesal hasta que no se produzca la sucesión material; es necesario que esta actúe como presupuesto de la segunda.

Se entiende por sucesión procesal la mutación de las partes en un proceso pendiente, fundado en que quien ingresa adquiere la titularidad del derecho material a título oneroso o gratuito. En este sentido –dice Ramos Méndez– "el hecho de la sucesión procesal consiste en que una persona ajena en principio al proceso deviene parte principal en sustitución de la que figuraba primitivamente y como tal continúa el proceso ya iniciado".[1253]

En la sucesión procesal la persona que cubre el lugar de otra en la titularidad del derecho litigioso evita la continuidad de la misma en el

posición del proceso y otros los del derecho sustancial del sustituido; entendemos que no existe ningún problema en que, en las condiciones que luego pasaremos a referir, el sustituto lleve a cabo todos los actos de disposición que crea necesarios en la medida en que no afecte con ello los bienes del sustituido".

1253. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 268. Del mismo autor, cfr. *La sucesión procesal*, Barcelona, Hispano Europea, 1974, p. 1.

proceso; mientras que en la sustitución existe propiamente un cambio de partes que, a veces, no es absoluto, en la medida que la alteración puede ser parcial y constituirse un litisconsorcio o una intervención adhesiva en calidad de tercero.

Alsina, por ejemplo, sostiene que en la sucesión hay continuidad de la personalidad del causante; y en la sustitución solo un cambio de la personalidad del titular del derecho, determinando que "la sucesión se produce en caso de fallecimiento de la parte, y la sustitución en caso de enajenación de la cosa litigiosa".[1254] Criterio no compartido por Palacio, cuando indica que tanto en el caso de fallecimiento cuanto en el de enajenación de la cosa litigiosa existe sucesión (a título universal y particular, respectivamente); y además, porque tanto en uno como en otro caso media, como consecuencia de la sucesión en el derecho litigioso, una sustitución o cambio del sujeto activo o pasivo que interviene en el proceso en calidad de parte.[1255]

Otros interpretan que en la sucesión procesal la legitimación se adquiere sin afectar la cualidad sustancial debatida en juicio; mientras que la sustitución activa un derecho propio reconocido por el ordenamiento jurídico (aun cuando el interés material sea ajeno) que admite pensar en una legitimación ordinaria.[1256]

También se diferencia con la intervención de terceros, pues son instituciones disímiles y con pretensiones diversas. Mientras alguna de las modalidades de la tercería, por ejemplo la citación directa, permite introducir planteos pertinentes que fundamentan un derecho propio que afecta, por ello, el objeto litigioso principal; en la sucesión no se modifican las pretensiones sino la titularidad de los sujetos.

Si fuera intervención litisconconsorcial, la legitimación del tercero deriva de que la sentencia lo afectará directamente porque en el proceso se discute un derecho que en alguna medida es suyo; en cambio, en la sucesión la legitimación se toma de quien la cede: el sucesor ejercita también un derecho propio, litigioso, pero que ha adquirido

1254. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico…*, *op. cit.*, T. I, p. 497.

1255. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 326.

1256. Serra Domínguez, Manuel, *Estudios de Derecho Procesal*, *op. cit.*, p. 232.

durante la litispendencia, sin haber contado con la posibilidad de iniciar por sí mismo el proceso.[1257]

En suma, la sucesión procesal permite sustituir las partes originarias del proceso por otras que suplantan la titularidad del derecho sustancial y las posibilidades jurídicas de intervención procesal. Por eso no es simplemente un "cambio de partes" sino un hecho más trascendente porque involucra al derecho en conflicto, además de la idea de continuidad del trámite iniciado.

Las formas de transmisión del derecho litigioso operan por causa de muerte o a través de actos de disposición entre partes, asumiento cada caso, particularidades que las distinguen.

a. La sucesión provocada por la muerte de una de las partes obliga a cubrir su interés en el pleito pendiente; la regla de cobertura no es más que una aplicación de los principios de la transmisión de bienes, ya sea por transmisión del todo o de una parte alícuota del patrimonio de una persona, o por transferencia de un objeto particular que sale de los bienes de otra persona.
   Pero este último tiene una dificultad adicional, que resulta del hecho de que la legitimación procesal se desprende de quien estuvo originariamente establecido como parte para encabezarse en otro que viene a interferir el marco del contradictorio ya firme. Tal situación produce una afectación del principio dispositivo y, por tanto, obliga a regular adecuadamente el alcance que tiene este nuevo emplazamiento entre partes.
   A la par, agrega Ramos Méndez, existe un fundamento de tipo económico para la sucesión procesal: el aprovechamiento de la actividad procesal desplegada por el causante de la sucesión, con el consiguiente ahorro temporal en la duración y en el coste del proceso.[1258]
   La sucesión procesal no se identifica con la transmisión de bienes *mortis causa*. Ambas instituciones se diferencian aunque, como anticipamos, para lograr incorporarse al proceso en la misma calidad que portaba quien fallece, es preciso acreditar la titularidad del derecho que reclama para acceder como sucesor.

1257. Ramos Méndez, Francesco, *La sucesión procesal*, *op. cit.*, p. 31.
1258. Ibídem., p. 37.

El orden normativo dispuesto se orquesta en dos disposiciones procesales. Una es el artículo 43, por el cual se indica que

> Cuando la parte que actuare personalmente falleciere o se tornare incapaz, comprobado el hecho, el juez o tribunal suspenderá la tramitación y citará a los herederos o al representante legal en la forma y bajo el apercibimiento dispuesto en el art. 53 inciso 5.

El artículo 53 inciso 5º, por su parte, cuando refiere a las causales de cesación de la representación voluntaria o necesaria, dispone a la muerte como una de ellas y agrega:

> En tales casos, el apoderado continuará ejerciendo su personería hasta que los herederos o representante legal tomen la intervención que les corresponda en el proceso, o venza el plazo fijado en este mismo inciso. Mientras tanto, comprobado el deceso o la incapacidad, el juez señalará un plazo para que los interesados concurran a estar a derecho, citándolos directamente si se conocieran sus domicilios, o por edictos durante dos días consecutivos, si no fuesen conocidos, bajo apercibimiento de continuar el juicio en rebeldía en el primer caso y de nombrarles defensor en el segundo. Cuando el deceso o la incapacidad hubieren llegado a conocimiento del mandatario, este deberá hacerlo presente al juez o tribunal dentro del plazo de diez días, bajo pena de perder el derecho a cobrar honorarios que se devengaren con posterioridad. En la misma sanción incurrirá el mandatario que omita denunciar el nombre y domicilio de los herederos, o del representante legal, si los conociere.

De este modo, la relación jurídica procesal no se integra con los herederos de una de las partes en tanto no se verifique y demuestre su carácter de tales. Está claro que la muerte de uno de los sujetos del proceso produce la suspensión del trámite, pero no su extinción, toda vez que el heredero no solo sucede en los bienes y deudas del causante, sino que continúa su persona y aun cuando hay un cambio físico, en realidad hay unidad jurídica, de manera que no puede decirse que la relación procesal haya sido alterada.

En consecuencia, reintegradas las partes legítimas con la incorporación de los herederos, al ocupar estos el mismo lugar que el causante, los actos cumplidos quedarán firmes y los si-

guientes se regirán con las mismas facultades y deberes que al de *cujus* pertenecía.

Ahora bien, si la herencia que se transmite se encuentra en estado de indivisión, la representación procesal la asume cualquiera o el administrador, no siendo momentáneamente cuestionado el problema de la legitimación *ad causam*, pero determinada la partición desaparece la legitimación promiscua y la debe asumir quien tenga la calidad de sucesor establecido en el objeto concreto que la litis plantea.

Finalmente, hay casos donde desaparecido el interés principal que actuaba el sujeto fallecido, pierde virtualidad la continuidad del trámite (*v. gr.* muerte del insano cuya declaración de incapacidad se perseguía), aunque puede seguirse al puro efecto de obtener esclarecimientos de orden procesal (*v. gr.* determinación del curso de las costas; percepción de multas procesales devengadas en favor de la parte; etc.).[1259]

b. La sucesión *mortis causa* en relación con las personas jurídicas: Paralelamente al supuesto de fallecimiento de personas físicas puede ocurrir la extinción de las personas de existencia ideal.

En tal hipótesis la calidad de parte en el proceso que la tiene como legitimada, a través de sus representantes legales, pervive a diferencia de lo que sucede con las personas individuales.

Esto es así porque la "personalidad societaria" subsiste para concluir las operaciones pendientes y liquidar el patrimonio comercial abarcando, en consecuencia, los procesos que estuvieran en trámite. De tal forma, la legitimación para actuar no cambia y por ende, tampoco existe un caso de sucesión procesal.[1260] La continuidad en el carácter de parte se logra por la permanencia del conflicto y su trámite, mientras que la legitimación se mantiene por la representación necesaria que se encuentra acreditada en la litis.

En cambio, si la sociedad no estuviera en vías de liquidación sino de reconversión por otras formas societarias como la fu-

1259. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 331.

1260. Rivas, Adolfo, *Tratado de las Tercerías*, T. I, *op. cit.*, p. 193. Así también lo interpreta Rivas, al decir que no hay sucesión procesal porque no se produce sucesión substancial alguna, desde que ningún sujeto o persona recoge el patrimonio para sí o suplanta la que feneció o está en vías de serlo.

sión, la absorción, o la transformación en general (escisión, unión transitoria de patrimonios o por objetivos, etc.) la transferencia de derechos provoca una representación nueva que modifica la que en juicio se encuentra acreditada.

De suyo, el interés sustancial se altera desde que entre los objetivos de la nueva integración puede estar la resolución de los conflictos judiciales en trámite; pero tal cambio en la personalidad no puede afectar los derechos del contradictor, quien conserva las facultades de oposición previstas, entre otras, por la ley de sociedades.[1261]

Ahora bien, es necesario distinguir la sucesión procesal que se origina por cambio de un sujeto, de la sustitución reglada por el artículo 44 del Código de forma. Mientras en este último caso juegan los intereses, en la sucesión no existe más que un interés que se transmite de un sujeto a otro que puede ejercer el derecho en su nombre propio como consecuencia de la transmisión operada. Al ser este el caso en examen no correspondía aplicar el procedimiento previsto en aquel artículo, pues contempla una situación distinta.[1262]

Pero en la cesión de derechos antes de trabada la *litis*, no se aplica el artículo 44 del Código Procesal, pues esta norma contempla solo los casos de sucesión particular en los derechos litigiosos por enajenación del bien objeto de litigio o cesión del derecho reclamado. En cambio, una vez trabada la litis, la cesión de derechos litigiosos es ineficaz sin la conformidad de la contraria.

c. En la venta del objeto litigioso, el adquirente podrá acceder al proceso si estuviera en trámite, que es el único supuesto que contempla el código federal. De lo contrario, la acción ejercida corresponde a una pretensión subrogatoria. Tales intervenciones el código las contempla como citación de evicción (arts. 105 y ss.) y acción subrogatoria (art. 111 y ss.), respectiva-

1261. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 333. Asimila las conclusiones al supuesto de transformación de sociedades, en la medida que la parte contraria puede hacer valer sus derechos de acuerdo con las disposiciones aplicables en la ley de sociedades. De allí que si, por ejemplo, una sociedad colectiva se transforma en sociedad anónima o de responsabilidad limitada, la otra parte podrá hacer efectiva la responsabilidad subsidiaria de los socios colectivos por las consecuencias patrimoniales del proceso.

1262. Disidencia del doctor Cavagna Martínez (Fallos: 315:2486).

mente. Inclusive, la legitimación que se adquiere en estos casos es directa y no depende de la situación que tenga la parte en el proceso al que se adscribe. Es decir, en ningún caso entra en juego la relación jurídica material que vincula al deudor (la parte) con el subrogante o el citado de evicción, sino otro bien distinto que opera en terreno de las posibilidades de actuar en juicio juntamente con aquella, esto es, un derecho exclusivamente procesal que asigna legitimación para obrar.
Por eso apunta Montero que

> … en la acción subrogatoria hay que distinguir entre el Derecho Procesal propio del acreedor y el derecho subjetivo material del deudor; el sustituto ejercita los dos, pero en el segundo está haciendo valer en nombre propio derechos subjetivos que afirma corresponden a otros. En conclusión, la acción subrogatoria no confiere al acreedor derecho material alguno, y sí un Derecho Procesal; las dos relaciones jurídicas no se ven alteradas por la legitimación que se confiere al acreedor; a este no se le da nada que no tuviera antes, pues lo que se le reconoce es un Derecho Procesal. Por eso el acreedor no puede pedir para sí, sino que pide para su deudor, para integrar el patrimonio de este, con el fin de posibilitar la efectividad del derecho material que ya tenía reconocido.[1263]

d. Si fuere el caso de cesión de derechos litigiosos, debe analizarse las modalidades de la convención, en cuanto a la posible permanencia de la parte cedente en calidad de parte, o la pérdida absoluta de esa situación procesal. Por ejemplo, si la cesión es del derecho sustancial (aceptando para ello, únicamente, el dualismo entre derecho y proceso) el sucesor ocupa la posición de parte principal; mientras que si lo fuera de la calidad, quedaría integrado un litisconsorcio (*v. gr.* art. 109, CPCC), o bien, un supuesto de intervención de tercero (art. 112, apartado segundo, CPCC).
Habiéndose operado el acto de enajenación particular del bien que es el objeto mediato del proceso, el causante no queda liberado y debe continuar como parte principal, en tanto el sucesor solo tendrá una intervención litisconsorcial según lo establece el art. 44 del Código Procesal.

1263. Montero Aroca, Juan, *La legitimación en el proceso civil, op. cit.*, p. 56.

e. El último de los supuestos de sustitución que regula el art. 44 del código ritual no refiere tanto a los supuestos de sucesión como sí a la forma que asume dentro del proceso a consecuencia de la oposición que tiene derecho a formular la contraparte.
En este supuesto, no se puede hablar ya de un caso de sucesión auténtica, sino de sustitución, porque al transferirse la titularidad del bien o del derecho, la posición que le corresponde al cedente deja de ser "como dueño del derecho subjetivo" para resultar obligado ante las consecuencias que del acto emergen.
Si ante la presentación en autos del tercero formuló oposición a la sustitución de parte la demandada dándose el supuesto previsto en el art. 44 del Código Procesal, la intervención de aquél continuó en la calidad que determinan los arts. 90, inc. 1° y 91, primer párrafo del Código citado; consecuentemente el interviniente adhesivo simple no asume el carácter de una parte autónoma, por cuanto su posición dentro del proceso está subordinada o dependiente respecto de la que corresponde a la parte con la que coadyuva.
Del análisis de los institutos de la cesión de derechos y la sustitución procesal, va de suyo que las exigencias mayores –ya sea de la escritura pública o de la no desvinculación procesal de la parte– se dan frente al derecho litigioso y dado que el derecho cedido en el caso no tiene dicha condición por existir sentencia firme, debe producirse la plena sustitución procesal del primitivo accionante.

257. La modificación en el número de intervinientes

Así como puede alterarse la personalidad procesal con las figuras que hemos visto, también el conflicto puede quedar planteado entre más de un individuo. Podrán ser varios actores o varios demandados los que mantendrán la calidad de partes en su lugar. Aquí, el proceso abandona su relación habitual entre dos para multiplicarla, pero conserva la bilateralidad y la contradicción, que ahora se da entre muchos.

Esta dinámica de la controversia se denomina procesos con partes múltiples, o litisconsorcio activo (varios actores) y litisconsorcio pasivo (varios demandados).

Son procesos complejos, bien por la diversidad de personas, o por la pluralidad de pretensiones, o de una sola pero con varios sujetos, donde el efecto externo más característico es la existencia real de un solo proceso y de un juicio único que le pone término.

Sin perjuicio de esta modalidad procedimental, la disputa entre partes puede encontrar –o necesitar– otros involucrados en la relación jurídica que se ventila, debiendo integrarse la *litis* con ellos a efectos de impedir que la sentencia los afecte sin que hayan tenido posibilidad de defensa. Son los supuestos característicos de la *intervención de terceros*, ya sea en las modalidades voluntaria o coactiva.

Finalmente, el proceso también puede interesar parcialmente a otros. No ya en la totalidad del objeto procesal, sino, tan solo, en una parte, en una única cuestión. Es entonces cuando la litis incorpora un nuevo concepto de legitimados activos con el instituto de las *tercerías*, que se caracteriza porque la pretensión no viene a posicionarse en lugar de cualquiera de los litigantes originarios, sino en un espacio individual y a través de una específica cuestión que dentro del proceso deduce. Son las denominadas tercerías de mejor derecho y de dominio que, de inmediato, veremos en lo tocante al problema de la legitimación.

257.1 El litisconsorcio

La conexidad del interés entre varias personas provoca que, actuando en conjunto, constituyan el llamado *litisconsorcio activo* (posición de parte actora) o *pasivo* (posición de parte demandada), cuya legitimación procesal se resuelve en función del vínculo que los unifica.

Definir el interés para obrar de cada uno es una verdadera dificultad pues la reunión de ellos en una misma calidad no supone, necesariamente, que tengan iguales intenciones o la misma pretensión.

Las categorías conocidas de litisconsorcio permiten observar diferencias en la fisonomía que adquiere la legitimación, en tanto cada una de ellas contrae un significado distinto de acuerdo al modo y forma como se implementan.

Hay tres tipos de litisconsorcio: 1) *voluntario*; 2) *necesario*, y 3) *cuasinecesario*. Cada uno tiene un componente distinto en relación a los intereses que actúan.

En el primero, también denominado *litisconsorcio facultativo* (art. 88, CPCC), queda expuesto en el plano subjetivo una acumulación de objetos litigiosos que representan pretensiones basadas en derechos materiales que se consideran acumulativos y no incompatibles ni excluyentes entre sí, e incluidos todos en el ámbito de competencia jurisdiccional, pero que, en definitiva, se distinguen, ya sea porque nacen de un mismo título o se fundan en una misma causa de pedir. El fenómeno se circunscribe en el área de la acumulación de acciones (arts. 87 y 88, CPCC) y depende de la voluntad de quien pueda en estas circunstancias demandar a varios o solo a uno; o también, del acuerdo y voluntad concorde de quienes tengan esa posibilidad jurídica y quieran ejercitar judicialmente sus derechos contra varios.

El *litisconsorcio necesario* (art. 89, CPCC) obliga a integrar el proceso con todos aquellos a quienes la sentencia pudiera afectar. La peculiaridad de esta figura procesal consiste en que la acción pertenece a todos los interesados y contra el pleno de interesados considerados como un solo sujeto. Si la litis no ha quedado integrada con todos los partícipes obligados, la sentencia que en definitiva se pronuncie sería inútil o deficiente, por cuanto no se podría cumplir, ya que sus efectos, que indispensablemente deben llegar a todos los legitimados, no podrían alcanzar a quienes no fueron objeto del proceso.

A diferencia del caso anterior, en este la necesidad implica una pretensión única, cuya característica esencial reside en la circunstancia de que puede ser interpuesta por o frente a varios legitimados, y no frente a alguno de ellos solamente.

Por último, el *litisconsorcio cuasinecesario* es una figura intermedia en la que, si bien una pluralidad de sujetos podrían actuar por separado en relación con un determinado objeto litigioso, la ley exige un tratamiento procesal conjunto con resolución que afectará a todos, independientemente de que litiguen o no.

Digamos, en conclusión, que existe una conexidad jurídica entre la pretensión y los sujetos obligados a responder por ella, que proyecta una infinidad de consecuencias procesales. Por ejemplo, en materia de legitimación, dependen de la voluntad de quien demande o resista.

Si el actor resolviera demandar por separado, cada proceso tendrá su propia cuestión de legitimación, pero la sentencia, habitualmente, es única a través del llamado que hace la acumulación de procesos.

En el *litisconsorcio necesario* la cuestión es sustancialmente diferente. La vinculación subjetiva es inescindible al provenir de un mismo derecho material (*v. gr.* indivisibilidad de la obligación). La legitimación en estos casos se considera en relación con la cualidad de cada uno, pero el interés para obrar no se fracciona, al ser único e indivisible.

La necesidad de contar con todos los interesados la pregona la ley, mucho más en los casos de litisconsorcios pasivos, ante el riesgo de la indefensión que nulifica todo el proceso. Por eso, la existencia del litisconsorcio necesario no supone un problema definido a través de los presupuestos procesales, sino de la *legitimación ad causam*.

En el litisconsorcio cuasinecesario, varias personas se hallan, ante un determinado evento jurídico, en situación de igualdad que por tanto los legitima individualmente; empero la resolución judicial alcanza a todos, aun cuando no estén ni hayan sido parte en el proceso. El caso es típico en las obligaciones solidarias, o frente a impugnaciones de acuerdos societarios que alcanzan a los socios.

257.2 La intervención de terceros

Los procesos judiciales latinoamericanos se han estructurado sobre la idea de partes enfrentadas que debaten en igualdad de condiciones persiguiendo una sentencia que los favorezca. La idea presente es que todo proceso resuelve un conflicto entre partes identificadas y con derechos propios que se deben esclarecer y aplicar.

En consecuencia, el centro de gravedad de las controversias siempre se ha ocupado de la persona individual y reconocida que, afectada en su derecho de propiedad, debe recurrir a los jueces para mitigar la injusticia que padece.

El juicio tradicionalmente ha sido eso, un análisis del problema singular que se resuelve con una visión individualista, donde todo el sistema juega con premios y castigos: *solo puede demandar quien es directamente perjudicado por el hecho*, de modo tal que el interesado en restablecer la situación de derecho no tiene posibilidades porque no tiene un daño directo e inmediato, aunque lo posea en forma tangencial; *el que afirma debe probar*,

y por eso instala una obligación a veces de cumplimiento imposible; *la sentencia se dictará según lo alegado y probado por las partes*, de manera que solo se resuelve para ellas sin dar sentido trascendente al fallo que se emite; *la cosa juzgada no alcanza a terceros que no han estado en el proceso*, porque ello afecta la sagrada bilateralidad y el derecho de defensa en juicio.

El método es sencillo: la persona debe acreditar legitimación, emplazar al demandado y dominarlo en la etapa probatoria. Con ello, seguramente el premio será una sentencia favorable, única y exclusivamente para él. Será el vencedor, y el otro, un derrotado que tiene que pagar todo lo que se encontró obligado a soportar el ganador.

La legitimación para obrar del tercero se colige desde el interés que acredita y, en consecuencia, por la calidad de parte que puede reclamar. En sentido técnico, aplicado por tanto únicamente al proceso jurisdiccional, se es tercero mientras no se tenga la calidad de parte, pues una vez adquirida, la condición para actuar se confunde con los supuestos de litisconsorcio. Por eso, recordamos al comienzo que el proceso judicial se contruye como un conflicto entre dos partes, no entre tres, de forma que también los intereses deben estar posicionados en uno u otro sector; jamás puede existir una situación intermedia.

El tercero que al proceso se incorpora tiene situaciones diferentes respecto de la dualidad de intereses que en el litigio se debate. Esta distinción es importante en la medida en que quien no tiene "interés" está fuera de las proyecciones y efectos que emanan del juicio, aun cuando la sentencia pueda alcanzarlo. Es decir, el proceso civil tiene titulares de derechos y obligaciones que no tiene quien no es parte.

La intervención del tercero puede ser *voluntaria* o *forzada*, de acuerdo con el interés que ostente quien se encuentra fuera del proceso. Estos intereses, a su vez, pueden darse bajo las modalidades siguientes:

a. El tercero afectado por la sentencia dictada entre partes, que si bien no lo alcanza *de iure*, sí lo es de facto, por perjudicarlo indirectamente (*v. gr.* condena a pagar una suma de dinero que puede tornar insolvente a quien resulta deudor del tercero).
b. Tercero que acredita un interés semejante al de una de las partes en el litigio y por el cual puede encontrarse alcanzado a través de los efectos de la cosa juzgada (*v. gr.* intervención adhesiva o litisconsorcial).

c. El interés de quien alega titularidad en la misma relación jurídica material que el juicio ventila entre partes, de forma que la sentencia, obviamente, lo alcanzará (*v. gr.* intervención forzosa o provocada).
d. Tercero que tiene intereses contrapuestos con el de las partes, de modo que ostenta un derecho independiente al debatido pero con fuerza bastante para incorporarse al proceso (*v. gr.* intervención excluyente).

De estas situaciones particularizadas interesa observar la dinámica de la intervención voluntaria, pues en ella el interés que habilita la legitimación para actuar es independiente de la que acreditan ya las partes procesales.

En cambio, dice Montero

> … cuando la intervención de un tercero en un proceso pendiente tiene su origen, no en la decisión del tercero que invoca una legitimación, sino en la llamada de una de las partes (intervención a instancia de parte) o del juez (intervención por orden del juez), no cabe plantearse realmente en qué medida está aquel legitimado. Los supuestos de la intervención provocada excluyen, por principio, la alegación por el tercero de un interés que le legitime para intervenir y, por lo mismo, no son objeto de nuestra investigación actual.[1264]

De igual manera, entre nosotros, debe excluirse el tratamiento de la intervención principal o excluyente, pues el legislador argentino no ha contemplado la figura y, jurisprudencialmente, recibe permanente contrariedad.

El funcionamiento de ella puede ser fuente de situaciones extremadamente complejas, inconciliables con la celeridad que del proceso se espera y, en buena parte de las ocasiones que esta intervención principal se denuncia, se utiliza el instituto de la acumulación de procesos.

El código se ocupa de la legitimación del tercero a través de las dos modalidades que reconoce: la intervención litisconsorcial (art. 90 inc. 2º) y la intervención adhesiva simple (art. 90 inc. 1º).

La intervención obligada prevista en el artículo 94 descarta un supuesto de legitimación invocada por el tercero, toda vez que acude al proceso citado por quienes son partes en el mismo.

1264. Montero Aroca, Juan, *La legitimación en el proceso civil, op. cit.*, p. 76.

a. Intervención voluntaria

Se denomina intervención voluntaria a la incorporación al proceso de cualquier interesado que acredite que la sentencia que entre las partes se dicte lo puede afectar de manera directa. La petición se efectúa en un proceso en trámite, y subordina el principio dispositivo según el cual el actor es dueño de la potestad de traer al proceso a quienes interpreta que la demanda corresponde.

El problema se puede analizar, también, desde la perspectiva de la *integración de la litis*, de forma tal que se eviten nulidades eventuales por no estar en el proceso, todas las partes que deberían serlo. Por eso, los legitimados para solicitar la intervención voluntaria en el proceso tramitado por las partes son los mismos terceros.

La intervención voluntaria de terceros en el juicio puede tener lugar cualquiera fuera la etapa o instancia en que este se encuentre. Se exije que la respectiva petición que se somete cumpla los requisitos de la demanda, pero solo *en lo pertinente* (art. 92, CPCC) esto es, en cuanto sea acorde con el grado de adelanto del trámite al tiempo de recabarse la participación por el tercero. Es que *en ningún caso la intervención del tercero retrogradará el juicio ni suspenderá su curso* (art. 93, CPCC).

El fundamento de la institución que regula los arts. 90 y ss. reside en la conveniencia de extender los efectos de la cosa juzgada a todos los interesados en una determinada relación o estado jurídico, sea por economía procesal o para evitar el pronunciamiento de una sentencia inútil, cuando se configura el supuesto contemplado por el art. 89 del Código Procesal. El tercero que reviste el carácter de parte accesoria debe subordinar su actuación al de la parte principal y, por ello, entre otras cuestiones, no puede recusar sin causa.

La intervención voluntaria se puede dar en los casos de cesión de derechos litigiosos, donde corresponde tener al cesionario como parte; y si ello ocurrió durante la tramitación del proceso podrá intervenir en la calidad de sustituto de parte (art. 44). También, cuando la demanda se celebra respecto de algunos socios, los otros están facultados a intervenir en un juicio pendiente a quien se encuentre comprendido en los supuestos contemplados por los incisos 1 y 2, antes transcriptos.

El esquema adjetivo determina que la incorporación en calidad de tercero se halla supeditada a quien acredite sumariamente que la

sentencia pudiere afectar su interés propio y a quien, según las normas del derecho sustancial, hubiese estado legitimado para demandar o ser demandado en el juicio.

Asimismo, se distinguen dos tipos de intervención voluntaria: la principal, o excluyente, y la adhesiva. Esta última, a su vez, suele subclasificarse en intervención adhesiva simple o dependiente e intervención adhesiva litisconsorcial o autónoma.

La jurisprudencia sostiene que hay dos clases de terceros en el proceso: adherente simple o coadyuvante y adherente litisconsorcial o autónomo. El primero es el que hace valer su derecho simplemente conexo con el debatido entre las partes originarias o invoca un derecho propio frente a alguna de aquéllas; asumiendo la calidad de parte accesoria. El segundo actúa como litisconsorte de la parte a quien adhiere, con la consiguiente autonomía de gestión procesal que esta posición involucra.

b. Intervención principal o excluyente

Este tipo de intervención tiene lugar cuando un tercero se incorpora a un proceso pendiente a fin de interponer, frente a las partes originarias, una pretensión incompatible con la deducida por el sujeto activo. Un claro ejemplo de este supuesto sería el caso del actor que reclama ser titular de un automotor al demandado y se presenta el tercero alegando ser su verdadero propietario.

Debe señalarse sin embargo que este tipo de intervención no ha sido reglamentada en el código. En la Exposición de Motivos que acompañó al proyecto luego convertido en Ley N° 17454, se expresa al respecto:

> Hemos creído conveniente no contemplar la intervención excluyente, por cuanto su funcionamiento puede ser fuente de situaciones extremadamente complejas, inconciliables con la mayor celeridad que se persigue imprimir al proceso. Por lo demás, pensamos, que gran parte de los problemas a que da lugar ese tipo de intervención pueden ser obviados mediante la acumulación de procesos, institución que el Proyecto reglamenta con toda minuciosidad.

c. Intervención adhesiva simple

Esta clase de intervención, también denominada *coadyuvante*, se verifica cuando un tercero, en razón de tener un interés jurídico coincidente

con el derecho alegado por cualquiera de las partes originarias, participa en el proceso con el objeto de coadyuvar al éxito de la pretensión o de la oposición. El tercero no interviene para hacer valer un derecho suyo en posición autónoma, sino simplemente para sostener las razones de alguna de las partes contra la otra, es decir, combate por el derecho ajeno.

Sería el caso de un juicio que se sustancie entre un acreedor y el deudor de una obligación; en ese caso el fiador también puede intervenir como tercero adhesivo simple del deudor, toda vez que tendrá interés suficiente en que la causa principal se decida en sentido favorable a la parte ayudada.

Se ha dicho que la actuación de quien como tercero interviene en el proceso (art. 91, Código Procesal) debe ser accesoria y subordinada a la de la parte a quien apoya. En consecuencia, el tercero coadyuvante o adherente es sujeto del proceso, pero no de la pretensión deducida en él: su posición está subordinada a la actuación de la parte principal a la cual adhiere. Por tanto, el interviniente puede corregir un defecto de la defensa, subsanando las omisiones en que ésta incurra, siempre que no haya vencido el plazo o que la parte no haya manifestado una voluntad contraria.[1265]

La admisibilidad de la intervención de tercero coadyuvante autónomo depende de la aquiescencia de los litigantes originarios, en especial, de la parte contraria a aquella con la que pretende coadyuvar, pues no media un litisconsorcio pasivo necesario sino meramente voluntario.

El tercero coadyuvante autónomo que ha ingresado a un juicio en trámite para socorrer a una parte puede proponer pruebas o defensas distintas o contrapuestas a las de la parte con la que coadyuva pero no puede reconvenir, pues a diferencia del tercero principal o excluyente, no ejercita una pretensión propia.

1265. CNCiv., Sala E, "Sánchez, Jorge N. c. Sánchez Aramburu de Floreani, Nancy T.", 19/09/1996, LL 1997-B, 514. La intervención del tercero adherente simple o coadyuvante no solo debe ser considerada una ayuda para la parte a la cual adhiere, sino también un medio de vigilar la labor de la parte coadyuvada para que su negligencia o reticencia no produzca efectos perjudiciales a sus intereses (SC Mendoza, "Banco Exprinter", 02/12/1996, LL 1997-D, 757).

d. Intervención adhesiva litisconsorcial

El artículo 90 inciso 2º define al tercero adhesivo litisconsorcial como aquel que "según las reglas del derecho sustancial, hubiese estado legitimado para demandar o ser demandado en el juicio".

Es preciso señalar en primer lugar, que la norma transcripta fue dictada en virtud de la clara influencia que ejerciera la legislación y doctrina italiana. En efecto, se consideraba que debe tenerse en cuenta:

> … la diferencia que existe entre el tercero que apoya el derecho de otro, porque no tiene un derecho propio que hacer valer y el tercero que lo apoya, en cambio, porque tiene un derecho propio cuyas razones coinciden con las del derecho ajeno.[1266] [1267]

1266. Carnelutti, Francesco, *Instituciones del Proceso Civil, op. cit.*, T. I, pp. 179-80.

1267. CSJN, "Consumidores Libres Coop. Ltda. de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria", 07/05/1998, LL, 1998-C, 602. En este supuesto, el tercero se incorpora al proceso en trámite a los fines de hacer valer un derecho propio frente a alguna de las partes originarias, adhiriendo a la calidad (actora o demandada) asumida por la otra u otras. Un ejemplo sería el caso de una persona que se ve afectada por las disposiciones de un testamento y pide su nulidad, no obstante, otros afectados pueden intervenir en la causa para hacer valer sus derechos, contra el mismo demandado –beneficiario en su caso–. Aquí existe un supuesto de intervención litisconsorcial, en que la demanda del interviniente es conexa, por identidad del objeto, con la inicialmente opuesta por el otro afectado. Pero, en otros supuestos, no se puede traer al proceso si existen limitaciones en las vías procesales. Así la Corte interpreta que la amenaza ilegal contra un derecho constitucional, a los fines de habilitar la acción de amparo, debe ser de tal magnitud que lo pusiera en peligro efectivo e inminente. Por consiguiente, el amparo deducido por la Asociación Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria contra el Decreto N° 702/95 (Adla, LVI-A, 75), a la cual adhirió el Defensor del Pueblo en los términos del art. 90 inc. 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, carece de aptitud para suscitar el ejercicio de la jurisdicción, pues al no concretar qué efectos habría de tener la concesión de lo peticionado –el cese de la intervención– sobre los intereses de los usuarios del servicio telefónico, la sentencia habría de tener un sentido meramente teórico o conjetural. Tal deficiencia no se ve superada por la argumentación referente a la eventual amenaza de que tales derechos constitucionales se vean vulnerados, pues los recurrentes no han concretado la relación existente entre el acto atacado y el riesgo de que se ocasione una lesión no definida (CNCiv., Sala D, "Consorcio de Prop. Av. Luis M. Campos 1025/27 c. Vlasecchi, Liliana", 10/04/1997, LL, 1997-D, 664). De igual modo, es improcedente la pretensión de citar como terceros a los integrantes del Consejo de Administración del consorcio de copropietarios para que expliquen el presunto desfasaje que surge del dictamen de la auditoría realizada, pues tal fundamento no se condice con la intervención de un tercero, sino más bien con la prestación de testimonios. (CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Salgado Pérez c. Medical Research Laboratories Inc.", 24/09/1996,

e. Intervención coactiva

Este tipo de intervención se caracteriza por la citación de un tercero, ya sea a petición de alguna de las partes originarias o dispuesto de oficio por el magistrado, a los efectos de que participe en el proceso en trámite y de esta forma la sentencia a dictarse en él pueda serle eventualmente opuesta.

El artículo 94 del ordenamiento nacional se refiere al supuesto de citación de tercero a instancia de parte. En tanto la citación de oficio que funciona concurrentemente con el pedido que pueden formular las partes originarias, solo procede en el supuesto de que *la sentencia no pudiere pronunciarse útilmente más que con relación a varias partes* (art. 89), es decir, cuando el tercero que no demandó o no fue demandado conjuntamente con aquellas, reviste el carácter de un litisconsorte necesario.

De forma tal que el tercero, según haya sido citado por las partes o de oficio por el juez, debe comparecer a la causa, de lo contrario, podría ser afectado por los efectos de la sentencia.

Existen asimismo distintos tipos de intervención coactiva del tercero:

1. La citación del sujeto pasivo de una eventual pretensión regresiva o del colegitimado;
2. la citación del legitimado para intervenir;
3. la citación del tercero pretendiente;
4. la citación en garantía.

i. Citación del tercero pasible de una acción de regreso

Esta primera situación consiste en poner en conocimiento de un tercero, eventual sujeto pasivo de una posterior acción de regreso, la existencia de la causa, para que tome intervención en la misma.

Cuando la relación o situación jurídica sobre la que versa el proceso guarda conexión con otra relación jurídica existente entre el tercero y cualquiera de los litigantes originarios, de manera tal que aquel po-

LL 1997-B, 558). En definitiva, existe intervención obligada de terceros si a pedido de cualquiera de las partes originarias, el órgano jurisdiccional dispone la citación de un tercero, respecto de quien se considera que la controversia es común, para que participe en el proceso y que la sentencia que se dicte le sea eventualmente opuesta.

dría haber asumido inicialmente la posición de litisconsorte del actor o el demandado, la intervención coactiva resulta procedente.

Este tipo de intervención solo tiende a evitar que, en un nuevo juicio que entable contra el demandado vencido, este último pueda aducir la excepción de negligente defensa. El fundamento de la conveniencia de integrar la litis con el tercero citado coactivamente no solo descansa en la existencia de una acción de regreso contra él, sino también en muchos otros supuestos, como cuando la relación jurídica hecha valer en el juicio es común con un tercero y en consecuencia la sentencia le sea oponible en la medida que vincule a las partes mediante los efectos de la cosa juzgada.

ii. Citación del legitimado (*Nominatio auctoris*)

Se verifica cuando, interpuesta una pretensión real contra quien tiene temporariamente la posesión de una cosa, este pone tal hecho en conocimiento del poseedor mediato.

De esta forma, el demandado aparece negando su propia legitimación para contradecir, en virtud de una relación contractual que lo une con un tercero, indicando al actor que es este quien está legitimado para actuar y contra el cual deberá dirigirse la acción, produciéndose a su vez su propia extromisión y liberándolo de la carga de continuar el proceso.

De manera que el demandado que carece de legitimación procesal para intervenir en el proceso realiza las diligencias pertinentes para colocar al actor en condiciones de proseguir su pretensión frente al verdadero legitimado para actuar.

En síntesis, la sentencia a pronunciarse en un proceso que cuenta con la participación de terceros no ha de afectar con igual extensión e intensidad a todos y cualesquiera de dichos terceros, sino que las circunstancias de cada causa determinarán los alcances de tal afectación, no siempre igual en todos los casos, ya que no es lo mismo convocar a un tercero que tenga igual título para la intervención principal, que traerlo a través de la denuncia de litis, llamarlo en garantía, convocarlo en calidad de tercero pretendiente a través de la *nominatio auctoris*.

iii. Citación del tercero pretendiente

Tiene lugar este tipo de intervención en el supuesto de que, denunciada la existencia de un tercero que haya afirmado, o a quien se atribuya la titularidad del derecho sobre la cosa litigiosa, se dispone la citación de ese tercero al proceso pendiente con el objeto de que haga valer su pretensión.

Es decir, que cuando se encuentra controvertido a quién le corresponde el derecho al cobro de una suma de dinero, el obligado, demandado en juicio por el actor, tiene interés en que se declare la certeza antes de pagar y de esta forma puede llamar a la causa al otro pretendiente a los efectos de que el juez decida la controversia entre ellos. Dicha citación debe limitarse a poner en conocimiento del tercero el pedido de intervención formulado por las partes a fin de que, si así lo desea, haga valer en el proceso los derechos que estime corresponderle.

iv. La citación en garantía

Se trata de procesos donde se puede requerir la integración con el tercero que garantiza la obligación. La citación en garantía de la aseguradora, prevista por el art. 118 de la Ley N° 17418, se encuadra como acción directa no autónoma. La acreditación de la responsabilidad del asegurado es presupuesto del éxito de la pretensión contra la aseguradora, razón por la cual el desistimiento de la acción contra el primero, impide el progreso de la que se intenta contra la segunda.

Sin embargo, esta intervención coactiva admite oposiciones. Por eso, la resistencia –en virtud del art. 118 de la citada ley– de la aseguradora a la citación en garantía requerida por el asegurado, no puede ser asimilada a la excepción de falta de legitimación contemplada en el art. 347 inc. 3° del Código Procesal, en razón de que la aseguradora es ajena a la relación jurídica sustancial planteada entre el actor y el demandado.[1268]

1268. CNCiv., Sala D, "Wedling, Arnaldo V. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", 14/05/1998, LL, 1999B, 855, J. Agrup., caso N° 13.720. Toda vez que la citación de tercero fue solicitada por la parte demandada, con consentimiento de la parte actora a la que se le rechazó la acción, y ante la falta de reserva de la citada en garantía al contestar el traslado de la citación de aquel, corresponde que las costas del juicio las soporte la accionante perdidosa y se haga extensiva dicha condena a quien pidió la intervención y a su aseguradora (CNCiv., Sala J, "Szekely, Ricardo V. y otros c. Instituto de Diagnóstico y Tratamiento S. A.", 19/02/1999, LL, 1999C, 799, J. Agrup., caso N° 13.983).

257.3 Las tercerías

La continuidad lineal del proceso ordinario tiene en las tercerías un desvío necesario que resuelve el problema que un tercero presenta estando absolutamente distante de la relación jurídica material que entre las partes se suscita.

Las formas conocidas que motivan las pretensiones de tercería son las llamadas de dominio y de *mejor derecho*, según se funden en el dominio de los bienes embargados, o en el derecho que el tercero tuviere a ser pagado con preferencia al embargante (art. 97, CPCC), respectivamente.

De inmediato se advierte que, en ambos casos, se abre un proceso distinto, independiente o incidental, donde la legitimación procesal de quien propicia la formación de la nueva causa debe acreditarse por el interés y el derecho para hacerlo.

La demanda de tercería queda sujeta a un requisito extrínseco de admisibilidad consistente en la acreditación de la "verosimilitud del derecho en que se funda" y más exactamente, de admisibilidad de la pretensión, que no debe confundirse con el de fundabilidad de la misma: el primero alude a una suerte de *fumus bonis juris* del derecho que asiste al peticionante –como ocurre respecto de las medidas cautelares–, en tanto el segundo supone la existencia plena y efectiva del derecho en cabeza de quien promueve la tercería.

Este requisito de admisión lleva a que el juzgador formule un juicio de verosimilitud, es decir, un raciocinio fundado sobre ciertas normas que razonablemente acompañan la pretensión, la sustentan y le confieren a su vez una razonable apariencia de verdad.

a. Tercería de mejor derecho

La tercería de mejor derecho tiene por objeto reclamar el pago de un crédito con preferencia al del ejecutante o actor, preferencia que puede resultar en primer término de la existencia de un privilegio especial, de un embargo, en cuanto este determina la prelación para el pago.

Por esta vía se deduce una pretensión por medio de la cual el tercero acciona para que se le reconozca el derecho a ser pagado con preferencia, con el producido de la venta del bien que ha sido objeto de dicha medida. La preferencia puede resultar de un privilegio especial

o de un embargo, en cuanto este determina una prelación de pago con el producido de la subasta respecto de otro acreedor embargante.

En esta tercería, el accionante debe acreditar, *prima facie*, el crédito que invoca, su titularidad, su monto y la existencia de un privilegio especial instituido a su favor.

Con los recaudos cubiertos, la legitimación para obrar será acordada, y por consiguiente, podrá formular la demanda contra quienes son partes principales del proceso donde sucede la afectación de sus intereses.

La procedencia se condiciona a la existencia de un embargo. Asimismo se debe acreditar existencia del crédito cuanto del privilegio o la prioridad que invoca como fundamento de su pretensión, o de un embargo obtenido a su favor.

Debe deducirse antes de hacerse el pago al acreedor. Por lo tanto este tipo de tercería puede interponerse hasta tanto el embargante no haya efectivamente percibido el importe del crédito reclamado. Pasada la oportunidad mencionada en el art. 97 ap. 2° y preceptos concordantes, el tercerista debe hacer valer sus derechos en el proceso correspondiente.

La tercería se interpone contra ambas partes del proceso principal (embargante y embargado) configurándose un litisconsorcio pasivo necesario, es decir se impone la sustanciación del juicio con todos aquellos que son parte en la litis.

El trámite de tercería puede ser el del juicio ordinario, o el incidente según lo determine el juez atendiendo a las circunstancias del caso. Deben tramitar ante el órgano que interviene en el principal, es decir ante el juez que dispuso la traba de la medida (art. 6, inc. 1º, CPCC).

b. Tercería de dominio

Mediante la tercería de dominio se promueve una pretensión por medio de la cual el tercero acciona, en un proceso en trámite, contra actor y demandado con el fin de obtener el levantamiento de un embargo trabado sobre bienes de su propiedad.

La pretensión del tercero no interfiere con la interpuesta por el actor originario, y viene a constituir el objeto de un proceso incidental con respecto a aquel en el cual se decretó el embargo. Por lo tanto si bien el tercerista reviste el carácter de parte actora en el proceso de

tercería, continúa siendo un tercero con relación al proceso principal, cuyo resultado es indiferente.

Esta característica diferencia a las tercerías de la intervención de terceros por la cual el tercero se incorpora a un proceso pendiente a fin de interponer una pretensión incompatible con la que constituye el objeto de aquel y asume, por consiguiente, el carácter de parte en ese mismo proceso. De allí que la sentencia en este lo afecte en la misma medida que a las partes originarias.

La tercería de dominio se fundamenta en la propiedad de los bienes embargados y su admisibilidad se halla condicionada a la existencia de un embargo. No basta que el embargo haya sido ordenado, es además necesario que haya sido efectivamente trabado.

Cabría preguntarse si la tercería de dominio es procedente ante una inhibición general de bienes. Algunos opinan que no sería procedente, pues en tal caso el inhibido puede requerir el levantamiento de la medida a través de la simple demostración de que no reviste la calidad de deudor. Sin embargo, otros difieren, entendiendo que la prueba que se le exige al deudor es simplemente diabólica y de casi imposible producción. Por ese motivo, acepta la deducción de una tercería aun en el caso de una inhibición general de bienes.

La tercería debe deducirse contra ambas partes del proceso principal (embargante y embargado) configurándose un litisconsorcio pasivo necesario, es decir se impone la sustanciación del juicio con todos aquellos que son parte en la litis. Como el caso anterior, tramita ante el juez que previno, es decir ante el juez que dispuso la traba de la medida (art. 6, inc. 1º, CPCC).

La ley procesal sujeta a la tercería de dominio a requisitos específicos de tiempo y de forma. La pretensión debe deducirse antes de que se otorgue la posesión del bien embargado al comprador, pues este último cuenta una vez cumplida aquella formalidad con una presunción de propiedad.

Es necesario aclarar que la extemporaneidad de la interposición de la tercería no obsta a la posterior pretensión reivindicatoria que el tercerista puede hacer valer contra el adquirente, en el correspondiente proceso ordinario (arts. 2758 y 2765, Código Civil).

El plazo establecido por el artículo 97 se computa desde que el tercerista *tuvo o debió tener conocimiento del embargo*, es decir desde

el momento en que se practicó dicha medida o de la circunstancia de haber participado el tercerista en su diligenciamiento; o bien cuando sin haberse verificado ninguno de esos hechos ajenos, surja de las constancias del expediente la existencia de actos que demuestren con evidencia el conocimiento del embargo por el tercerista.

En cuanto a los requisitos de forma, el tercerista debe probar con instrumentos fehacientes o en forma sumaria la verosimilitud del derecho en que se funde, si bien aun no cumplido dicho requisito la tercería es admisible si quien la promueve da fianza para responder por los perjuicios que puede producir la suspensión del proceso principal (art. 98, párr. 1º).

c. Trámite y prueba

El tercerista que no acompaña en su presentación instrumentos fehacientes, ni ofrece probar sumariamente la verosimilitud de su derecho, limitándose a ofrecer pruebas que se refieran al fondo del asunto, está impedido de lograr la apertura que se refiere estrictamente a su problema crítico.

La prueba de verosimilitud del derecho exigida a los fines de la admisibilidad de toda tercería, funciona como un requisito extrínseco, esto es, de manera independiente de la eventual fundabilidad de la pretensión.

Su cumplimiento tiende a evitar que la mera interposición de la tercería se convierta en un factor obstruccionista del proceso principal. Por ello, el tercerista se limitará a probar la verosimilitud del derecho que invoca lo que constituye una gama cercana a la certeza y no la existencia plena y efectiva de su derecho, extremo que será susceptible de comprobarse durante el pertinente período probatorio.

Hay que tener en cuenta que si se cuenta con documentación terminante justificativa del dominio sobre un inmueble embargado donde es ajeno el incidente de tercería sería innecesario pues con tal certeza es suficiente plantear el levantamiento del embargo sin tercería (conf. art. 104).

En materia de *bienes muebles*, rige la presunción establecida en el artículo 2412 del Código Civil, por lo que el poseedor cuenta con la presunción de propiedad de los mismos. En consecuencia, se ha de dar curso a la pretensión si el tercerista prueba sumariamente que se encontraba en posesión de los bienes al momento del embargo, incum-

biendo al embargante la prueba tendiente a desvirtuar esa presunción y si por el contrario a la fecha de trabarse el embargo el bien se encontraba en posesión del embargado, el tercerista debe acompañar elementos de juicio que prueben la verosimilitud de su derecho de dominio.

Si son *automotores*, la titularidad del derecho emana de la respectiva inscripción del título en el Registro de la Propiedad del Automotor. Si bien en principio el embargante de un automóvil que logra emplazamiento registral antes de que el adquirente del referido vehículo se haya preocupado por registrar su compra goza de preferencia, pues la prioridad de tipo temporal tiene especial relevancia en el terreno registral, excepcionalmente el adquirente podrá probar que el embargante conoce sus derechos y obra de mala fe, abusando de su derecho o lo hace como cómplice del propio enajenante que desea evadir su deber de efectuar la transferencia a través del planteo de una tercería de mejor derecho.

En relación a bienes integrantes de un *fondo de comercio*, su procedencia exige la inscripción en el Registro Público de Comercio prevista por la Ley N° 11867.

Con la interposición suceden los efectos siguientes. En el caso de la *tercería de mejor derecho*, cuando el ordenamiento procesal menciona la existencia de un embargo para otorgar permiso de entrada a un tercero que no tiene relación con los intereses hechos valer en el proceso principal, se ubica en la hipótesis normal de medida cautelar o ejecutiva dirigida a liquidar un bien o cosa del deudor para, mediante subasta, convertirla en dinero. Si respecto de ese bien o cosa, aparece un tercero –por definición otro acreedor del embargado– que invoca un mejor derecho, sea como consecuencia de un privilegio especial, de un derecho real de garantía o, aun, de preferencia engendrada por medida judicial, se comprende que a este tercero con interés propio se lo legitime para introducirse a un proceso en el que no es parte, a fin de hacer valer un derecho suyo que, de consumarse la subasta y percepción de su producido por el ejecutante, se vería conculcado.

Por eso, también como regla, la deducción de la tercería de mejor derecho no suspende la subasta y solo se difiere el libramiento de giro hasta que se haya pronunciamiento firme sobre el mejor derecho alegado.

En cambio, ocurrida la tercería *de dominio*, el proceso se debe suspender, a excepción que, por las características de los bienes a subastar se deba proceder de inmediato. En este último supuesto, la

realización queda sujeta a los resultados de la tercería. También se puede lograr el levantamiento del embargo ofreciendo caución suficiente y acreditando de manera verosímil y manifiesta, la titularidad que tiene sobre los bienes afectados.

En la tercería de mejor derecho, se pueden vender en subasta los bienes embargados, previa citación al tercerista para que: a) actúe dentro de la subasta con la posibilidad de adquirir sus propios bienes; b) ofrezca fianza suficiente y peticionar la suspensión de la subasta; c) pueda actuar en el incidente de realización de los bienes en calidad de parte.

Capítulo XXXIV
Actos procesales

258. Hechos y actos procesales

Uno de los capítulos más importantes que desarrolla el Derecho Procesal como ciencia ocupa al desenvolvimiento de los *actos* que componen el proceso. En verdad, la secuencia lógica y ordenada como se producen guarda relación con los tres órdenes de atención para ellos: lugar, tiempo y forma; pero al mismo tiempo, ellos llevan al proceso *hechos* que confirman versiones o ratifican posiciones, que cierto sector de la doctrina también considera como actos procesales.

La influencia de las obras italianas y alemanas llevó a concretar el estudio de esta relación entre alegaciones y hechos, calificándolos como actos procesales, cuando en rigor se trata de actuaciones de los sujetos del proceso.[1269] Como tales, esa actividad que cumplen las partes, terceros y el órgano jurisdiccional, inciden directamente en la relación jurídica trabada entre los litigantes, provocando situaciones que transforman el objeto, modifican el destino de la pretensión, o en suma, incorporan actividades interesadas en llegar a un resultado final.

Las actuaciones procesales se dan en el proceso y obedecen a una voluntad humana que crea, modifica o extingue la relación procesal.[1270] Ese vínculo a una institución determinada y singular, como es el proceso, diferencia a los *actos procesales* de los *actos jurídicos* en general, comprendiéndolos como una especie de ellos. Asimismo, la voluntad que expresan ingresa otro matiz distintivo que veremos más adelante.

Ahora bien, las actuaciones procesales registran una guía o tutor que les impide vulnerar el orden predispuesto, como las modalidades asignadas (*v. gr.* principio de legalidad de las formas; preclusión de los

1269. Alcalá Zamora y Castillo, Niceto, *Estudios de la Teoría General e Historia de los procesos, op. cit.*, T. II, p. 146.

1270. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 280.

actos; publicidad, etc.), de manera que los actos de los sujetos deben ajustarse a dicho régimen.

De esta forma las actuaciones serán procesales cuando se susciten en el proceso, persiguiendo el objetivo de llegar a la sentencia, cumpliendo etapas y secuencias donde unos son antecedentes y causa de otros.

Enseña Carnelutti que el estudio del proceso tiende a orientar al jurista en las formas como debe operar para desarrollarlo, comprendiendo así la importancia proponderante que tiene el conocimiento de los actos procesales sobre la de otros hechos.[1271]

Pero los hechos, por sí mismos, son diferentes a los actos, porque mientras los primeros suceden fuera del proceso; los segundos, podrán ser jurídicos o procesales, según la distinción antes dicha. Es decir, que los hechos son acontecimientos de la realidad que dan vida a un nutrido conjunto de posibilidades que originan un cambio o transformación de otro hecho que le precede. La historia misma es un hecho continuo de transformación y cambio, como son también los ciclos, o los experimentos geofísicos.

Los hechos son jurídicos cuando el cambio que operan conlleva a una diversidad en el mundo jurídico,[1272] o como dice Guasp:

> ... cuando la realidad sobre la que el hecho opera es una realidad jurídica, el suceso que la determina es, a su vez, un hecho jurídico, por tanto, cualquier suceso o acaecimiento que produce una modificación de cualquier clase, es un hecho jurídico.[1273]

Como se aprecia, estos sucesos son extraños a la vida del proceso, se dan fuera de él para formar una experiencia determinada. Los hechos por sí mismos son causa y razón de consecuencias jurídicas que, llevadas al proceso, persiguen obtener un efecto determinado. El hecho es procesal, entonces, cuando ocurre en el mundo del proceso influyendo en la relación jurídica trabada entre los sujetos intervinientes.

Por ejemplo, la muerte del magistrado actuante; la ausencia voluntaria o incomparecimiento; el caso fortuito; el tiempo y sus contingencias, etcétera; son hechos del mundo exterior que transmitidos al

1271. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, T. I, p. 425.

1272. Ibídem, p. 426.

1273. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 279.

litigio son procesales porque provocan un cambio en la relación procesal o en la situación procesal.

Dado que la variedad de los hechos ajenos y anteriores al proceso, como los vinculados y contemporáneos al mismo, son de múltiples expresiones, suelen clasificarse por su incidencia en: *hechos constitutivos* (o formativos de la relación jurídica procesal); *hechos modificativos* (o que incitan una transformación de la realidad sin ocupar al aspecto puramente jurídico, aun cuando sobrevenga la incidencia por obra de la consecuencia); y *hechos extintivos* (o cancelatorios de la situación jurídica).[1274]

La fusión entre el hecho y el acto procesal origina distintas situaciones que transitan por la iniciación, el desarrollo y la extinción del proceso; y el punto diferencial entre ambos radica en la voluntad del que lo emite. Así, mientras en el acto procesal podemos hablar de decisiones humanas deducidas en el proceso; en los hechos procesales referimos a aquellas situaciones que repercuten en las instancias del procedimiento con prescindencia de que sean o no la consecuencia de una expresión de la voluntad humana.[1275]

259. La teoría del negocio jurídico procesal

El vínculo que traban las voluntades de partes entre sí, y frente a un tercero imparcial a quien someten el juicio de sus peticiones, ocasiona y muestra una sutileza bastante discutida que, en verdad, es resistida por la mayoría de los autores.

Se pretende diferenciar a los actos procesales propiamente dichos de los negocios procesales a partir del encuentro que tienen las partes en el litigio. Serán actos jurídicos procesales aquellas voluntades encaminadas a lograr un resultado definido, sustentados en un derecho subjetivo preexistente que invita al órgano judicial a pronunciarse favorablemente; en cambio, el negocio jurídico procesal no vincularía al órgano jurisdiccional para centrarse exclusivamente en la relación jurídica y en los acuerdos bilaterales o unilaterales que decidan.

1274. Ídem. Para una clasificación detallada: Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal, op. cit.*, T. I, p. 427 y ss.

1275. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*,T. IV, p. 12.

Por ejemplo, actos procesales serían la interposición de la demanda, el ofrecimiento de la prueba, la producción de los alegatos, la deducción de un recurso, etcétera; por su parte, negocios procesales serían el desistimiento del derecho, la transacción, la renuncia, la convalidación de la sentencia, etcétera.

La teoría transporta una visión particular del negocio jurídico civil (privado), circunstancia que incide en la importancia que cabe asignar a la voluntad de las partes que los realizan. Así parece interpretarlo Guasp para sostener que a esta teoría solo se le puede prestar atención desde el punto de vista de la declaración de voluntad privada que tiende a producir efectos jurídicos.[1276]

Por otra parte, si alguna trascendencia ha cobrado la ciencia procesal, en grado sumo se debe a su aislamiento de las doctrinas civilistas que tanto la influyó en tiempos pasados. Como se advierte –dice Palacio–:

> ... la eventual diferenciación solo se traduciría, en definitiva, en la mayor o menor relevancia que la ley otorga a las declaraciones de voluntad de las partes para producir determinados efectos jurídicos en el proceso, es decir, en una mera cuestión de medida que, como tal, no logra alterar la identidad esencial existente entre todos los actos procesales provenientes de las partes.[1277]

Además, como todo acto inter partes tendiente a producir efectos procesales, requiere de la aceptación jurisdiccional; la hipótesis de actos sin participación del órgano deviene de difícil transmisión. Por ejemplo: el allanamiento, el desistimiento, la transacción, o la conciliación muestran actitudes de partes tendientes a componer uni o bilateralmente el proceso; sin embargo, para que tengan implicancia jurídica requieren de la sentencia judicial.

Alsina clasificó los actos procesales en tres categorías:

> ... 1) Los que constituyen meras manifestaciones de la voluntad e importan el ejercicio de un derecho preexistente, son los actos procesales en sentido estricto;[1278] 2) otros tienen por objeto la constitución de un derecho mediante un acuerdo previo de voluntades,[1279] denominando a

1276. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 281.

1277. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 21.

1278. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico..., op. cit.*, T. I, p. 607.

1279. Ibídem, p. 608.

estos, negocios jurídicos procesales; 3) finalmente, los acuerdos procesales coinciden con la comunidad de intereses y voluntad de las partes para provocar la constitución de un derecho (*v. gr.* designación de peritos; determinación de documentos indubitados en la prueba de cotejo, etc.).

La omisión de actividad del juez en estos casos resulta hipotética y desatiende la manera como acontece la actitud de las partes. Esa negociación presunta no obedece ni responde a las reglas de la concertación privada, sino que el sinalagma posible se forma por la inejecución de actos que tendrían que ser consecuencia del propuesto. De este modo, si quien interpone una demanda ante juez incompetente y este omite el error; o quien convalida o consiente una sentencia que le es desfavorable al no deducir contra ella los recursos del caso; o bien la convalidación de la nulidad procesal por quien tiene el deber de denunciarla, son actitudes omisivas que nada tienen que ver con las actividades del proceso. No hay actos procesales negativos, y el silencio resulta entonces un hecho procesal, precisamente, por los efectos que acarrea a la relación jurídica procesal.

Si recordamos los principios procesales, la legalidad de las formas incide en la manera como han de cumplirse y celebrarse los actos del procedimiento, siendo contrarios a esa regla, y por tanto nulos, aquellos que evaden el compromiso con la seguridad jurídica.

Al margen de lo expuesto, la distinción entre actos procesales y negocios jurídicos procesales poco beneficio reporta,[1280] recortando su verdadero interés al problema de la voluntad en los actos del proceso.

260. La voluntad en los actos procesales

La actividad que las partes, terceros y juez cumplen en el proceso son, en definitiva, manifestaciones de voluntad. Siguiendo una hilación lógica, si el acto procesal es una categoría de los actos jurídicos, quedarían comprendidos en consecuencia entre aquellos que pueden inficionarse por los denominados vicios de la voluntad.

Sin embargo esta conclusión resulta forzada, ni bien se observan los requisitos y condiciones que se imponen al acto procesal en

1280. Cfr. Rosenberg, Leo, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 368.

su forma y expresión. Las partes están obligadas a cumplir el orden público que preserva el proceso.

No se trata, entonces, de enfrentar al acto jurídico con el acto procesal sino de diferenciarlos convenientemente para elaborar, a partir de sus principios, las consecuencias propias que cada uno reporta.

La utilización de las normas sustantivas, no obstante, debe ser prudente porque, si bien el acto procesal es indudablemente un hecho voluntario, es evidente que esa manifestación no persigue otro efecto que no sea aplicable en y para el proceso, y en esto radica su principal diferencia con la voluntad negocial que pretende producir consecuencias jurídicas.

La voluntad del acto procesal es como indica Liebman:

> ... totalmente genérica, la simple voluntad y cociencia de cumplir el acto, no exigiéndose en absoluto, que esté dirigida a alcanzar un determinado efecto y no pudiendo deteminarlo y ordenarlo a gusto propio porque el efecto está ya fijado y preestablecido por la ley.[1281]

Basados en ello se constata que la voluntad del acto procesal está condicionada para su ejercicio, de manera que obraría relevante la ausencia de ella por cuanto no sería propiamente un acto de libre expresión.

Satta prefiere hablar de

> ... carga impuesta por la ley para alcanzar un resultado que es independiente de la voluntad de quien cumple el acto: lo que se demuestra también con el hecho de que de los actos procesales (en cuanto tales) no nacen derechos y obligaciones entre quien los ha realizado y los otros sujetos del proceso, sino solo situaciones procesales, coordinadas al fin que se quiere alcanzar.[1282]

En este orden de ideas, resulta difícil y complejo caracterizar a la voluntad que vive en las actuaciones procesales, porque la coincidencia entre la voluntad externa (real), o sea aquella que ocupa a la intención verdadera del ánimo de obrar, y la voluntad expresa (declarada), es decir, la que se muestra en la conducta exteriorizada, puede discrepar, tornando a los principios civiles de los vicios del consentimiento ciertamente inaplicables por la ausencia de caracterización y encuadre posible.

1281. Liebman, Enrico, *Manual de Derecho Procesal civil, op. cit.*, p. 170.

1282. Satta, Salvatore, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. I, p. 197.

Guasp elabora una respuesta a esta problemática, dando preeminencia a la voluntad declarada sobre la real, toda vez que

> … dada la presencia de un órgano del Estado en el proceso, los actos que ante él se realizan cuando aparecen exteriormente del modo exigido, son eficaces, aunque la disposición interna de su autor no coincida con la que de hecho revela.[1283]

A partir de allí podrán analizarse los supuestos en que la discrepancia entre la voluntad interior y la expresión realizada son productos de actuaciones intencionadas o no. En los primeros, si el acto exterior es adecuado formalmente ha de tenerse por válido, esperando las correcciones eventuales de la función jurisdiccional. Si el acto, en cambio, no es intencional, tendrá que encontrarse el tipo de vicio que lo inficiona. Si fuese la ignorancia o el error, según Guasp, se deben seguir las reglas del derecho privado; si fuese violencia o intimidación, como no existen normas que lo invaliden en el proceso, han de guiarse por los principios generales.[1284]

Hemos de considerar el problema desde una doble perspectiva. En primer término corresponde observar si el Código Civil y Comercial es fuente de inspiración para solucionar los vicios del consentimiento en el acto procesal; y en segundo lugar, qué caminos han de ser cubiertos para resolver la voluntad en los sujetos del proceso y sus diferentes enquistamientos.

La actitud humana se trasunta en actos exteriores que muestran hacia afuera lo que internamente se ha elaborado. Cuando esos actos son llevados al proceso, deben respetar ciertas formalidades bajo sanción de nulidad (esta sería la voluntad declarada según Guasp); pero interiormente el acto expuesto bajo una apariencia formal lícita puede esconder una finalidad desdorosa, ilícita, que oculta su verdadera intención (para Guasp, esta fase representa la voluntad real). Este solo inconveniente demuestra las razones por las cuales el elemento volitivo del acto procesal no puede subsumirse en el componente formal del mismo.[1285]

Al incorporarse la voluntad al acto procesal, los principios generales que vician el acto jurídico le son aplicables. Ocurre que la actividad

1283. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.*, p. 294; *Comentarios…*, *op. cit.*, T. I, p. 686.

1284. Ibídem, p. 296; Ídem.

1285. Quevedo Mendoza, Efrain, Comunicación a las I Jornadas Chaqueñas de Derecho Procesal Civil, *JA*, semanario 5516 del 20 de mayo de 1987, p. 15.

procesal se desenvuelve en un juego procedimental que estructuralmente no difiere del acto jurídico; ambos requieren para su configuración tres elementos, a saber: causa, objeto y forma, a los que cabe agregar, el discernimiento, la intención y la libertad, desde que son estos los datos necesarios para que exista acto voluntario.[1286]

La ausencia de una regulación expresa al aspecto interno del acto procesal nos lleva a la utilización de las normas de fondo, sin perjuicio de las adaptaciones que exige el caso. De ello surge que el acto procesal puede viciarse por error, dolo o violencia, y aun provocar la indagación de la causa que porta la pretensión.

La moderna doctrina refuerza esta posición, añadiendo otros argumentos:

> 1°) En cada acto procesal existe algo más que su elemento externo, porque en cada uno de ellos interviene en mayor o menor medida la decisión de introducir un objeto dado en el proceso; 2°) Tratándose de acto procesal emanado de una de las partes, basta pensar que él puede ser el producto involuntario de un estado de inconsciencia producido artificialmente (por hipnosis, drogas u otros procedimientos similares) y que imposibilita a su autor darse cuenta de lo que hace para que se advierta que la falta de discernimiento también es dable en un acto del proceso aunque medie el presupuesto de la capacidad; 3°) La consagración normativa del error como causa de ineficiencia de la confesión figura una seria observación para quienes entienden que el error de hecho no puede ser válidamente invocado para evitar los efectos del acto procesal. Antecedente este, enteramente aplicable al dolo, porque en definitiva, él no equivale sino a un error provocado por el engaño de otro; 4°) Siendo dables actos procesales de partes, realizados fuera del despacho judicial, sin la presencia del juez y en una situación de violencia; como dables actos procesales de parte en presencia del juez y producidos como resultado de perturbaciones psicológicas por violencia aplicada antes con tal fin, no parece atendible la afirmación de que en los actos jurídicos del proceso no se concibe la violencia debido a la presencia del órgano; 5°) Indudablemente entonces, el motivo determinante de una actuación procesal, puede estar ahuecado por alguna de las causas que vician el entendimiento ya que también los actos ju-

1286. Berizonce, Roberto Omar, *La nulidad en el proceso*, La Plata, Platense, 1967, p. 22.

> rídicos procesales tienen la connotación de su deformación por ausencia de voluntad libre, los mismos matices que se dan en el tráfico general.[1287]

Tomando como base los principios que preceden, deben distinguirse los vicios internos del acto procesal, que inficionan el proceso por la ausencia de un requisito de fondo imprescindible para convalidar lo actuado, de los vicios externos, que se derivan de la mutilación de las formas y solemnidades del proceso.

Esclapez propone "diferenciar entre el acto procesal que padece vicios intrínsecos o de contenido que conspiran contra su validez, y el acto procesal viciado extrínsecamente o en sus formas, que es el que, de ordinario, determina la declaración de nulidad procesal"[1288] "que es la privación de efectos imputables de los actos del proceso que adolecen de algún vicio en sus elementos esenciales y que, por ello, carecen de aptitud para lograr el fin a que se hallan destinados."[1289]

La violación de las formas transita sus correctivos por el denominado incidente de nulidad a cargo de la parte interesada en nulidecir; en tanto, el principio publicístico avanzado en el proceso agrega la potestad de saneamiento a cargo del juez (art. 34, inc. 5°, inc. b CPCC).

Para resolver el vicio intrínseco, en cambio, será menester –otra vez– discurrir en algunas consideraciones: Si el acto procesal es una especie indiferenciada del acto jurídico, parece lógico pensar que las nulidades que encuentre el primero deben regirse por disposiciones sustantivas. Pero, hemos de coincidir con Peyrano en que

> ... el acto procesal viciado intrínsecamente (por ejemplo, por error) es también un acto jurídico sujeto como tal a las normas insertas en el Código Civil (*v. gr.* delimitación de si existe o no intimidación), pero por formar parte de un proceso, necesariamente queda sometido al régimen de impugnación vigente en este, que no es otro que el de las nulidades procesales.[1290]

1287. Estigarribia de Midón, Gladis y Midón, Marcelo, *Manual de Derecho Procesal Civil*, Buenos Aires, La Ley, 2008, pp. 297-299.

1288. Esclapez, Julio, *El nuevo código de procedimiento a dictarse debe legislar sobre el contenido del acto procesal*, J.A., 1948, sec. doctrina, p. 109.

1289. Palacio, Lino, *Manual de Derecho Procesal civil, op. cit.*, T. I, p. 184.

1290. Peyrano, Jorge, *El proceso civil, op. cit.*, p. 176; del mismo autor, *Nulidades por vicios intrínsecos del acto procesal (vicios de la voluntad del sujeto autor del acto)*, comunicación citada, p. 15.

La duplicidad de criterios, o el brazo alternativo que abre la senda impugnativa, nos lleva al análisis de posibilidades. La utilización del régimen civil de nulidades y anulabilidades posterga la aplicación de ciertos principios procesales que estructuran el proceso (*v. gr.* trascendencia, convalidación, etc.); en otra cara, el ejercicio exclusivo del régimen adjetivo de las nulidades procesales deja en el camino la certeza que produce el sistema privado en cuanto predice las normas aplicables con sus referentes específicos.

La alegación del vicio en el acto procesal no tiene necesariamente que encuadrarse en una tipificación sustantiva o bajo un mecanismo procesal. La adaptación se muestra más coherente con la flexibilidad del derecho, evitando los aprisionamientos rígidos que no otorgan soluciones equitativas, postergando la justicia en manos de la seguridad.

Cuando los defectos de conformación sean propios del sujeto que emite el acto, se debe investigar el origen del desvío, es decir, encontrar el elemento psicológico que lo vicia, sea por error, engaño, culpa, dolo o mala fe. Hecha la interpretación, el ajuste podrá completarse con los principios sustantivos y tipificar el error consecuente. Luego de la interpetación habrán de aplicarse los sucedáneos procesales, sea por la vía de la impugnación, o del incidente autónomo de anulación.

La ausencia de normas expresas que regulen el caso, o la pobreza de ellas para enmarcarlo en su reducida óptica no convalidará el vicio, y la analogía podrá servir de integración a las normas objetivas con las procesales. Obviamente, la trascendencia y gravedad del vicio conlleva la magnitud de su consecuencia y, en este aspecto, hemos de observar pasajes que suceden en el proceso ejemplificativamente.[1291]

261. Vicios de la voluntad y vicios de la buena fe

La distinción elaborada entre *vicios de la voluntad* –cuando el defecto incide en un elemento de ella– tales como el error, la ignorancia, el dolo y la violencia, y los llamados *vicios de la buena fe*, esto es, la simu-

1291. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal civil, op. cit.*, T. I, p. 513.

lación y el fraude, determinan una clasificación que vamos a seguir en este acápite.[1292]

Partimos coincidiendo con Josserand[1293] en cuanto a la necesidad de encontrar, en todos los casos, el móvil intencional, dado que el acto expuesto cobra fisonomía propia en la exteriorización y se califica según la voluntad enunciada.

La "intencionalidad" refleja el ánimo, aunque los componentes volitivos se deben desentrañar para advertir el desvío del acto.

a. En un primer grado, el *discernimiento* se interpreta como la idoneidad para juzgar las propias acciones.[1294] De modo tal que, cuando se carece de esa aptitud, no se podrían producir actos válidos. Sin embargo, es factible tramitar un proceso frente a incapaces, pues las ficciones que crea el código procesal permiten que, notificado un incapaz, este comparezca al proceso por su propio derecho o, de lo contrario, que por el instituto de la rebeldía, el juicio siga en su ausencia como si aquél tuviese plena capacidad para estar en juicio. Pero debe observarse que en estas hipótesis se afectarían presupuestos procesales, es decir, las condiciones mínimas indispensables para que el proceso obre como tal.

   La estructura adjetiva, a suerte de paradoja, permite la sustanciación del juicio en condiciones insuficientes, pues deriva al régimen de las excepciones (resistencia a la pretensión) el impedimento para la continuidad del trámite.

   En los hechos, esta ausencia de discernimiento compromete la falta de capacidad procesal, de manera que las consecuencias sobre el fondo del asunto adquieren un paralelo con los resultados de la incapacidad. También es cierto que las situaciones descriptas atienden la carencia en el sujeto pasivo pues, respecto del actor, su condición es distinta. Él es un sujeto capaz que puede o no obrar de buena fe, por lo tanto,

1292. Llambías, Jorge, *Tratado de derecho civil - Parte general*, Buenos Aires, Abeledo - Perrot (6ª ed.), 1975, T. II, p. 176.

1293. Josserand, Louis, *Los móviles en los actos jurídicos de Derecho Privado* (trad. de Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica), México, Jose M. Cajica, 1946, p. 17.

1294. Peyrano, Jorge, *Comunicación...*, *op. cit.*, p. 18.

habrá que introducirse en la subjetividad de lo expuesto y a partir de allí deducir la intención.

La veracidad del móvil no siempre se expresa en los actos exteriores, por eso la importancia de investigar la voluntad real.

b. En tal sentido la motivación, o intención, puede estar viciada por *error* y, en consecuencia, surge el interrogante de si el error o la ignorancia deben ser excusables.

En la base de esta consideración se encuentra la buena fe de quien produce la actuación para señalar entonces si la anormalidad del estado psicológico puede convalidarse. Afirma Bonfante que[1295]

> … el ver una tal conexión (entre la buena fe y la excusabilidad del error) sea una ilusión, no rara en estas materias sutiles; en cuanto a mí, no la admito, porque sea cual fuere la opinión que se acepte sobre el grado de *bona fides*, no me parece que lógicamente la excusabilidad o inexcusablidad del error deba tener sobre ella alguna influencia: dado siempre –todo se enlaza a este principio fundamental– que la *bona fides* es un hecho social y ético no alterado por el derecho. ¿Qué es de hecho la *bona fides* (y sea también el grado más alto y elevado de *bona fides* el sentimiento más sano del propio derecho), cuando ella tenga por base un error inexcusable, un error de derecho, por ejemplo? ¿Se dirá, tal vez, que aquella absoluta convicción no se puede admitir en caso de error inexcusable, que la buena fe, en suma, no existe? Pero, entonces, se confunde la excusabilidad del error con la probabilidad de su existencia: dos cosas que marchan, es verdad, juntas en general, pero que en todo caso son dos cosas y nada impide que a veces se separen. ¿O se dirá entonces que la buena fe se transforma en mala fe en cuanto es tratada como tal, si el error sobre el cual ella se funda es inexcusable? ¿Por qué se transforma? Por el derecho. Pero entonces, el derecho tiene una *bona fides* con presupuestos suyos especiales, la buena fe jurídica no es idéntica a la buena fe ética. Como se ve soy en general de la opinión de Watcher: el error que es presupuesto de la buena fe es un error impropio, señal de reconocimiento que la voluntad (en el caso, la voluntad de lesionar a otro) no existe y, así, las consecuencias no derivan de error, sino de ausencia de voluntad.

1295. Silveira, Alipio, *op. cit.*, p. 236 y sus citas.

Es obvio que la ignorancia no se puede alegar como vicio, máxime si se tiene en cuenta la necesidad de asesoramiento o conducción a través del patrocinio letrado, descartando igualmente el error de derecho, aunque aceptando el error de hecho como causal nulificante cuando se produce mediante engaño.[1296]
Podetti señala por su parte que no puede admitirse la ignorancia como vicio, máxime si se tiene en cuenta el patrocinio letrado, descartando igualmente el error de derecho, aunque aceptando el error de hecho como causal nulificante cuando se produce mediante engaño.

c. La voluntad puede ser viciada por intimidación o fuerza. Sostiene Josserand que

> … la violencia, en general, evoca la idea de una presión ejercida sobre la voluntad de una persona; especialmente y en el dominio de las obligaciones, esta presión tiende a determinar, a constreñir al paciente a celebrar un acto, una convención, un pago o un acto unilateral; en estas condiciones, para quien penetra hasta el fondo de las cosas, hablando propiamente, no es la violencia misma lo decisivo y lo que vicia el contrato, sino más bien, la coerción que de ella resulta: el acto realizado bajo el imperio de tal obsesión, de una opresión de esta clase no es obra de la voluntad libre y por ello está afectada de nulidad.[1297]

En el campo procesal la libertad para manifestarse no tiene simetría con los actos jurídicos sustanciales. La relación procesal es distinta, y el dolo o el fraude aparecen como supuestos más posibles que la violencia en sí misma.
Recordaba Esclapez que

> … la violencia es menos frecuente que el dolo, pero no por ello deja de ser común. La extorsión interviene en no pocos desistimientos, transacciones y convenios judiciales, bajo la apariencia de un perfecto acuerdo y bajo el manto de la aprobación judicial. En la mayor parte de los casos, la intervención judicial no constituye una garantía para la presunta víctima. Por el contrario, se procura la aprobación judicial, como medio idóneo para que la extorsión quede impune.[1298]

1296. Podetti, Ramiro, *Tratado de los actos procesales, op. cit.*, T. II, p. 196.
1297. Josserand, Louis, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado, op. cit.*, p. 86.
1298. Esclapez, Julio, *op. cit.*, p. 112.

El acto procesal alterado por un hecho violento que disminuye o equivoca la intención (fraude o dolo) determina la nulidad de aquel pues, en suma, la voluntad sería inficionada por la actitud manifiestamente desleal.

d. El *dolo* en el proceso también se muestra como una actividad intencional. El hecho que lo genera (*machinatio*) puede ser multiforme y hasta resumirse en una abstención. Esta composición, aplicable tanto al derecho privado como al proceso, abstractamente considerada, nos lleva a una definición del vicio como todo embuste, artificio, o fingimiento por el cual se hace imposible al adversario su defensa, inhabilitándose al juez para una decisión justa.
La doctrina distingue entre *dolo esencial*, que es un ingrediente de la litis temeraria, y el *dolo instrumental*, que es el dolo en la actividad procesal.

e. Finalmente el *fraude en el proceso* se muestra como la existencia de un comportamiento ilícito tendiente a eludir la norma imperativa realizada por una maquinación insidiosa que hace que muy a menudo la conducta se disimule, o trate de disimularse, bajo una apariencia de adecuación a la norma.
Fraude procesal es toda maniobra de las partes, de los terceros, del juez o de sus auxiliares que se incline a obtener o a dilatar una sentencia con o sin valor de cosa juzgada o a la homologación de un acuerdo procesal u otra resolución judicial, con fines ilícitos o impedir su pronunciamiento o ejecución.[1299]

262. Sujetos procesales

Los actos procesales provienen del órgano jurisdiccional, de las partes y de los terceros que son convocados al proceso a cumplir una actuación determinada.

En el órgano judicial comprendemos a los auxiliares de la justicia, como secretarios, ujieres, oficiales notificadores, funcionarios del

1299. Véscovi, Enrique, "Fraude procesal: sus características, configuración legal y represión", *Revista de Estudios Procesales*, N° 2, p. 86.

Ministerio Público, entre otros. Con relación a las partes, involucra la actividad de sus representantes legales o convencionales.

La diferencia está en las características de la actuación, porque al juez y a sus auxiliares les corresponde obrar en ejercicio de un deber constitucional, cual es el de asegurar la justicia garantizando el debido proceso; a las partes y terceros solo los moviliza el interés en obrar y los deberes y obligaciones procesales que han de respetar en sus actuaciones.

Si el juez no cumple lleva a figuras sancionatorias como la denegación de justicia o la pérdida de jurisdicción, sin perjuicio de otras responsabilidades civiles y/o políticas por mal ejercicio de la función. Los terceros, por su parte, responden al cumplimiento de una carga pública (*v. gr.* testigos e informantes) con la secuela de consecuencias que arrastra el desconocimiento a los deberes. En cambio, las actuaciones de las partes se subordinan a los recaudos que estos deben reunir para su postulación. Ellos se denominan aptitudes[1300] y consisten en la capacidad para ser parte, y para realizar actos procesales; la legitimación y la representación suficiente para actuar en juicio.

La irregularidad de estas condiciones vicia el acto y los torna nulos o anulables según la gravedad que presenten.

262.1 Jurisdicción y competencia

Para que el órgano judicial pueda intervenir y obrar en consecuencia debe tener jurisdicción, esto es, que quien vaya a representar el poder-deber de juzgar cuente con los atributos exclusivos y excluyentes que acreditan la función.

De igual tenor resulta la idoneidad material que tenga el órgano para decidir, circunstancia que pone de resalto la competencia; en otros términos, la medida asignada específicamente al juez para desarrollar el conocimiento. Recordemos que, en todo aquello que no le ha sido atribuido, un juez, aunque sigue teniendo jurisdicción, es incompetente.

La competencia es de orden público y obliga al abogado y a las partes a requerir la actuación jurisdiccional en los estrados que la ley previene, conforme correspondan (*v. gr.* división territorial, o la clasificación pertinente entre grado, valor, personas, etc.).

1300. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 293.

Estos son parte de un presupuesto procesal que se involucra dentro de los actos procesales por los efectos que produce. Por ejemplo, la demanda entablada ante juez incompetente exige al magistrado a declarar su imposibilidad de obrar, por cuanto carece de facultades suficientes para actuar su oficio. Sin embargo, esta facultad para declinar la competencia solamente es posible en cuestiones que se vinculan a la competencia por razón de la materia o del grado, y excepcionalmente por razón de las personas, pues ante situaciones territoriales (por ejemplo: cuando se indica el lugar donde tienen efecto las consecuencias del acto que se impugna) no cabe argumentar contra la preferencia que hace el litigante. En este caso no cabe la declaración de incompetencia *ex officio* pues depende de las actitudes del demandado y, eventualmente, del fiscal interviniente.

No hay que olvidar que el criterio de determinación territorial de la competencia tiene como objeto allanar a las partes y al peticionario los inconvenientes derivados de la distancia y obtener mayor rendimiento de la justicia que emerge de la aproximación entre la sede del órgano jurisdiccional y el lugar de la prueba.

La primera regla para interpretar la competencia de los tribunales proviene de los hechos que aporta la demanda y constituyen el objeto de la pretensión. Obviamente, nos encontramos en la etapa de acceso a la jurisdicción dentro de la cual el juez no puede dictar resoluciones de trámite pues consentiría su competencia.

La declaración que admite radicar ante el Juzgado la demanda interpuesta sirve como punto de arranque para el derecho al proceso, es decir, a comenzar el litigio entablado ante un juez libremente seleccionado.

Si tenemos en cuenta la compleja organización judicial de la Ciudad de Buenos Aires, donde conviven jueces federales con competencia civil y comercial con jueces nacionales en lo civil y jueces nacionales en lo comercial; una justicia en lo criminal y correccional con otra de similar competencia; tribunales orales en lo criminal, penal económico, menores, y otros que compiten o anudan su competencia con la justicia local de familia, criminal de instrucción, penal económico, de trabajo, de ejecución penal, etcétera, prontamente se observará lo caótico que significa para el justiciable seleccionar la competencia y asegurar que ante ella podrá tramitar su pretensión.

Por eso, es conveniente no interpretar con criterios rígidos la lectura de los hechos, pues de otro modo pueden suceder cuestiones de competencia, inútiles o innecesarias que se podrían resolver con mayor facilidad.

Los hechos que se deben interpretar son los constitutivos, es decir, los que forman el objeto y se relacionan con la pretensión. Por eso, en el marco del ejemplo mencionado, si la acción de amparo perseguía la declaración de inconstitucionalidad de las normas con el fin de lograr la restitución por el banco demandado de los fondos allí depositados, de suyo es correcto colegir que una eventual hipótesis de sentencia favorable, debía de ser cumplida en el lugar donde al actor se le impidió hacerse de sus ahorros, siendo juez competente, en consecuencia, el de este lugar.

De acuerdo con las normas adjetivas, hay dos momentos para declarar la incompetencia. La primera oportunidad es al despachar la admisibilidad de la pretensión (art. 4), la segunda, cuando se resuelve la excepción de incompetencia (arts. 347 inc. 1°, 353). En ambos casos, la decisión se debe articular con otras disposiciones procesales.

En el primer supuesto, cuando de los hechos expuestos no resulta claramente indicada la competencia, el juez podrá ordenar que el actor exprese lo necesario a ese respecto (art. 337 párrafo segundo, CPCC). Con las aclaraciones, resolverá en consecuencia.

Ante la excepción de incompetencia, en cambio, procede dentro del plazo para oponer excepciones previas porque si ha vencido el tiempo disponible, precluye la oportunidad y la radicación queda firme.

Inclusive, tratándose de competencias improrrogables, la ley establece oportunidades precisas para su interposición por la parte, o para que sea el propio juez quien lo decida de oficio; por lo cual, vencidos los plazos no se puede alegar incompetencia alguna.

Una de las pocas excepciones a esta regla se da con el control de su propia competencia por la Corte Suprema, actuando en jurisdicción originaria; y por los jueces federales con asiento en las provincias, que la pueden disponer en cualquier etapa del proceso (art. 352, CPCC).

Un tercer supuesto para declarar la incompetencia sucede con la decisión sobre la inhibitoria planteada antes de haber consentido la competencia que se reclama (arts. 7 y 10, CPCC).

En todos los casos conviene recordar que el art. 352, primer apartado del sistema adjetivo federal, dice que "una vez firme la resolución que

desestima la excepción de incompetencia, las partes no podrán argüir la incompetencia en lo sucesivo. Tampoco podrá ser declarada de oficio".

> Algunos fallos orientan en la cuestión. Así se ha dicho que es *improcedente la declaración de incompetencia de oficio formulado* por el tribunal de alzada en oportunidad de tener que pronunciarse sobre el fondo del asunto, ya que no se discute el carácter de vecinos de distintas provincias que tienen las partes, como así tampoco que –entablada la demanda ante la jurisdicción federal– la demandada la consintió, exteriorizando su acogimiento al fuero de excepción.[1301]

262.2 Presupuestos de los actos procesales

Como dijimos anteriormente, los presupuestos articulan la regularidad y eficacia del proceso permitiendo un trámite normal que lo ponga en condiciones para dictar sentencia sobre el fondo del problema suscitado. Son reglas que regulan la normalidad en la secuencia procedimental, de manera que se presentan episódicamente, en relación con cada una de las etapas que en el proceso transcurre. Cada uno bosqueja el resguardo al debido proceso donde la garantía de la defensa en juicio está entronizada como condición insuperable. La forma de los actos, en sentido estricto, cumplimenta, además del aspecto exterior, la voluntad, el tiempo y el lugar donde promedia. Es importante, entonces, comprender que el hito central de los presupuestos del procedimiento radica en estas cuestiones.

El carácter instrumental del proceso y las reglas que diseñan el principio de formalidad han de ser comprobados no como un culto a la solemnidad sino con la mirada puesta en que el rigor de las formas trae seguridad al justiciable y evita las sorpresas de la informalidad desmesurada.

Por ejemplo, el artículo 115 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación requiere que todos los actos del proceso utilicen el idioma nacional, o la traducción si la lengua fuese desconocida por los sujetos procesales.

Estas solemnidades son propias del sistema escrito, y es lógico que se presupuesten como arquetipos, porque, de otro modo serían inoficiosos para impulsar el procedimiento, preservar el derecho de

1301. CSJN, Fallos: 300:557.

las partes, o suplir el cumplimiento de las cargas procesales, ya sea que actuasen deliberadamente o por error material.

La firma de las partes es un requisito de existencia del acto, y en tal sentido los escritos judiciales deben contenerla cuando se litiga por derecho propio, junto con la del letrado patrocinante; mientras que si interviene un mandatario debe ser suscripto por el procurador y abogado o, en su caso, solo por el abogado cuando este sea el apoderado.

Va de suyo que carecen de eficacia los escritos presentados con una firma que no corresponde a la persona a quien se atribuye. En cambio, si la omisión en el acto procesal es de otros recaudos distintos de la firma, al no prever sanciones específicas, puede admitirse su depuración o posterior saneamiento.

A su turno, el órgano jurisdiccional tiene también que resguardar los presupuestos de validación procesal, debiendo recibir las peticiones de las partes, y oírlas en cuanta oportunidad estime menester. La recepción de los escritos se vincula con el principio de publicidad, incorporándose al expediente previa atestación del cargo, que es el acto formal que señala la fecha y hora de presentación. El mismo reviste las características propias de un instrumento público, y en consecuencia, lo allí consignado goza de la autenticidad que le confiere la firma del funcionario autorizante.

Las audiencias se vinculan con el modo de recepcionar el interés de las partes, caracterizándose como actos en los que el juez escucha las declaraciones de los sujetos intervinientes en el proceso, de todo lo cual se deja constancia en el expediente mediante el levantamiento de actas.

El tiempo de los actos procesales acontece como presupuesto de validez cuando el ejercicio de la acción está prescripto, o bien, si promedia abandono injustificado de la causa (caducidad).

Finalmente, si referimos al lugar donde han de cumplimentarse las instancias, entendemos de suyo que es el mismo tribunal competente. Por eso, la presentación de escritos, por error inexcusable, ante una secretaría distinta de la actuaria, tiene como efecto la inexistencia del acto.

Capítulo XXXV
Sujetos de los actos procesales

263. Los sujetos de los actos procesales

Los actos procesales provienen del órgano jurisdiccional, de las partes y de los terceros que son convocados al proceso a cumplir una actuación determinada. En el órgano judicial comprendemos a los auxiliares de la justicia, como secretarios, ujieres, oficiales notificadores, funcionarios del Ministerio Público, entre otros. Con relación a las partes, involucra la actividad de sus representantes legales o convencionales.

La diferencia está en las características de la actuación, porque el juez y los magistrados que intervienen actúan en ejercicio de un deber constitucional, cual es el de asegurar la justicia garantizando el debido proceso. Estos se denominan *partes principales*. A los que plantean pretensiones o peticiones y alcanzan la calidad de parte procesal (también los terceros que se suman a las partes) se los llama *partes esenciales*, y tienen la característica de estar movilizados por el interés en obrar y los deberes y obligaciones procesales que han de respetar en sus actuaciones. Finalmente están los auxiliares de la justicia que suelen llamarse *partes accesorias*.

> Algunos doctrinarios dividen los actos procesales que realizan las partes directas e indirectas, siendo las primeras, aquellas entre las cuales se traba o se constituye la relación jurídica procesal compleja. Es decir, las que, de acuerdo con la normatividad procesal, habrá de transcurrir esa serie o secuencia de actos coordinados y proyectados hacia la decisión final o sentencia. En estricto sentido las partes directas no serán sino el actor (demandante y/o acusador) y el opositor (demandado y/o acusado). En cambio se llaman partes indirectas a los demás intervinientes en el proceso., vale decir aquellos que ocupen el lugar de la parte directa por un acto voluntario de la parte o por autorización legal (acto entre vivos o en interés de otro) o por un hecho procesal (muerte de la parte) como en el caso de la sucesión y de la sustitución procesal. En síntesis, todo

> aquel que por ministerio de la ley o por voluntad quiera, deba o tenga que intervenir en el proceso entre otros que *per se* tienen la calidad de partes directas, es parte indirecta.[1302]

Si el juez no cumple su función se llega a figuras sancionatorias como la denegación de justicia o la pérdida de jurisdicción, sin perjuicio de otras responsabilidades civiles y/o políticas por mal ejercicio. Los terceros, por su parte, responden al cumplimiento de una carga pública (*v. gr.* testigos e informantes) con la secuela de consecuencias que arrastra el desconocimiento de los deberes. En cambio, las actuaciones de las partes se subordinan a los recaudos que estos deben reunir para su postulación. Ellos se denominan aptitudes[1303] y consisten en la capacidad para ser parte, y para realizar actos procesales; la legitimación y la representación suficiente para actuar en juicio.

La irregularidad de estas condiciones vicia el acto y los torna nulos o anulables según la gravedad que presenten.

264. Requisitos de los actos procesales

El proceso resguarda la seguridad de su trámite con exigencias que deben cumplir tanto el órgano como los sujetos intervinientes. Estos requisitos modelan un régimen para la actividad procedimental que sanciona el incumplimiento con la ineficacia de lo obrado.

Cuando la reunión de recaudos se dirige a la unidad que el proceso significa, se habla de presupuestos procesales; en cambio, el análisis particular de cada actuación lleva a establecer las condiciones del acto para provocar efectos jurídicos.

En principio, solo se ejecutan actuaciones procesales una vez que se instauró la pretensión, por lo tanto no serían actos procesales los preparatorios de la instancia (*v. gr.* otorgamiento de mandato a un abogado, documentación que se entrecruza para la constitución en mora, etc.); los convenios preestablecidos para obtener efectos procesales (*v. gr.* pacto de foro prorrogado; renuncia al derecho de apelar;

1302. Ortiz Alzate, John, "Sujetos procesales. Partes, terceros e intervinientes", en *Revista Facultad de Derecho*, Vol. 5, N° 10, Medellin, Ratio Juris, enero-junio de 2010, pp. 49-63.

1303. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 293.

honorarios pactados; etc.), ni todo otro acto que no sea producto de la relación jurídica ya trabada.

Ahora bien, estas actuaciones deben resolver su admisibilidad, es decir, la correspondencia que adecua la actuación con el efecto perseguido prescindiendo del resultado final; y su fundamento, esto es, los valores intrínsecos que reportan utilidad al acto e impiden su nulidad.

Con relación a las partes, para que sus actos sean jurídicamente válidos, es preciso que reúnan aptitud para lograrlo (capacidad, legitimación y representación suficiente). Pero para adquirir eficacia, estos actos deben estar dotados de idoneidad o fundamentación bastante para lograr el fin que aspiran, sin que el resultado desfavorable o la sentencia en contrario los desvirtúe como actos procesales.

> La causa no es elemento ni condición del acto, porque la finalidad es un hecho contingente que no incide en la eficacia misma de la actuación para obtener un resultado. En este punto, Palacio refleja con claridad el objeto del acto, destacando como requisitos a la idoneidad (o aptitud para lograr los efectos jurídicos que mediante él se persiguen) y a la posibilidad jurídica, es decir, cuando su ejecución no se encuentra prohibida por la ley.[1304]

Los requisitos se pueden clasificar a partir de las necesidades que han de cubrir para ser admisibles y para ser procedentes. Los actos procesales deben reunir requisitos de admisibilidad en cuanto a la forma de expresión y por el lugar y tiempo que se instauran. En cambio, para ser procedentes y obtener los efectos jurídicos pensados, depende de la fundamentación.

264.1 Requisitos de admisibilidad

En los requisitos está implícito el concepto de que los actos procesales cuentan con una regulación legal específica, de modo tal que el encuadre predispuesto obliga a un seguimiento determinado impidiendo a las partes resolver discrecionalmente sobre el trámite a desarrollar. Este principio conocido como legalidad de las formas se interpreta como una premisa esencial, indispensable y jurídicamente valiosa, por cuanto no se reduce a una mera técnica de organización formal de los procesos sino que, en su ámbito particular, tiene por

1304. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, pp. 31-32.

finalidad y objetivo ordenar adecuadamente el ejercicio de los derechos en aras de lograr la concreción del valor justicia en cada caso y salvaguardar la garantía de la defensa en juicio.

Claro está que las formas no se constituyen como obstáculos para la libertad de expresión, ni tienen un valor en sí mismas; en realidad responden al denominado principio de instrumentalidad, según el cual:

> ... las formas no tienen un valor intrínseco propio sino que están puestas solamente como medio para alcanzar plenamente la finalidad de cada acto y la necesidad de su observancia debe por eso ser medida concretamente con el metro de la obtención de esa finalidad.[1305]

La admisión de actos procesales no se reduce únicamente al cumplimiento de las formas, a ellos se agrega el contenido que se puede expresar para manifestar la voluntad en el proceso, estableciendo requisitos para la expresión y el lenguaje.

De igual manera, el tiempo para actuar oportunamente, dependiendo de la calidad intrínseca del acto para que el juez pueda actuar de oficio o a petición de parte (por ejemplo, ante la eventual prescripción del derecho). Otras veces, cuando se trata de la regularidad de la instancia, la actividad propia de dirección procesal que al juez le corresponde le permite resolver la continuidad o la absolución de la instancia.

Finalmente está el lugar de los actos procesales que, en orden a su admisibilidad, dependerá de varios factores entre los que se encuentra la posibilidad de delegación; los actos fuera de la jurisdicción; etcétera.

a. Formas de expresión

Dice el art. 115 del Código Procesal de la Nación que:

> En todos los actos del proceso se utilizará el idioma nacional. Cuando este no fuere conocido por la persona que deba prestar declaración, el juez o tribunal designará por sorteo un traductor público. Se nombrará intérprete cuando deba interrogarse a sordos, mudos o sordomudos que solo puedan darse a entender por lenguaje especializado.

El lenguaje nacional no impide la cita de frases en latín conocidas en el uso y estilo forense, sin incurrir en excesos por el peligro de llegar al "oscuro libelo", o a la proposición ambigua.

1305. Liebman, Enrico, *Manual de Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 173.

Algún problema se presenta cuando el juez conoce el idioma extranjero y considera improcedente la designación de un traductor, prescindencia que estimamos errónea en salvaguarda del derecho de defensa en juicio que supone, además del carácter público de las audiencias, dar posibilidad de alegación y réplica a las partes.

En los procesos de naturaleza civil es común la forma escrita, constituyendo los escritos judiciales el instrumento adecuado para que los litigantes presenten sus peticiones de manera ordenada, encaminando el desarrollo del proceso hacia su meta; pero de ningún modo pueden servir de vehículo para que las partes o sus letrados exterioricen los sentimientos hacia sus contendientes o el magistrado.

El exceso puede llevar al testado de la frase injuriosa o redactada en términos indecorosos u ofensivos (art. 35, inc. 1), y al castigo por la incorrección disciplinaria que impone el principio de moralidad procesal.

De igual modo corresponde proceder cuando es el juez quien incurre en tal desatino. La Corte Suprema de Justicia de la Nación tuvo oportunidad de destacar que

> Corresponde apercibir a un Juez de Cámara que utiliza términos que no solo no guardan el estilo y decoro propios de un magistrado, sino que también revelan una falta de respeto hacia la investidura del presentante, evidenciando una animosidad cuya trascendencia al planteamiento de cuestiones judiciales no cabe admitir, aunque los mismos se hayan vertido en el marco de una desinteligencia de los señores jueces de Cámara que normalmente revela responsabilidades compartidas.[1306]

En las formas de expresión, sea verbal o escrita, el profesional tiene el deber de cuidar su técnica y de observarla con inteligencia y constancia. No se limita, por tanto, a considerar el concepto de ciencia como punto de referencia de un deber moral específico, sino que, junto a tal poder, existe la obligación jurídica de comportarse según la técnica más apropiada. La corrección profesional impone también otros deberes tales como el tacto, la escrupulosidad, el orden, la cautela, la prevención, la seriedad, y preparación en el estudio y despacho de los asuntos que se le asignan.

En cuanto al nexo con los principios de lealtad y probidad, va de suyo que aparejan una doble intención: respetuosidad hacia la parte y hacia el órgano jurisdiccional.

1306. CSJN, Fallos: 302:426.

El sentido de este comportamiento pretende la adecuación a las reglas del orden, decoro, corrección y buena educación. Entendiendo por orden a la tranquilidad, armonía y equilibrio que debe existir en el proceso para su normal desarrollo y por decoro, al respeto en sentido estricto que se debe tanto al Tribunal como a todos los intervinientes en el proceso.

Precisamente, para que la obligación sea recíproca entre las partes y cuerpo jurisdiccional, el art. 58 del Código Procesal de la Nación enuncia: "En el desempeño de su profesión el abogado será asimilado a los magistrados en cuanto al respeto y consideración que debe guardárseles"; mientras que el art. 35 determina que los jueces "...para mantener el buen orden y decoro en los juicios [...] podrán: 1º) mandar que se teste toda frase injuriosa o redactada en términos indecorosos y ofensivos, 2º) excluir de las audiencias a quienes perturben indebidamente su curso."

De estas normas se desprende el ejercicio del poder de policía en el proceso que tienen los jueces, dirigido a asegurar la marcha regular de la contienda. Habrá de repararse que la corrección disciplinaria difiere de la contemplada en las sanciones por temeridad o malicia en el proceso, pues en estas se pondera la conducta antes que el acto en sí mismo.

En la jurisdicción federal, a diferencia de algunos textos de provincia, los escritos judiciales deben ser respetuosos y las incorrecciones que exhiban deben ser calificadas de oficio por el juzgador, pero con una distinción esencial. Si la calificación ofensiva se dirige a la parte y ésta no hace el planteo que el juez señale respecto a solicitar que se teste la frase respectiva, ella debe mantenerse, pues la manifestación agraviante no puede ser tal cuando se acepta, pese a la experiencia en el manejo de la cuestión procedimental que pueda tener el juez con relación a sus términos para razonar la falta al decoro.

Esta posibilidad de consentir frases o expresiones indecorosas, ofensivas, de desprestigio o insultantes hacia la parte contraria, se pueden controlar pero no se permite testarlas cuando se aceptan expresamente. Tal es el contenido impuesto en la reforma de la Ley N° 25488.

> La supresión eventual no implica sanciones consecuentes, ni permite englobar las manifestaciones en el marco de la conducta desenvuelta por las partes en el proceso, porque si ellas se adoptan para calificar el acto como temerario o malicioso, no solo habría que correr traslado a las partes para que aleguen al respecto, sino además, provocaría cierta incon-

> sistencia técnica entre expresiones y hechos que confirmen el desatino (*v. gr.* se podría afirmar que el letrado de la contraria es joven, inexperto y de poca credibilidad, sin que ello fuese temerario [conciencia de la propia sin razón] aunque fuera ofensivo; pero si la expresión dice que el abogado de la contraria cambió documentos de la negociación falseando datos en ellos [siendo ello una mentira usada como técnica de defensa], la acción es propiamente una conducta temeraria.[1307]

En cambio, si la ausencia de delicadeza se profiere en alegaciones y/o afirmaciones hacia el juez, el exceso del derecho del litigante a formular las críticas de la decisión judicial que considera errónea o injusta, constituyen un desborde de palabra, un exceso de lenguaje, que conllevan un trato indecoroso, desconsiderado y ofensivo para con la magistratura, y por tanto, debe ser evitado, pues no se compadecen con el respeto y la mesura que debe dispensarse en el marco de la confrontación y discrepancia de posiciones a las cuales tienen las partes plenos derechos.

La praxis de derecho merece y exige un ejercicio sabio y sereno no solo por parte de los magistrados y funcionarios judiciales que deben atender los intereses de los justiciables, sino también de las partes y de sus abogados, quienes, en el ámbito del litigio judicial, deben observar una conducta prudente, con el fin de no denigrar su tarea profesional y preservar la dignidad de su ejercicio. Así, el comportamiento de las partes y, especialmente, el del letrado que las patrocina, guarda estrecha vinculación con la ética profesional. Por ello, a lo largo del proceso el abogado debe cuidar su técnica, adecuando el ejercicio de su ministerio profesional a las reglas del orden, decoro, corrección y buena educación.

Además, la calidad del acto cumplido solo se puede controlar y sancionar dentro y en ocasión del proceso, pues la potestad disciplinaria del juez no puede enervar la natural jurisdicción que ejercen los Colegios profesionales. A este menester, es preciso indicar que la irrespetuosidad se evidencia tanto en expresiones ofensivas como en alegaciones inconvenientes. Ejemplo de las primeras son las manifestaciones que tienden a herir el honor, el decoro o la reputación de una persona. *V. gr.* "Tiene intención ofensiva y sentido peyorativo la frase que imputa al juez haber dictado la sentencia a ojo de buen cubero por lo que debe sancionarse al litigante que la formula".

1307. Gozaíni, Osvaldo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, La Ley, 2012, T. I, comentarios al artículo 35.

En cuanto a la inconveniencia de ciertas expresiones, se tiene dicho que

> Si bien es cierto que en la defensa pueden tolerarse expresiones que trasuntan en cierto grado el empeñoso afán de obtener la satisfacción de sus pretensiones y que la sal de la gracia es un don ponderable, no por esto debe olvidarse que su uso es lícito según la ocasión que se hace de ella. Por tanto, procede testar las frases que no se compadecen con el clima que debe reinar en el proceso (art. 35 inc. 1º del Código Procesal) (La Ley 2017-B, 544).

En síntesis, los términos empleados en los escritos judiciales que, aun sin llegar a ser injuriosos, indecorosos u ofensivos, menoscaban el nivel de la controversia jurídica, además de ser francamente innecesarios –desde que nada agregan a la eficacia con que pudo sostenerse una postura frente a la cuestión surgida– autorizan al Tribunal a aplicar las medidas que les compete en ejercicio de la policía procesal que cumplen.

Recordemos que el abogado, como auxiliar de la justicia, es responsable por el empleo del lenguaje reprochable y, en consecuencia, pasible de las sanciones pertinentes, ya que es su deber la utilización del lenguaje con moderación y corrección. En el proceso no se dice lo que se quiere y como quiera, sino regido por las reglas y principios de la legalidad formal que trasunta la voluntad declarada.

b. Firma

Los escritos judiciales requieren de la firma para obtener validez, de modo tal que por ser una necesidad esencial no admite de ratificaciones posteriores. La ausencia de firma debe reputarse un acto procesal inexistente, pues si los escritos judiciales son instrumentos privados que adquieren fecha cierta por el cargo, la falta de ella torna inexistente el acto procesal que en él se pretende instrumentar, toda vez que constituye la carencia de uno de sus elementos esenciales para su configuración en el mundo jurídico, es un *non esse*.

Satta, en cambio, piensa que el defecto de forma constituye una simple irregularidad que puede obviarse invitando al omiso a suscribir el hecho.[1308]

1308. Satta, Salvatore, *Manual de Derecho Procesal civil*, *op. cit.*, T. I, p. 203.

La impugnación de escritos, fundada en la circunstancia de que la firma atribuida a las partes no es de su puño y letra debe hacerse por la vía del respectivo incidente de nulidad.

> Las presentaciones escritas tienen un orden para la suscripción: si se actúa por derecho propio, debe llevar la firma del interesado y su letrado patrocinante, salvo los supuestos de excepción en los que es suficiente la firma del primero (art. 56 del Código Procesal). En cambio, si interviene un mandatario, debe ser suscripto por el procurador y abogado o, en su caso, solo por el abogado cuando este sea el apoderado. Se requiere, además, la aclaración de las firmas de los letrados (art. 46, RJN).
> La firma de las partes constituye una condición esencial para la existencia del acto (art. 1012 del Código Civil), de modo tal que si falta la firma en el escrito no corresponde agregarlo al expediente ni intimar su subsanación al presentante.

Además, la firma debe ser auténtica, esto es, emanar del interesado. Los escritos presentados con firma falsa deben reputarse actos procesales inexistentes, ya que por tratarse la firma de algo personalísimo no puede ser reemplazada por grafismos de terceros. La firma puesta por un tercero solo genera una "apariencia" de acto procesal, en rigor, inexistente.[1309]

Esto es consecuencia del criterio que ve en la función del abogado no solo la presentación de escritos que necesariamente deben llevar su firma, sino el deber de tener el pleno ejercicio de la dirección del proceso y el cabal cumplimiento de las obligaciones que ello importa.[1310]

1309. CNFed. Contencioso administrativo, Sala II, "G., M. N. c. Colegio Público de Abogados de Capital Federal", 18/11/1998, (LL, 1999-B, 686). Si bien existe un deber de cuidado y colaboración por parte del letrado frente al Poder Judicial para que los escritos judiciales presentados lo sean en una total situación de buena fe, no surge de la normativa procesal ni del Código de Ética que ese control requiera presenciar el momento de la firma de aquéllos por el cliente (del voto en disidencia de la doctora Herrera). Sin embargo, la mayoría sostiene que la presentación de escritos cuya firma no pertenece al cliente, mas no ha sido objeto de falsificación por el profesional, configura una falta leve en los términos del art. 26, inc. a), del Código de Etica del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, a cuyo respecto es procedente la sanción de advertencia en presencia del Consejo Directivo de la institución (art. 28, inc. a), Código citado) (CNFed. Contencioso administrativo, Sala II, "Schwarzfeld, Enrique E. c. Colegio Público de Abogados", 15/06/1999, LL, 2000-D, 855 (42.821-S) - DJ, 2000-3-74).

1310. CNFed. Contencioso administrativo, Sala III, 29 de octubre de 1998, "O., M. A. c. Colegio Público de Abogados de Capital Federal", La Ley, 2000-A, 576 [42.358-S]). Por tanto, la manifestación de un letrado de no haber representado legalmente a su

La única excepción de este régimen llega por el procedimiento establecido en la denominada "firma a ruego". El artículo 119 del Código federal dice:

> Cuando un escrito o diligencia fuere firmado a ruego del interesado, el secretario o el oficial primero deberán certificar que el firmante cuyo nombre expresarán, ha sido autorizado para ello en su presencia o que la autorización ha sido ratificada ante él.

En consecuencia, las actuaciones respectivas y las providencias posteriores son actos privados de toda eficacia jurídica y ajena, como tales, a cualquier posibilidad de convalidación posterior.

Quien no sabe firmar puede suscribir la actuación donde interviene (*v. gr.* escrito judicial; constitución de depositario en un embargo; declaración testimonial, etc.) ante el secretario o el oficial 1° (actual prosecretario administrativo); o bien, ante el oficial de justicia que practica la diligencia, quien deberá informar de tal circunstancia al juez que le encomendó la realización de la medida.[1311]

Ahora bien, estos contenidos son propiamente regulaciones procesales que están impactadas por el nuevo Código Civil y Comercial. En efecto, el artículo 287 dice:

> *Instrumentos privados y particulares no firmados.* Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información.

---

cliente como asimismo la circunstancia de que los escritos por él firmados habían sido redactados por otro profesional en quien confiaba, quien había actuado en violación a lo establecido en el inc. 6), art. 1361, del Código Civil, no constituyen eximentes de responsabilidad disciplinaria, toda vez que aquél por su carácter de socio de este conocía o debía conocer la situación fáctica que se operaba y al reemplazarlo con su firma en el patrocinio se había solidarizado con su colega; en el caso, se aplicó la sanción de advertencia en presencia del Consejo Directivo del Colegio de Abogados.

1311. CSJN, Fallos: 340:130, La Corte dice que [...] "Los escritos judiciales deben contener la firma de su representante (artículo 1012 del código civil vigente a la fecha y 46 del Reglamento para la Justicia Nacional), por lo que carece de valor la puesta de un tercero, a menos que se haya recurrido al específico procedimiento previsto por el art. 119 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, pues las actuaciones que no satisfacen tal recaudo y las providencias que motivaron, son actos privados de toda eficacia jurídica y ajenos, como tales a cualquier posibilidad de convalidación posterior".

Este precepto varía el sentido que antes tuvo el artículo 1012 del Código de Vélez, que fue la fuente adoptada en el régimen adjetivo, que –recordemos– llevó a la declaración de inexistencia del acto carente de firma. Ahora se estaría ante un instrumento particular no firmado.

Para que no se tengan dudas sobre esta naturaleza, hay que tener en cuenta que una vez agregado al expediente con el cargo respectivo (art. 124, CPCC) el escrito judicial no se transforma en instrumento público, sino que el cargo les da fecha cierta en los términos del art. 317 del Código Civil y Comercial.

No obstante, no es un documento de efectos procesales anulables. Queremos decir con ello, que el carácter de acto inexistente se conserva pues cuanto corresponde señalar es si un acto carente de firma puede o no producir consecuencias en el proceso. Si lo afirmamos el acto sería anulable pero convalidable por ausencia de impugnación; si sostenemos que es un acto inexistente, dejaríamos de lado el régimen actual del Código Civil y Comercial.

La Corte Nacional mantiene el criterio de la inexistencia[1312] pero no se ha pronunciado aun interpretando el artículo 393 del CCyC que admite la confirmación de los actos de nulidad relativa, ya que en ella solo se encuentran afectados intereses particulares (art. 386 y 388). Establece el artículo 393 que

> Hay confirmación cuando la parte que puede articular la nulidad relativa manifiesta expresa o tácitamente su voluntad de tener al acto por válido, después de haber desaparecido la causa de nulidad. El acto de confirmación no requiere la conformidad de la otra parte.
> El acto nulo de nulidad absoluta, por el contrario, *no puede subsanarse por la confirmación del acto ni por la prescripción* (art. 387 *in fine*).[1313]

1312. CSJN, Fallos: 312:1919.

1313. Malicki, Anahí, *Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado*, Rivera, Julio César y Medina, Graciela (dirs.), Buenos Aires, Thomson Reuters - La Ley, 2014 T. I, p. 864. De permitirse la confirmación de la nulidad absoluta, dice Malicki, subsistiría la relación jurídica generada por el acto y se mantendría viva la ofensa al interés general afectado. Solo pueden ser subsanados o confirmados los actos viciados de nulidad relativa, porque los actos afectados por una nulidad absoluta no pueden ser revividos de ninguna manera por la naturaleza de la protección y los intereses que se tutelan en ese caso. Benavente, María Isabel, en *Código Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Lorenzetti, Ricardo (dir.), Buenos Aires/Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2015, T. II, p. 538).

Para compatibilizar la diferencia, creemos que la firma ausente no se puede convalidar y produce la inexistencia (no la nulidad) del acto; aunque es posible tenerlo como principio de prueba de la voluntad que se pretendió expresar.

Dicen al respecto Loutayf Ranea y Solá:

> Teniendo en cuenta lo expuesto y el texto del art. 288 del Código Civil y Comercial que dispone que la "firma prueba la autoría de la declaración de voluntad expresada en el texto al cual corresponde", cabe concluir que el escrito judicial que carece de firma debe reputarse, entonces, como "inexistente" en cuanto acto procesal que contiene la expresión de voluntad escrita que en él se pretende instrumentar; pero no respecto al objeto o elemento material (papel escrito) que existe y es lo que motivó la controversia en el caso. Conforme se ha señalado, se trata de una inexistencia jurídica, no material o de hecho. Y la inexistencia del acto jurídico deriva de la ausencia de sujeto, ya que al carecer de firma no hay persona a quien atribuir la autoría de la declaración de voluntad contenida en ese escrito; no puede quedar librada a manifestaciones posteriores de quien sostiene que le pertenece o a la ratificación del firmante.
>
> Conforme se ha dicho, todo acto procesal idóneo tiene por objeto producir un efecto jurídico directo e inmediato en el proceso, y para esto la persona o sujeto procesal ha de tener aptitud para producirlo y ser eficaz el acto en sí mismo; el escrito carente de firma es un acto jurídicamente inexistente y como tal no está sujeto a convalidación posterior, porque carece de un requisito esencial y su ausencia, impide valorarlo jurídicamente.[1314]

c. Copias

En los procesos escritos la reproducción de presentaciones mediante copia de ellas es un reaseguro del derecho de defensa, por eso dice el artículo 120 del Código Procesal:

> De todo escrito de que deba darse traslado y de sus contestaciones, de los que tengan por objeto ofrecer prueba, promover incidentes o constituir nuevo domicilio y de los documentos con ellos agregados, deberán acompañarse tantas copias firmadas como partes intervengan, salvo que hayan unificado la representación … (1er párrafo).

1314. Loutayf Ranea, Roberto y Solá, Ernesto, "Escritos judiciales. Requisitos. Firma; firma falsa", 29/03/2016, LL 2016-A.

La norma sigue con demasiada casuística diciendo:

> Se tendrá por no presentado el escrito o el documento, según el caso, y se devolverá al presentante, sin más trámite ni recurso, salvo la petición ante el juez que autoriza el artículo 38, si dentro de los DOS (2) días siguientes a los de la notificación, por ministerio de la ley, de la providencia que exige el cumplimiento del requisito establecido en el párrafo anterior, no fuere suplida la omisión.
> Las copias podrán ser firmadas, indistintamente, por las partes, sus apoderados o letrados que intervengan en el juicio. Deberán glosarse al expediente, salvo que por su volumen, formato u otras características resultare dificultoso o inconveniente, en cuyo caso se conservarán ordenadamente en la secretaría. Solo serán entregadas a la parte interesada, su apoderado o letrado que intervengan en el juicio, con nota de recibo.
> Cuando deban agregarse a cédulas, oficios o exhortos, las copias se desglosarán dejando constancia de esa circunstancia.
> La reglamentación de superintendencia establecerá los plazos durante los cuales deben conservarse las copias glosadas al expediente o reservadas en la secretaría.

En su amplitud asegura el contradictorio y el derecho de contradecir que las partes conservan. En los supuestos en que se omite acompañar tantas copias como partes intervienen en la litis, dada la gravedad de la sanción prevista, no corresponde atenerse a una interpretación literal que puede conducir a consecuencias no queridas por el legislador; el interesado debe pedir la suspensión del término pertinente hasta que sea provisto de las copias necesarias, por ser tal solución la que mejor se adecua a fin de asegurar el derecho de defensa.

La falta de copias obliga a devolver el escrito que se presenta, a excepción que se articule en el plazo de dos días contados desde la notificación automática (art. 133, CPCC) la reposición con el cumplimiento simultáneo de la medida. No obstante, si no se han adoptado oportunamente las medidas dispuestas por el artículo comentado, no cabe hacerlo con posterioridad sin dar oportunidad al presentante para suplir la omisión.

> Cabe observar que, la intimación prevista para el supuesto de omitir la presentación de copias de escritos se notifica por ministerio de la ley solo cuando es dictada oportunamente, mientras que en caso de ser dictada posteriormente a la presentación en la que se omitió acompañar las mismas corresponde su notificación por cédula o personalmente. Por eso, la

> intimación para que se acompañe copia del escrito presentado debe notificarse personalmente o por cédula cuando se trata del primer auto posterior a la extracción de las actuaciones del legajo de paralizados respectivo.[1315]

La firma en cada copia refiere a la rúbrica que autentica su fidelidad con el original, de manera que si ellos luego no son tales, obligan y responsabilizan al que certificó esa condición. No obstante, cabe destacar que la exigencia de la firma de las copias que se alude es un requisito secundario.[1316]

Conviene aclarar que la carga establecida se extiende a los funcionarios del Ministerio Público cuando intervienen a título de representantes de alguna de las partes. La norma opera de oficio, sin necesidad de petición expresa de la parte que se ve perjudicada por la ausencia de copias; sin embargo, si las autoridades encargadas de advertir la deficiencia o controlar la regularidad de los actos soslaya la devolución correspondiente y otorga la vista y el traslado, priva el principio de preclusión obstando, entonces, a la sanción prevista si el plazo para solicitar la nulidad (cinco días) estuviese consentido.

Criterio que a veces no se comparte, aplicando la tesis acerca de que la omisión de acompañar las copias para un traslado solo habilita a la contraparte a pedir la suspensión del plazo pertinente, a fin de contar con los elementos de juicio que le posibiliten el ejercicio del derecho de defensa en juicio, pero de modo alguno pueden dar basamento a una excepción.

La Corte Suprema en la Acordada de fecha 16 de abril de 1974 dispuso que

> … las copias de los escritos de la demanda, excepciones, reconvención y contestación de aquéllas y de los documentos que las acompañen, deberán ser incorporadas a los autos para ser agregadas a la cédula que corresponda o ser, en su caso, entregadas al interesado, en cuya oportunidad se procederá al desglose dejando constancia en autos en debida forma.[1317]

1315. CNCiv., Sala A, "C., T. F. D. c. M., L. M.", 01/08/1994, ED 160-618.

1316. CNCiv., Sala E, "B. O. M. c. U. de B. D. E.", 19/11/1982, LL 1983-A, 424 - ED 103-130). En consecuencia, el incumplimiento de ese recaudo no puede traer aparejada la devolución de los respectivos escritos o documentos, máxime cuando no hay diferencias entre dichas copias y el original y, además, se trata de la contestación de la demanda, por lo que, de admitirse esa solución, se colocaría a la recurrente en un estado de indefensión. (El tribunal dispuso que no se conferirá traslado de la documentación en análisis hasta tanto la recurrente subsane la omisión aludida).

1317. CSJN, Fallos: 288:201.

Por su parte, se encuentran eximidas de dar cumplimiento a esta carga las partes que deban acompañar copias de difícil reproducción, sea por su número, o cualquier otra razón atendible (art. 121, Código Procesal de la Nación), a cuyo fin se agregará una minuta documental previamente autorizada por el juez de la causa. Igual criterio se tiene con los libros de comercio y los expedientes administrativos ofrecidos como prueba. A fines de garantizar el adecuado derecho de defensa, el juez puede autorizar la entrega de los originales a la parte que los requiera, o bien, dar en préstamo el expediente.

Bien, esto era de pura lógica en un proceso escrito sin control virtual. Vale decir, cuando el expediente puede ser vigilado por las partes mediante el uso de Internet, hay una suma de conceptos, reglas y principios que debieran ser revisados. Desaparece la razón de la presencialidad y pierde sentido la notificación tácita. Las copias no necesitan reproducirse pues basta con llevar su copia a la red y sumarla al expediente informático.

Cuando ello sucedió la doctrina más atenta reflexionó y sostuvo que

> Como primera manifestación de este fenómeno, se han sentado las bases legales para que ahora todos los actos procesales y las resoluciones judiciales que conforman el proceso puedan realizarse electrónicamente, o transformarse en documentos judiciales electrónicos, cualquiera que sea la forma o el soporte en el que originariamente se hayan tramitado. Surge así una nueva forma de expresión de los actos procesales, la que resulta de su sustanciación o incorporación al proceso por medios electrónicos, como una tercera vía frente al dualismo clásico de avance del proceso sobre los principios de oralidad o de escritura. La apertura de esa vía informática puede ser, según algunos, la panacea de todos los males cifrados históricamente en la consabida ralentización de la Justicia. Pero detrás de esa digitalización del proceso civil y su *instantaneidad* se esconde la exigencia de un nuevo formalismo procesal, falto todavía de un desarrollo doctrinal, ahora tan urgente como necesario. El mayor esfuerzo de la dogmática procesal va a girar durante los próximos años en torno al encaje rudimentario de los elementos del nuevo sistema procedimental, como las comunicaciones telemáticas, la firma digital reconocida que sirva de medio para garantizar la autenticidad e integridad de las declaraciones electrónicas y el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos, el alcance de la publicidad telemáticamente accesible de las actuaciones y la interconectividad de archivos.[1318]

1318. Mira Ros, Corazón, "Actos procesales y firma electrónica", en *Revista de Derecho*, N° 5, Madrid, UNED, 2009, p. 289.

La Ley N° 26685 que contiene solo dos artículos dice en el primero que se autoriza la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos constituidos, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales.

En el restante dispone que la Corte Suprema de Justicia de la Nación y el Consejo de la Magistratura de la Nación, de manera conjunta, reglamenten su utilización y dispongan su gradual implementación. Así fue que se dictó la Acordada N° 3 del año 2015 que tuvo en cuenta el cambio o impacto en el modelo de notificaciones que deben agregar copias de las que corresponde dar traslado. La primera regla fue la sustitución de la comunicación por cédula papel y la necesidad de que todos los operadores judiciales que tomen intervención en los procesos judiciales denuncien su Identificación Electrónica Judicial (IEJ) o Domicilio Electrónico, entendiendo por tal su CUIL/CUIT, a los fines de quedar habilitados para utilizar los servicios de notificaciones electrónicas, ingreso de copias digitales, consulta *web* y los que a futuro se habiliten.

No son estas las únicas normas en vigencia. La firma digital se introdujo en la Ley N° 25506 del 2001; la Acordada N° 31/11 sobre "Reglamentación General del Sistema de Notificaciones Electrónicas", estableció la obligatoriedad de constituir domicilio electrónico para todos los que litiguen por propio derecho o en ejercicio de una representación legal o convencional; la Acordada N° 8/12, agregó el "Libro de Notas Electrónico"; la Acordada N° 14/13, incorporó la obligatoriedad del Sistema de Gestión Judicial en todos los juzgados, tribunales y dependencias del Poder Judicial de la Nación; y la Acordada N° 11/14 agregó que todos los Auxiliares de la Justicia debían adjuntar copias digitales de sus presentaciones en el marco de todos los procesos judiciales.

La obligatoriedad de ingresar copias digitales establecida antes en la Acordada N° 11/2014 se aplica a todos los actos procesales de los expedientes en trámite, o reabiertos, y tiene para el que sube la copia a la red el valor de una declaración jurada en cuanto a la autenticidad.

Ello se debe realizar dentro de las 24 horas de presentación del escrito en soporte papel bajo apercibimiento de tener por no presenta-

do a quien no cumpla con esta obligación. Es este el verdadero punto neurálgico del sistema.

> La Corte Federal reiteró el criterio por el cual a pesar de que debe ser reconocida la trascendencia de las técnicas y principios tendientes a la organización y desarrollo del proceso, no puede admitirse que dichas formas procesales sean utilizadas mecánicamente, con prescindencia de la finalidad que las inspira y con olvido de la verdad jurídica objetiva, porque ello resulta incompatible con el adecuado servicio de justicia.[1319]

La eximición de presentar las "copias" en papel se conserva para aquellos supuestos en los que la legislación de que se trate imponga tal deber y su incumplimiento acarrea el apercibimiento que establecen los arts. 120 CPCC y 47 de la Ley N° 18345, cuando se hubiera ingresado en tiempo y forma su copia digital en el Sistema de Gestión Judicial. En caso que las partes soliciten notificarse personalmente, las copias respectivas estarán disponibles en la consulta *web* de causas del Poder Judicial de la Nación y en el Sistema de Notificación Electrónica, cuyo acceso respecto de cada expediente es responsabilidad de los letrados intervinientes.

> En la Acordada N° 3/15 se aclara que la eximición de presentar en papel los escritos de mero trámite que se hubieran ingresado por *web* en "Ingreso de documentos". El tribunal u órgano jurisdiccional debe dejar constancia en el expediente, debiendo asentar: fecha y hora; parte que dejó el escrito y firma del funcionario.
> La extensión del régimen de la Acordada N° 8/2012 que dispuso la aplicación del Libro de Asistencia (Libro de Notas) por medio de una constancia en la línea de actuaciones del programa electrónico de gestión de causas. En función de ello, en todas las Cámaras, Tribunales y Juzgados del Poder Judicial de la Nación, dicho libro en papel se reemplazará por un registro digital dentro del Sistema de Gestión Judicial y la oficina judicial deberá asentarlo en el expediente en soporte papel mediante un sello o dejando nota manual, debiendo quedar asentado: fecha y hora; parte que dejó nota y firma del funcionario interviniente.

d. Anotaciones en el expediente

No son estas todas las formas de expresión reguladas procesalmente, hay otras que se procuran como auxilio de la celeridad

1319. Fallos: 301:1067; 303:1150; 311:274; 312:61 y 317:757.

procesal y que, de alguna manera, están inmersas en el principio de libertad de las formas.

De este tenor son los informes o certificados previos necesarios para dictar una resolución, como sucede cuando se dan los supuestos de reconstrucción del expediente.

También puede "solicitarse la reiteración de oficios o exhortos, desglose de poderes, o documentos, agregación de pruebas, entrega de edictos, y en general que se dicten providencias de mero trámite, mediante simple anotación en el expediente, firmada por el solicitante (art. 117, Código Procesal de la Nación)".

Al respecto, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial dispuso que

> ... las peticiones a que se refiere el art. 117 del Código deberán formularse en forma concreta, con clara indicación de su fecha, y serán firmadas juntamente con el peticionante por el secretario o el oficial primero, quienes las elevarán, en el mismo día, al juez, a sus efectos.[1320]

¿Pueden hacerse anotaciones en el expediente digital? Para una respuesta acorde al fenómeno procesal que se vive, es menester observar la actitud de jueces y magistrados que en lugar de actuar sobre el expediente digitalizado, prefieren llevar a la red solo aquellos actos que se consideran propios del dictado de resoluciones. De algún modo es la diferencia entre digitalizar y escanear.

Las soluciones dependen del respaldo escrito que se quiera tener. Si es posible hacer presentaciones digitales sin agregar al expediente la nota original, es natural que se puedan hacer peticiones dentro del expediente electrónico; de otro modo, se confrontará con las llamadas "nadas del proceso", como genialmente las denomina Francisco Ramos Méndez.[1321]

Las obras de Derecho Procesal electrónico, por suerte, han traído claridad para explicar los motivos por los cuales no es necesario pasar por escrito las manifestaciones orales de testigos, partes y peritos para evitar que queden alojadas fugazmente en el aire o en la memoria: la forma oral

1320. Acuerdo del 02/02/68. Por su parte, la Corte Suprema estableció que "el secretario o el oficial primero pondrán cargo a las peticiones a que se refiere el art. 117 del Código, o las suscribirán junto con el solicitante" (Acordada del 20/12/67). Ambas acordadas reglamentan las providencias de mero trámite indicadas en el artículo, complementando las formas que deben guardarse.

1321. Ramos Méndez, Francisco, *Elogio de la nada procesal*, Barcelona, Atelier, 2016.

puede quedar hoy registrada en objetos informáticos de gran capacidad de almacenamiento, lo que permite su reproducción y su apreciación detenida más allá del acotado ámbito físico y temporal de la interacción emisor-receptor, en otros lugares, en otros momentos y por otros sujetos.[1322]

264.2 Requisitos de lugar para las actuaciones procesales

La celebración de los actos procesales se realiza comúnmente en el ámbito donde funciona el órgano judicial competente para conocer en el proceso,[1323] lo que supone encontrarse dentro de la jurisdicción territorial donde el juez tiene asignada competencia.

Nos referimos a la actividad pura y no a la producción de escritos o presentaciones, los que –como vimos– se pueden cumplir en el expediente electrónico. Pero aun así, son disposiciones que caen en la antigüedad de concebir al principio de inmediación como si la presencia del juez fuera tan inevitable que las audiencias –que cumplen en este escenario un rol principal– no podrían llevarse a cabo si no es con la comparecencia personal de las partes.

Esta idea que se conserva debió resolver el problema que tenían ciertas actuaciones que debían ser llevadas fuera de la jurisdicción, y por tanto, obligaban al desplazamiento de jueces o secretarios delegados, también auxiliares informantes que tomaban conocimiento de lo actuado para después producir el informe al juzgado.

En estos casos se produjo una confusión de principios que colisionó con la eficacia práctica del modelo, dando cuenta así que todo lo que se tiene reglamentado es totalmente inútil e ineficiente. Por ejemplo, los artículos 381 y 382 del régimen formal de la nación dan testimonio de su ambigüedad.

a. Actuaciones dentro y fuera del radio del juzgado

El artículo 381 dice: Los jueces asistirán a las actuaciones de prueba que deban practicarse fuera de la sede del juzgado o tribunal, pero dentro del radio urbano del lugar.

1322. Sosa, Toribio, "La sentencia multimedia y las particularidades del trámite recursivo", en *Tratado de Derecho Procesal Electrónico*, Camps, Carlos (dir.), Buenos Aires, La Ley, 2015, T. II, p. 292.

1323. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 39.

Norma que solo tiene aplicación respecto de los jueces federales no radicados en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, porque en esta, el radio urbano es toda la Ciudad Autónoma de Buenos Aires; mientras que la norma siguiente es una letra muerta en nuestro sistema procesal, toda vez que está absolutamente consolidado el mecanismo de la Ley N° 22172 que establece la cooperación judicial entre magistrados.

En efecto, el artículo 382 dispone que:

> Cuando las actuaciones deban practicarse fuera del radio urbano, pero dentro de la circunscripción judicial, los jueces podrán trasladarse para recibirlas, o encomendar la diligencia a los de las respectivas localidades. Si se tratare de un reconocimiento judicial, los jueces podrán trasladarse a cualquier lugar de la República donde deba tener lugar la diligencia.

Las disposiciones guardan sentido cuando se articula con la obligación del juez de estar presente en todas las audiencias de prueba, a cuyo fin, tanto se piensa en ello como un deber (art. 34 inc. 1, art. 360), o con mayor flexibilidad, en una atribución (art. 360 inc. 5); pero lo cierto es que las excepciones se reiteran: a) cuando el juez debe realizar un acto de prueba fuera de la sede del juzgado, pero dentro de la circunscripción judicial o dentro del perímetro que delimita el radio urbano del juzgado, o b) fuera de la circunscripción o en el exterior, sin importar si es o no país limítrofe.

Quiere decir que el artículo 381 indica el primer supuesto, porque al estar redactado en forma imperativa, permite deducir su carácter obligatorio, evitando ser atribución o facultad que pueda transferirse o encomendarse a un auxiliar. Pero, a tenor de lo normado por el artículo 34, que tiene carácter general, la preceptiva se aproxima más a una potestad que se puede delegar en otros funcionarios (secretario, prosecretarios u oficiales de justicia).

Las otras diligencias probatorias que se llevan a cabo fuera del juzgado y del radio urbano permiten interpretar que se trata siempre de una facultad, por lo cual se puede remitir la prueba a la producción por un tercero, auxiliar de la jurisdicción, que informará oportunamente.

El mecanismo de portación de la prueba es el mandamiento de constatación que diligencia el Oficial de Justicia, cuyas facultades son estrictamente indicadas por el juez; o el informe actuado a través del Secretario del Juzgado o tribunal, con mayores atribuciones en el marco de la delegación y de las que le son propias.

b. Actuaciones extraordinarias fuera del radio del juzgado

El artículo 418 del Código Procesal federal dice que

> En caso de enfermedad del que deba declarar, el juez o uno de los miembros de la Corte o de las cámaras, comisionado al efecto, se trasladará al domicilio o lugar en que se encontrare el absolvente, donde se llevará a cabo la absolución de posiciones en presencia de la otra parte, si asistiere, o del apoderado, según aconsejen las circunstancias.

Esta es una disposición de práctica inusual y extraordinaria, porque tiene además del inconveniente del traslado de funcionarios y abogados, varias exigencias previas a resolver. Solamente para cuestiones extravagantes o caprichosas, o cuando sea difícil la postergación de la audiencia, o la misma pueda contraer riesgos en su producción futura (por el peligro intrínseco de la enfermedad del absolvente), se puede ordenar que la absolución de posiciones se realice en el domicilio donde se encuentre quien deba declarar.

La enfermedad se debe acreditar antes de la celebración de la audiencia, con un mínimo de 24 horas (conf. doctrina del art. 409), requiriendo en el escrito que ella se practique en el lugar donde el absolvente está alojado o internado.

> Sin embargo, Fenochietto y Arazi, han dicho que la acreditación puede ser en el mismo acto o posterior, permitiendo que el juez aprecie si la causa de incomparecimiento a la audiencia fue o no justificada.[1324] De todos modos, la sustanciación que se realiza del pedido y sus fundamentos, motiva un tiempo de trámite que impedirá la concreción de la audiencia en la fecha prevista, circunstancia que por la dilación que supone, admite castigar con el apercibimiento del art. 417, la conducta de simple renuencia que no consigue comprobar la dificultad suprema de trasladar al enfermo al cumplimiento de una carga procesal.

El mismo principio se aplica en la *prueba testimonial*, aunque con mayor amplitud por cuanto la excusación de asistir se funda en la imposibilidad de comparecer por cualquier razón atendible (art. 436). Esta permisión debe resolver las causales de justificación al deber de comparecimiento, y en su caso, la procedencia de disponer la

1324. Fenochietto, Carlos y Arazi, Roland, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, T. II, *op. cit.*, p. 429.

celebración del acto en el domicilio del testigo. No hay causas regladas ni taxativas, solo se mencionan circunstancias de hecho (imposibilidad física) o razones atendibles (justificadas) que signifiquen sorpresa por la convocatoria, porque de ser conocida la citación y darse un supuesto como el contemplado por el artítulo 421 (ausentarse del país) la petición para suspender la citación, por vía de principio, debe ser anterior a la audiencia. Es suficiente para tener por justificada la inasistencia del testigo el certificado médico que, aunque no exprese la imposibilidad del enfermo de concurrir al tribunal o la necesidad de guardar reposo, deja constancia que se trata de una enfermedad o padecimiento ocurrido en la fecha en la que fue convocado.

En los términos como la norma se redacta, parece indicar que el malestar se debe justificar con anticipación suficiente a la audiencia, mediante certificado médico en el cual hay que consignar la fecha, el lugar donde está el enfermo y el tiempo que durará el impedimento para concurrir al tribunal. De otro modo, el juez no podría resolver el desarrollo de la audiencia en la casa del testigo, sino en los términos del artículo 432. La enfermedad se analizará en orden a la gravedad y perspectiva que tiene, para resolver si la audiencia se posterga hasta que recobre el estado de salud; o se dirige al domicilio donde se encuentra para sustanciar allí el acto con la presencia ineludible del secretario. La presencia de las partes es facultativa, pero aconsejable para respetar el principio de bilateralidad y contradicción, sin perjuicio del efectivo derecho de defensa que cada parte mantiene y que no se puede vulnerar por la inquisición que el Juzgado disponga para cumplir esta prueba excepcional.

De todos modos, la práctica es extraordinaria, contingente y muestra en su práctica ser letra muerta del código.Cuando un testigo alegó que no podría comparecer y se prueba que pudo hacerlo, de pleno derecho se le aplicará una multa.

Previo informe del secretario se le fija una audiencia, que debe ser celebrada dentro del quinto día de la ordenada. Ella se debe informar a las partes con habilitación de día y hora, para asegurar su celebración. Al testigo se lo notifica en el mismo acto, de la audiencia designada y de que será traído por medio de la fuerza pública. Finalmente, hay actuaciones que se cumplen fuera de la sede del tribunal como las subastas públicas y las diligencias periciales.

264.3 El tiempo de los actos procesales

El tiempo tiene una gran importancia para las actuaciones procesales, porque las determina en su eficacia para ser generadoras de consecuencias jurídicas. La actividad se puede referir al período de tiempo dentro del cual pueden ejecutarse actos eficaces; o bien indicar el lapso destinado para su cumplimiento. En el primer caso, hablamos de la generalidad del tiempo y particularmente de las que son horas y días hábiles para ejecutar actuaciones y diligencias; en el segundo, se vincula con el plazo previsto para celebrar el acto, fundado en el principio de preclusión y asentado en otras normas de contenido sustancial (*v. gr.* caducidad o prescripción de las acciones).

Son *días hábiles* todos los del año, excluidos, sábados, domingos, feriados, y los que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, o los Tribunales Superiores locales determinen como inhábiles. En la esfera del Poder Judicial no son hábiles los días sábados y domingos, por lo que la orden del juez de cumplimentar una actuación procesal en horas debe considerar la habilidad de los días subsiguientes a la hora de comienzo.

En general puede observarse en estos tiempos una duración diferente que obedece a circunstancias de registro diverso. Los sábados y domingos son recesos normales que corresponden al descanso hebdomadario; los feriados dependen de la fiesta que se conmemore, pudiendo ser religiosas o civiles a cuyo fin la inhabilidad del tiempo sigue lo ordenado por la legislación administrativa.

El art. 3º del Reglamento para la Justicia Nacional establece que "el asueto no inhabilita el día ni alcanza a los magistrados, funcionarios y empleados indispensables a fin de cubrir las guardias necesarias para la atención del público y el cumplimiento de las diligencias dispuestas para esa fecha."

Por lo tanto, el asueto no inhabilita el día el cual continúa corriendo con la única limitación del personal encargado de recepcionar y diligenciar cada uno de los actos predispuestos.

La inhabilidad del día produce dos efectos; 1º) Se descuenta en el cómputo de los plazos procesales, con excepción de los señalados para que se opere la caducidad de la instancia (art. 311); 2º). Durante su trans-

curso no puede realizarse ningún acto procesal eficaz, salvo en el supuesto de mediar habilitación expresa (art. 153, CPC y 4º del RJN)".[1325]

Son horas hábiles las comprendidas dentro del horario establecido para la atención de los tribunales, pero respecto de las diligencias que los jueces, funcionarios o empleados deben practicar fuera de la oficina son horas hábiles las que median entre las siete y las veinte (art. 152, párrafo tercero).

> De acuerdo a la actuación suscitada las horas son hábiles en las 24 hs. de su duración o recortadas a límites diferentes (por ejemplo: La Ley de Enjuiciamiento Civil española, anterior a su reforma del año 2000, decía en el art. 258 que "se entiende por horas hábiles las que median desde la salida a la puesta del sol". En sentido contrario, no se pueden cumplir actos procesales cuando el tribunal no está habilitado para recibirlos ni gestionarlos, por no ser horas hábiles o de funcionamiento normal de los tribunales.

En este aspecto, el Reglamento de la Justicia Nacional establece que los juzgados no funcionarán durante el mes de enero, la feria de julio (con la corrección efectuada en torno a permitir su extensión a los primeros días de agosto), la Semana Santa, los días domingo, los que por disposición del Congreso o del Poder Ejecutivo no sean laborables y los que la Corte Suprema declare feriados judiciales. Los tribunales nacionales del interior del país tampoco funcionarán los días señalados no laborables por los respectivos gobiernos. Todos los demás días del año son hábiles.

Ahora bien, puede ocurrir que por razones de organización, urgencia o cualquier otra medida que se deba adoptar, se puede declarar feriado, asueto o inhábil un día cualquiera, en cuyo caso la importancia que tiene está en la suspensión que significa para el cómputo de los plazos procesales, a excepción de la caducidad de la instancia.

Cuando las circunstancias lo merezcan, el juez puede resolver ampliar el cumplimiento de los actos procesales a días y horas inhábiles. Se trata ahora de un pronunciamiento expreso de *habilitación*, a diferencia de la continuación tácita que ocurre cuando un acto comienza en tiempo hábil y termina en un espacio inhábil.

La habilitación procede a petición de parte, la que debe solicitar fundadamente porque lo solicita; o de oficio, cuando el juez lo dispone.

1325. Cfr. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 61.

Para el cómputo de los plazos procesales y el cumplimiento de cierto tipo de notificaciones –como la notarial, postal o telegráfica– son útiles todas las horas de los días hábiles. Si se trata de actuaciones que deban cumplirse en las dependencias del juzgado, la habilidad se restringe al horario de atención, con excepción de las audiencias de prueba que pueden extenderse hasta su finalización. Además de esta habilitación tácita del tiempo inhábil, las citadas razones de urgencia debidamente fundadas autorizan a solicitar la inhabilitación expresa de días y horas inhábiles.

La habilitación es una medida excepcional que solo procede para no tornar ilusorio el cumplimiento de una providencia judicial, o para evitar consecuencias desfavorables al derecho de las partes. No obstante, no produce efectos jurídicos en el sentido de causar agravio su determinación, por cuanto no modifica por sí el derecho de los implicados y solo autoriza la prosecución del tiempo para instaurar pretensiones y practicar diligencias.

Las razones de urgencia que determinan la habilitación de un feriado, por ejemplo, son solamente aquellas que entrañan para los litigantes un riesgo cierto e inminente de ver frustrados los derechos para cuya tutela se requiere la protección jurisdiccional; por eso es excepcional y sujeta a efectiva comprobación de las razones.

Estando en feria judicial, la habilitación la otorgan los tribunales designados al efecto que han quedado "de turno", en tanto que, durante la habitualidad laboral, la competencia coincide con la del órgano que lleva la causa.

La habilitación puede disponerse de oficio o a pedido de parte, siendo obligación del juez asegurar las medidas necesarias para señalar las audiencias dentro del plazo legal, bajo pena de incurrir en falta grave (art. 153, párrafo final del CPCC). La medida es irrecurrible cuando se dispone, pero si resulta denegada tolera el recurso de reposición.

Para que proceda la habilitación del feriado judicial deben concurrir los supuestos de excepción contemplados en el art. 153 del Código Procesal, pues la intervención de los jueces de feria tiende, en principio, a asegurar únicamente el futuro ejercicio de un derecho o el cumplimiento de medidas ya decretadas. Pero no corresponde si no se justifica el perjuicio que irrogaría la demora en adoptar la decisión

requerida, ni se invocan motivos de urgencia que la tornen ineficaz por el mero hecho de que se resuelva en el período ordinario.

> Sin perjuicio de lo expuesto, adviértase que en el código se hace una diferencia entre *día inhábil y feriado*, distinción que no es estrictamente procesal ni incide en el cómputo de los plazos. Sin embargo, es importante porque puede ocurrir que, si desde el pronunciamiento de una providencia no existen días ordinarios de nota antes de una feria judicial, recién debe considerarse como tal el primero que se ajusta a la regla del art. 133 del Código Procesal luego de que ella finalice.[1326]

265. Clasificación de los actos procesales

Según el modelo que se utilice, los actos procesales reconocen una variada posibilidad de organización esquemática. Carnelutti practicó una clasificación amplia donde ubica cuatro grupos vinculados por su relación con el objeto del proceso.

En el primero, que denomina del *gobierno procesal*, se analizan los actos que provienen de la parte o del oficio judicial (juez y auxiliares), donde los interesados provocan instancias y los restantes disposiciones.

El segundo grupo hace a la *composición de la litis*: razones, pruebas o bienes, a las que da el nombre de actos de adquisición procesal que son de tres tipos: *información, exhibición* y *aprehensión*.

El tercer grupo lo constituyen los actos de *elaboración procesal* que divide en principales (*v. gr.* inspección y administración) y accesorios (*v. gr.* documentación, notificación).

> Por último, para procurar *medios al proceso* o para obtener su *resultado*, es necesario que sean modificadas más o menos profundamente situaciones materiales (extraprocesales) de las partes o de los terceros; jurídicas o también físicas; a esta categoría denomina con el nombre de *actos de*

1326. CSJN, Fallos: 303:727. En suma, el empleo de la palabra "feriado" por el Código (art. 133) no es de carácter restrictivo, sino que tiene el alcance del día inhábil como son los de la feria judicial de enero. La Corte Nacional sostiene que es improcedente el recurso extraordinario deducido contra el fallo que declaró desierto el recurso de apelación al considerar a la feria judicial de enero comprendida dentro del concepto "feriado" del art. 133 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ya que además de ser ajena al remedio federal la interpretación de las leyes procesales, tal decisión no excede las facultades propias de los jueces de la causa, ni incurre en exceso ritual manifiesto en desmedro de la garantía constitucional de la defensa en juicio.

extrinsecación procesal. Ahora, si la acción del proceso hacia el exterior es física o jurídica, habla de transformación o de inyunción; y si dicha extrinsecación procura medios al proceso o un resultado determinado, la misma será instrumental o final.[1327]

Couture, en cambio, fraccionó los actos según los sujetos de quienes proceden (*v. gr:* del tribunal; de partes, o de terceros); y Palacio siguiendo a Guasp creyó pertinente distinguir entre actos procesales de *iniciación*, de *desarrollo* y de *conclusión* o *terminación*.[1328]

Ninguna clasificación tiene valores absolutos; sean técnicas o jurídicas, ambas constituyen esquemas de orientación; la simpleza metodológica de Couture, el casuismo científico de Carnelutti o la secuencia procedimental de Guasp, entre otros, son muestra de la utilidad que todas ellas reportan.

Hemos de seguir a este último, de modo tal que los actos procesales clasifican de la siguiente manera:

i. Actos de postulación: son los que tienen por objeto dar vida al proceso dando inicio a la instancia, siendo esta la fragmentación de actuaciones que estructuran el debate judicial ante órganos con jurisdicción sucesiva, ordenada y correspondiente. La demanda es la actuación más típica, aun cuando el proceso puede tener andamiento anterior si fueron deducidas diligencias preliminares o un proceso cautelar que luego se vincula.

ii. Actos de desarrollo: son aquellos que ocurren a partir del acto introductorio y, por su variedad, admiten subclasificaciones que especifican el destino que portan.

Si las actuaciones van dirigidas a informar al juez sobre la existencia de un hecho, la confirmación de un suceso, o la relación que tiene la postulación con el relato que da razón a su fundamento, se dice que los actos son de *demostración* o *confirmación*. En cambio, si la actuación refiere a un argumento de derecho que proviene de la parte, el acto será de *alegación*; si llega de un tercero, será un *testimonio* o *dictamen*; y si dicha aseveración es de un auxiliar del juez, se llamarán *relaciones*.

1327. Carnelutti, Francesco, *Instituciones…*, *op. cit.*, T. I, pp. 438-439.

1328. Couture, Eduardo, *Fundamentos…*, *op. cit.*, p. 203 y ss.; Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil*, *op. cit.* T. IV, p. 34 y ss.

Cuando la actuación se ingresa formalmente al expediente, podremos referir a actuaciones que posibilitan el acopio instrumental constituido por los escritos judiciales de cualquier tipo y demás instrucciones escritas (*v. gr.* cédulas, oficios, informes, etc.) que conforman los actos procesales de *documentación*.

En cambio, si esas mismas actividades son de prueba, se debe observar cómo ingresan al expediente. Si ellas no se exhiben voluntariamente, el juez puede ordenar su remisión, en cuyo caso el acto de incorporación se entiende como de *aprehensión*; mientras que si el tribunal verifica *in situ*, la actividad será de *inspección*.

Ahora bien, cada una de ellas debe responder a un orden lógico y secuencial que admita su presencia. En este sentido el control sobre la actividad se cumple en actos de ordenación, es decir, aquellos que encausan el procedimiento en forma regular. A este fin las partes promueven actuaciones de impulso procesal y de impugnación, a través de recursos o acciones de nulidad que tienden a advertir el error de procedimiento o de fundamentación; en cambio, el juez se expide con actos de resolución o decisión según provea un aspecto del trámite o juzgue con la sentencia.

A su vez, cada uno de estos actos y resoluciones deben anoticiarse a los interesados, dando lugar a las actuaciones de comunicación que son de tipos diversos como veremos oportunamente (*v. gr.* cédulas, oficios, exhortos, traslados, vistas, etc.).

Finalmente, las partes pueden aspirar, ante la presunción de obtener sentencia favorable, a asegurar el objeto de su pretensión a cuyo efecto disponen de actuaciones cautelares destinadas para ello, las que son ordenadas por actos de resolución.

iii. Actos de conclusión: son precisamente los que terminan con el proceso. El modo normal es la sentencia definitiva; con la particularidad que en los procesos ejecutivos, propiamente dichos, recién con la sentencia que manda llevar adelante la ejecución se origina la etapa forzosa de compulsión y remate. El modo anormal puede ocurrir cuando el acto procesal se antepone al orden secuencial del proceso y proviene de la voluntad de las partes (*v. gr.* allanamiento, desistimiento, transacción y conciliación) o de la sanción a la inactividad (*v. gr.* caducidad de la instancia).

Capítulo XXXVI
Efectos de los actos procesales

266. Recepción de los actos procesales

Las actuaciones procesales originan dos obligaciones principales en el órgano judicial que las recibe; la primera de ellas consiste en formar el expediente judicial; la siguiente, en incorporar los escritos verificando al final de ellos mediante atestación escrita o mecánica, el día y hora en que se presentan indicando la documentación y copias que ellos acompañan. Con la puesta en marcha del expediente electrónico, y la explicación ofrecida por la Acordada N° 3/2015 se ha producido un cambio copernicano.

> El Sistema de Gestión Judicial (SGJ) funciona a través de una página *web*, cuyo acceso hasta el momento se realiza por medio de la red interna del Poder Judicial de la Nación (Intranet). El sistema permite realizar proyectos de despachos a través de un editor de texto –*Word*–, que facilita la edición y modificación, hasta su confirmación con la firma del responsable en el Sistema. La firma del proyecto digital se realiza después de que se materializa la firma de los magistrados o secretarios en el proyecto (soporte papel). A partir de que el proyecto es firmado (en el sistema), este se convierte en un Despacho que no puede ser eliminado ni alterado (formato PDF); solamente se podrá "restringir" o "pasar a secreto" en ese caso solamente podrá ser visto por personal responsable del juzgado o tribunal que lo haya generado. En caso de ser una sentencia se podrá registrar y protocolizar electrónicamente en los términos de la Acordada CSJN N° 06/14, tildando un simple botón. Asimismo, a los fines de visualizar los documentos en formato PDF, se requiere contar con un visualizador tal como Adobe, en conjunto con otro programa llamado Java, imprescindible para el correcto uso de diversos programas y aplicaciones informáticas. En tal sentido, se requerirá que la computadora cuente con acceso a la red del PJN, recomendándose el navegador Mozilla Firefox, cuya configuración es totalmente compatible con el SGJ, esto no quiere decir que no se pueda abrir con los navegadores Internet

Explorer o Google Chrome; sin embargo, al utilizar éstos dos últimos, determinadas funcionalidades (como por ejemplo, algunos botones) no se visualizarán correctamente. Cabe mencionar que para los distintos módulos destinados a los usuarios externos (letrados), tales como el Sistema de Notificaciones Electrónicas (SNE) o el Ingreso de copias *web* de las presentaciones, es necesario contar con acceso a Internet para ingresar al sitio www.pjn.gov.ar, y de allí acceder con usuario y clave.

Una vez que los escritos se agregan, se forma el expediente y comienza una etapa en vías de extinción: la consulta personal. El instructivo elaborado minuciosamente por la justicia nacional indica que el personal de la Mesa de Entradas debe atender según el orden de llegada del público (salvo la consideración preferente que corresponde a embarazadas y discapacitados o urgencias, *v. gr.* vencimiento antes de las 9:30 hs.). Se debe escuchar atentamente la petición. En caso de solicitar la vista del expediente en soporte papel debe buscarlo y entregarlo para su consulta en la mesa de entradas. De no encontrarse el expediente en letra debe localizarlo en el Sistema Informático e informar al interesado. Los empleados no deben perder de vista las actuaciones que se encuentran en compulsa y verificar su efectiva e íntegra devolución. En caso de no hallarlo en letra, ser insuficientes los datos que emanan de la base informática y el profesional desee dejar nota, el personal de mesa de entradas deberá ponerlo en contacto con el prosecretario administrativo, quien es el responsable de la custodia del libro de notas y de la fidelidad de lo allí registrado.

En el supuesto de que el público no requiera la vista de las actuaciones, sino ingresar escritos, documentos y/o cédulas u otras piezas, corresponde su recepción sin mayor recaudo que verificar la tramitación en Secretaría del expediente en cuestión. Sin perjuicio de ello y de su eventual recepción, se le podrá hacer saber al requirente la existencia de medios alternativos como el buzón y la mesa receptora de escritos del edificio. El Juzgado podrá optar, de acuerdo a los recursos disponibles, en cuanto a instalaciones y personal se refiere, por la sectorización de la mesa de entradas dividiendo el espacio para atender puntualmente a algún tipo de procesos.

En orden a la recepción de escritos el manual es preciso y detallado respecto de cómo ha de ser el trabajo de la mesa de entradas. El personal debe recibir el escrito y verificar que corresponda a un expediente en trámite ante ese Juzgado y Secretaría. Solo en este caso debe

colocar el cargo. Si lo que se recibe son testimonios, oficios o edictos, debe colocar en el medio del margen izquierdo la fecha de recepción e inicialar. El personal de Mesa de Entradas deberá insertar constancia de recepción de los escritos, oficios, testimonios y edictos que le sean entregadas en caso que el presentante se lo requiera. Luego debe agregar las piezas en los autos correspondientes, y realizar la carga del movimiento en el sistema informático.

El personal de la Mesa de Entradas deberá agregar en el día las piezas que le fueron dejadas sin expediente. En caso de no ser posible, debe informarlo al prosecretario explicando los motivos que impidieron su incorporación. El prosecretario debe diariamente controlar que en la Secretaría se agregue la totalidad de los instrumentos (escritos, oficios, etc.). Transcurridos tres días hábiles, el prosecretario deberá informar al secretario sobre las piezas que no hayan podido ser incorporadas a efectos de adoptar las medidas pertinentes para su rápida incorporación o búsqueda de la causa.

En caso que el expediente sea hallado pero que por su ubicación (*v. gr.* se encuentra fuera del juzgado) u otros motivos el escrito no pudiera ser incorporado, el mismo deberá ser proveído en el plazo de ley dando cuenta de tal circunstancia.

No es igual el procedimiento en todas las jurisdicciones. En la que se explica (federal y justicia nacional) se conserva la necesidad del escrito y el resguardo informático, pero en la provincia de Buenos Aires la Acordada de la Suprema Corte N° 3886/2018 dispuso eliminar las presentaciones en papel.

> Como se requiere que el expediente digital se encuentre completo, todo escrito que se presente en papel debe ser digitalizado (art. 3 Anexo Ac. 3886) y es el letrado patrocinante quien, con su rúbrica digital, exclusivamente, debe enviar al órgano judicial la reproducción del texto que firmara su patrocinado. Utilizo el término "reproducción" y no copia ya que debe quedar claro que se debe incorporar en el cuadro de texto del portal de notificaciones y presentaciones como un escrito y no una copia digitalizada presentada como archivo adjunto en formato pdf. Este es uno de los errores frecuentemente cometidos al interpretar "serán los requirentes los encargados de digitalizar e ingresar en el referido sistema copia digitalizada del escrito confeccionado en formato papel". Al remitir dicha presentación se deberá tildar en el portal en el sector "otros

> datos" la opción "Presentación con copia en papel - acordada 3886". Si un letrado patrocinante remitiera digitalmente un escrito no considerado de mero trámite antes de ingresar por mesa de entradas el escrito en formato papel con la firma de su patrocinado y sin aclarar que se trata de una copia de ese escrito en papel, daría lugar a un proveído ordenando la presentación física, ya que sería considerado como presentación con falta de firma de la parte (art. 118 C.P.C.C. Inc 3º).[1329]

267. El expediente judicial

El *expediente judicial* es un acto procesal típico de documentación que se forma con los escritos e instrumentos públicos y privados que se agregan cronológicamente, a medida que son producidos por los sujetos del proceso, sus auxiliares o terceros.

Debe recordarse que, conforme lo indican las normas procesales, la demanda, la reconvención y sus contestaciones deben acompañar toda la prueba documental que se tenga, y ofrecer aquella que resulte conocida y no obre en poder de quien lo alega. De manera que el conjunto representa dos expresiones distintas: el acto procesal que es la demanda y el documento que preexiste.

Asimismo, suele distinguirse un expediente principal en el que tramitan las actuaciones referidas al objeto de la pretensión que generalmente ocupa a los escritos de postulación (demanda, reconvención) y réplica (contestación de demanda, o reconvención); y otros expedientes accesorios que pueden o no incorporarse luego al principal. Son ellos los cuadernos de prueba y los incidentes, respectivamente.

El art. 54 del Reglamento para la Justicia Nacional indica que

> Los expedientes serán compaginados en cuerpos que no excedan las doscientas fojas, salvo los casos en que tal límite obligara a dividir escritos o documentos que constituyan una sola pieza. Se llevarán bien cosidos y foliados, con exclusión de broches metálicos, y estarán provistos de carátula en que se indique el nombre de las partes, la naturaleza del juicio, el tomo y folio de su registro y el año de su iniciación. Cuando los litigantes fuesen más de uno por parte, la carátula podrá limitarse al nombre del primero de ellos con el agregado "y otros".

1329. Rinaldi, Lelia, "Del expediente judicial en papel al expediente electrónico en la provincia de Buenos Aires. Algunas cuestiones de praxis profesional", elDial DC259F.

Razones de seguridad y prudencia aconsejan que la documentación que obre en el expediente sea copia fiel de sus originales, los que son reservados por el juzgado.

> Si bien ahora la denominación de los expedientes es "alfanumérica" (compuesta por letras y números) es muy común el uso de la expresión "el número de la causa…" esta modalidad se mantiene informalmente debido a que antes de la implementación del SGJ se usaban solo números. Por ende, a modo de ejemplo, un expediente iniciado en el fuero civil tendrá la siguiente denominación: "CIV 00001/2016". Aunque luego pase al fuero penal –al que le corresponde otra sigla–, dicho expediente seguirá siendo identificado bajo le denominación "CIV 00001/2016". Finalmente, la sentencia se protocolizará y registrará bajo la misma denominación (sigla del fuero origen, núm. expte. y año), incluyendo además fecha y hora de la firma de la resolución judicial. La denominación anteriormente citada corresponde al expediente principal. Si el expediente luego es elevado a Cámara, en su primera intervención se denominará "CIV 00001/2016/CA1", si ha sido elevado a Cámara por segunda vez se denominará "CIV 00001/2015/CA2". Del mismo modo si se ha creado un incidente en primera instancia se denominará "CIV 00001/2015/1". En el caso del fuero penal, al generarse una elevación a Tribunal Oral, el expediente se denominará "CFP 00001/2016/TO1", el cual tramitará en dicha instancia, siendo sorteado el Tribunal Oral automáticamente por el Sistema.

El expediente debe permanecer siempre en el tribunal a fines de posibilitar su consulta, las únicas excepciones se dan cuando se encuentran pendientes de alguna resolución, o cuando se otorgan en préstamo.

267.1 El expediente electrónico

El expediente representa un conjunto de papeles que se traslada de un sitio a otro, generando múltiples inconvenientes, cuando no, posibilidades reales de desaparición o extravío. A este inconveniente y muchos más, tiende resolver el *expediente judicial electrónico*, que pasa a ser un conjunto de información en formato digital al que pueden acceder todos los intervinientes. Es este uno de los ejes principales de la modernización de la justicia.

Los avances fueron dados con la Ley N° 26685 sancionada en el año 2011 que autorizó la utilización de expedientes electrónicos, documentos electrónicos, firmas electrónicas, firmas digitales, comunicaciones

electrónicas y domicilios electrónicos constituidos, en todos los procesos judiciales y administrativos que se tramitan ante el Poder Judicial de la Nación, con idéntica eficacia jurídica y valor probatorio que sus equivalentes convencionales. Luego, la Corte elaboró una suma de acordadas y resoluciones que fueron implementando el sistema para la justicia federal y nacional.

Sin embargo las normas se ocupan de explicar qué significado adquiere el documento digital, que el artículo 6 lo entiende por aquel que lleva la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo. Por ello agrega que un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.

En el caso de expedientes electrónicos, comunicaciones electrónicas y domicilios electrónicos constituidos los mismos no se encuentran receptados en la normativa nacional argentina, lo que lleva a sostener que

> Pareciera ser incongruente si al momento de legislar sobre la firma digital, firma electrónica y documento digital, se realizó una definición de estos, no se lo haga ahora los nuevos conceptos introducidos. Al no tener cubierto todos los ángulos al momento de legislar, se da lugar a espacios grises que constituyen puntos flacos en la iniciativa. Dichos vacíos eventualmente darán lugar a discusiones legales acerca de la interpretación de la norma que podrían haber sido fácilmente evitadas. Asimismo cabe preguntarse si se puede legislar sobre algo que no se encuentra definido. Esto da la pauta de una mala técnica legislativa.[1330]

267.2 Consulta directa al expediente

El artículo 127 del Código federal dice:

> Los expedientes únicamente podrán ser retirados de la Secretaría, bajo la responsabilidad de los abogados, apoderados, peritos o escribanos en los siguientes casos: 1°) Para alegar de bien probado; 2°) Para practicar liquidaciones y pericias; partición de bienes sucesorios; operaciones de contabilidad; verificación y graduación de créditos; mensura y deslinde; división de bienes comunes; cotejo de documentos y redacción de escrituras públicas; 3°) cuando el juez lo dispusiere por resolución fundada.

1330. Carnevale, Carlos, "El expediente judicial en Argentina", en *ElDial.com*.

En los demás casos previstos en los dos últimos incisos, el juez fijará el plazo dentro del cual deberán ser devueltos.

La responsabilidad de quien retira el expediente[1331] se asegura haciéndole entrega del mismo bajo constancia escrita, donde se dejan asentadas todas aquellas circunstancias de individualización necesaria.

1331. El capítulo IV del Título III correspondiente al Libro I del Código Procesal establece distintas disposiciones tendientes a reglamentar el préstamo, devolución y reconstrucción de expedientes judiciales. En cuanto interesa en esta parte, está en claro que "si se comprobase que la pérdida del expediente fuere imputable a alguna de las partes o a un profesional, éstos serán pasibles de una multa..." (art. 130, CPC). La norma nada dice respecto de la probable "pérdida o extravío" causado por el mismo órgano jurisdiccional, ni las consecuencias que ello importa.
En la provincia de Buenos Aires, la Resolución N° 854/73 (sobre Reglamento de Consulta, préstamo y extravío de expedientes) en su art. 6.1 aclara que si desaparece un expediente, el Secretario debe comunicarlo dentro de las 24 hs. al juez a efectos de que proceda a poner en conocimiento de ello a la Superintendencia de la Suprema Corte. A continuación, el art. 6.2 agrega que "en los casos en que la verificación –de la pérdida– se produzca con motivo del requerimiento de parte, por pedido de búsqueda, la comunicación deberá efectuarse simultáneamente con la certificación de que el expediente no se ha habido". La omisión de comunicarlo constituirá falta grave para el funcionario (6.3).
De su parte el Reglamento para la Justicia Nacional en lo civil establece en el art. 245 que "por superintendencia se llevará un registro de expedientes extraviados en el cual se hará constar, cuando pueden ser individualizados, el nombre y domicilio de las partes interesadas y el de los profesionales intervinientes. A tal fin, los juzgados, a través de sus Secretarios, pondrán en conocimiento de la Cámara las providencias que dispongan la búsqueda o reconstrucción de expedientes dentro del quinto día, indicando la carátula y las demás referencias mencionadas en el apartado anterior, de no hacerlo incurrirán en falta grave".
Otras legislaciones son minuciosas al referir los modos como se desenvuelve el préstamo de las actuaciones judiciales (*v. gr:* Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Córdoba –arts. 103 a 114–), pero dejan latente la posibilidad de extender la responsabilidad a quien cause la desaparición (por ejemplo, el art. 57 del Código adjetivo de la provincia de Santa Fe reglamenta que podrá arrestarse al culpable del extravío, poniéndolo a disposición de la justicia criminal).
Es también el caso de la provincia de Buenos Aires, por cuanto su máximo tribunal a través de la resolución N° 854/73 dice que "los secretarios, jefes de archivo o de la oficina respectiva, son responsables de las mutilaciones, alteraciones o pérdidas de los documentos que estuvieren a su cargo, salvo que se comprobara la acción directa y dolosa de terceros, en cuyo caso, la responsabilidad penal será de estos. Por el extravío de cada expediente cuyo paradero no justifiquen, incurrirán en multas de pesos ..., sin perjuicio de que instruida una información sumaria se sancione del mismo modo la inconducta del profesional si hubiere contribuido a su pérdida, siendo exclusiva la responsabilidad del empleado o funcionario si se demostrare que obró con negligencia. La reiteración que a juicio del Tribunal o Juez en sus respectivas jurisdicciones, no lleven al doble de la multa sin exceder su máximo, importará la pérdida del empleo o cargo que deberá decretarse

El artículo 128, en tal sentido, establece que

> Si vencido el plazo legal o judicial correspondiente no se devolviese el expediente, quien lo retiró será pasible de multa [...] por cada día de retardo, salvo que manifieste haberlo perdido, en cuyo caso se aplicará lo dispuesto en el art. 130, si correspondiere. El Secretario deber intimar su inmediata devolución a quien lo retenga, y si ésta no se efectuara, el Juez mandará secuestrar el expediente con el auxilio de la fuerza pública, sin perjuicio de remitir los antecedentes a la Justicia Penal.

Esta norma es congruente con el principio de moralidad que el proceso entroniza y tiene, como se advierte, dos finalidades: una, sancionar con una multa procesal el retardo en la devolución; otra, deducir las medidas tendientes a la entrega de las actuaciones.

> Conviene aclarar que el plazo de gracia previsto en el art. 124 no resulta aplicable en la especie, de modo tal que la sanción económica computa ese día. No obstante la medida conminatoria no tiene operatividad inmediata, si el obligado no estuvo previamente intimado a la devolución.

El principio general imperante ordena que las actuaciones permanezcan en el juzgado, por una elemental razón de orden y seguridad, porque lo contrario evita el trámite normal y propende a los extravíos.

La estructura actual de nuestro sistema de procedimientos, unido a la burocrática e incómoda forma de reunir los expedientes en casilleros que controla el jefe de Mesa de Entradas de la Secretaría, determina cierto anacronismo de esta regulación positiva.

En efecto, es cierto que mientras se mantenga el proceso escrito donde la prueba se produce luego de una etapa bastante lenta, fatigosa y con innumerables acontecimientos que hieren los principios, otrora pensados en los arts. 364, 368, 375, 377, 384, entre otros destinados a concentrar y acelerar la vía de demostraciones, la posibilidad de retirar el expediente para estudiarlo y emitir el alegato es una suerte profesional que destaca el ejercicio de una buena defensa.

---

con intervención de las autoridades competentes. Todo ello sin perjuicio de la facultad sancionatoria conferida a los señores jueces por el art. 67 de la Ley 5827" (Cfr. art. 228 de la Ley N° 5177 y art. 67, de la Ley N° 5827 ambas de la Provincia de Buenos Aires); (Cfr. Gozaíni, Osvaldo, "Las responsabilidades emergentes de la pérdida extravío del expediente judicial", en *Respuestas Procesales*, segunda parte, Buenos Aires, Ediar, 2000).

No obstante, sería mucho mejor pensar en la inutilidad de recurrir a ella, si la prueba se produjese toda en una audiencia única, como fue pensado en la Ley N° 25488 que nunca se aplicó efectivamente.

Asimismo, las previsiones tenidas en cuenta para llevarse el expediente en cuestiones por demás complejas, o cuando el juez lo decide fundadamente, no admite reparos de orden formal porque las situaciones justifican el retiro.

En cambio, el desglose de documentación o escritos exige una práctica mas acomodada a la realidad como se lo practica.

En los hechos cotidianos ocurre que tal proceder se efectúa, previa autorización del juzgado, mediante la anotación en la causa de las piezas desglosadas y con la firma de la persona autorizada al retiro. No quedan copias, salvo que se trate del poder de actuación en juicio, porque solamente en este caso, el Reglamento para la Justicia Nacional requiere que "los desgloses de poder en los juicios en trámite, deberán hacerse con transcripción íntegra de ellos en los autos" (art. 49).

El problema se origina cuando el expediente se pierde y resulta precisa su reconstrucción, porque puede darse el caso de que quien haya desglosado, niegue el hecho o imposibilite recuperar las piezas extraídas.

> Ante probables reiteraciones conviene recordar la vigencia de la Acordada de la Corte Nacional (Fallos 244:142), que dispone lo siguiente: 1) los magistrados en la primera providencia de escritos con los que se acompañen documentos, deberán disponer el desglose de éstos para ser reservados en Secretaría. Podrá prescindirse de la reserva cuando se trate de documentos otorgados por duplicado, o la obtención de otro ejemplar no estuviere supeditada a la voluntad de la parte contra la que el documento se invoca, o de terceros; 2) Los Secretarios harán constar, mediante nota asentada en el expediente, el cumplimiento de la disposición a que se refiere el artículo anterior; 3) Las partes deberán acompañar copia fotográfica simple –firmada– de los documentos que se presenten, la que se agregará a los autos en el lugar correspondiente al original. A pedido de parte y con carácter de excepción podrá prescindirse, mediante orden judicial, de la agregación a que se refiere este artículo (obedece a los supuestos de copias de dificultosa o imposible reproducción); 4) Los documentos originales se reservarán en lugar que asegure su debida custodia; 5) Corresponderá a cada tribunal organizar el procedimiento de ordenación y control de los documentos reservados, en forma que haga posible su inmediata ubicación; 6) Los documentos quedarán reservados en el tribunal en que la causa haya quedado

radicada, y solo se remitirán, sin agregárselos al expediente, a los tribunales de las instancias superiores o al Ministerio Público, cuando fueren requeridos por éstos. En tal caso deberá especificarse en el recibo la cantidad de documentos enviados y su carácter. Asimismo, los documentos originales podrán ser entregados a los integrantes de los cuerpos técnicos periciales y peritos oficiales; 7) A pedido de parte, o de oficio, podrá disponerse la reserva de otras actuaciones cuya guarda se estime conveniente; observándose el procedimiento señalado en las disposiciones precedentes; 8) La agregación al expediente de los documentos o actuaciones reservados, se ordenará cuando se disponga la paralización o archivo de los autos, asentándose la nota correspondiente por el Actuario; 9) Los tribunales deberán adoptar las medidas conducentes para el efectivo cumplimiento de la disposición del art. 63 del Reglamento para la Justicia nacional (revisación de expedientes por interesados); 10) La reserva a que se refiere la presente Acordada se dispondrá respecto de los documentos que se presenten a partir del día 1 del entrante mes de agosto, sin perjuicio de aplicársela a documentos agregados a expedientes en trámite, cuando el tribunal lo resuelva o lo solicite cualquiera de las partes.

267.3 Pérdida o extravío del expediente

Si fuera el caso de pérdida o sustracción del expediente, se debe ordenar la reconstrucción, de oficio o a pedido de parte. La reconstrucción puede ser total o parcial según se haya extraviado todo el cuerpo o algunas de las actuaciones, respectivamente.

El procedimiento se basa en la colaboración que las partes prestan para acompañar, en el plazo de cinco (5) días de notificados por cédula, las copias de los escritos, documentos y diligencias que obren en su poder. Cada agregado, debe ser conocido por el contrario, a fin de alegar sobre su autenticidad.

Es obvio que al faltar la actuación directa del funcionario fedatario, toda reconstrucción se basa en las presunciones y en la buena fe, sin poder sostener a ciencia cierta que el escrito judicial sea un instrumento público y que la copia no lo sea, y valorar los elementos con ese escrito. Como necesariamente la reconstrucción debe realizarse con las copias, es el valor de ellas el que corresponde determinar, razón por la cual es pertinente aceptar la reconstrucción pretendida si a los elementos acompañados se une la verosimilitud resultante de una de-

claración que obra en las actuaciones, pese a las imperfecciones de que pueda adolecer la prueba testimonial.

La controversia sobre la autenticidad de un escrito o documento debe resolverse inmediatamente, sin admitirse recurso alguno contra el decisorio; pero el solo decreto que tiene por reconstruido un expediente no basta para darle categoría de original a una copia cuando la parte a la que el instrumento podría perjudicar, al conferirle vista para expedirse sobre la autenticidad niega la existencia del original. Ello sin perjuicio de las medidas que el juez puede disponer si considera necesario hacer alguna indagación sobre la controversia generada.

El auto que tiene por reconstruido el expediente no impide agregar otros documentos que lleguen a poder de las partes y que manifiesten estos, dentro del quinto día de conocerles, que recién ahora los obtienen. De igual modo, si ya se hubiere dictado la sentencia de primera instancia, cabría la presentación de copias halladas con posterioridad.

Una vez que el proceso concluye, y no quedan a su respecto actuaciones útiles a cumplir, se dispone el archivo (Decreto-Ley N° 6848/63).

> En España, que es la fuente de las preocupaciones volcadas en las normas reseñadas, regula la reconstrucción de autos cuando se trata de expedientes electrónicos, pero lo hace conservando estas reglas, provocando el reclamo de la doctrina que entiende necesario que el legislador concrete cuál será el procedimiento de reconstrucción de autos, si llegara a suceder la supresión, alteración o desaparición de parte del expediente judicial electrónico. Cierto es que el procedimiento de reconstrucción de autos, previsto actualmente en la LEC, puede ser aplicable en estos casos, pero también sería lógico prever un sistema propio de reconstrucción de autos a través de los datos, documentos y escritos electrónicos recogidos en las diferentes copias de seguridad que se hayan ido realizando. El uso de las nuevas tecnologías, como puede observarse, no está exento de problemas. Su uso es ya un avance, pero se debe ser cauteloso en la previsión y regulación de los problemas que puede conllevar, pues si no fuera así, en lugar de ser una ventaja para los derechos de los ciudadanos, se convertirá en un arma arrojadiza en detrimento de la propia justicia.[1332]

1332. García Torres, María, "La tramitación electrónica de los procedimientos judiciales, según ley 18/2011, de 5 de julio reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia. Especial referencia al proceso civil", en *Revista Internacional de Estudios de Derecho Procesal y arbitraje (RIEDPA)*, N° 3, Madrid, 2011, p. 30.

268. El cargo

El *cargo* es el acto en cuya virtud el funcionario que la ley designa al efecto deja constancia, al pie de todo escrito presentado o comunicación dirigida al tribunal, del día, hora, año en que se verifica la presentación o recepción.

El mismo reviste las características propias de un instrumento público y, por consiguiente, lo allí consignado goza de la autenticidad que le confiere la firma del funcionario autorizante (arts. 289 y 296, Código Civil y Comercial).

El funcionario que refiere el art. 124 del CPCC es el oficial primero o prosecretario administrativo, de modo que si su firma está ausente, el cargo no tiene eficacia. Va de suyo que si la constancia de recepción la suscribe el juez o el secretario, se tiene por válida dicha emisión.

Con anterioridad a la Ley N° 17454, el cargo fuera de hora era colocado por Escribanos o Secretarios Judiciales, permitiendo de esta manera posibilitar al litigante el goce íntegro de los plazos procesales, subsanando consecuentemente la restricción derivada del horario de atención de los Tribunales; habida cuenta que los plazos corren por días enteros.

> Es decir, que los escritos que no alcanzaban a ingresar en dicho horario cuyo vencimiento operaba ese día, podían válidamente entregarse a los funcionarios citados quienes atestaban la recepción en término; y a quienes correspondía diligenciarlos personalmente en la oficina respectiva el día siguiente, dentro de la primera hora de abierto el Tribunal (los Secretarios) o la segunda (los escribanos) (art. 1º inc. e del Decreto/Ley N° 12454/57; art. 45 del reglamento para la Justicia Nacional; Acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del 17 de diciembre de 1952).

Esta mecánica fue denominada como "cargo de urgencia", y era proclive a actitudes ficticias y a problemáticos deslindes de responsabilidad.

La reforma reemplazó aquellas atestaciones urgentes por el "plazo de gracia", consistente en la ampliación de las dos primeras horas de atención del Tribunal del día hábil inmediato, para presentar el escrito cuyo vencimiento había operado en el día anterior.

La prolongación del plazo al día inmediato posterior a su vencimiento, obedece a un "efecto procesal". Debe atenderse con cuidado que el art. 124 no crea la ficción de suponer que el escrito se entrega en el día de su vencimiento; es decir que la ampliación transcurre como

perteneciente a las horas del día anterior; pues una cosa es la facultad de presentar escritos referentes a plazos que vencen una vez concluido el horario de tribunales, y otra es la vigencia de los plazos que rigen por el artículo 6 del Código Civil y Comercial.

En otras palabras, la parte que se vale del "plazo de gracia" no está produciendo el acto procesal el día de la fecha del cargo, sino que el acto queda fictamente logrado en la víspera; esto es que el plazo de gracia es para el cargo del escrito, no para el acto de la parte que se presume cumplido el día que debió serlo.

Por otra parte, el cargo de urgencia o plazo de gracia no rige cuando el cumplimiento de los actos procesales está determinado en horas (*v. gr.* plazos en el amparo constitucional), ni para otras actuaciones de orden accesorio que integran un acto (*v. gr.* depósito del art. 280 a los fines de la interposición del recurso de queja).

> El llamado "plazo de gracia" contemplado en el art. 124 "in fine", resulta aplicable al plazo de caducidad de instancia, en la medida en que el acto impulsor del procedimiento se trate de un escrito judicial, pues el mencionado plazo es para el cargo del escrito y no para el acto de la parte, que se presume cumplido el día en que debió serlo.[1333]

Cabe agregar que si la falta de firma en el cargo, o la impresión difusa de la hora y día de su recepción, no impiden que el acto procesal produzca efectos, mientras no se demuestre por la vía de la redargución de falsedad que la presentación no haya existido, sea falsa o inexacta. En cambio si el cargo tiene enmiendas o agregados que no estén salvados por el oficial o prosecretario administrativo, no tiene eficacia alguna y se deben tener por cumplidos en los tiempos que allí se reflejen. Pero si ellos no se pueden advertir, y no surge la responsabilidad de las enmiendas, se debe estar en favor del acto cumplido.

269. El cargo electrónico

El cargo tradicional fue pensado para la agregación de escritos al proceso, los que tomaban fecha cierta y conseguían efectos procesales

1333. CNFed. Contencioso administrativo, Sala I, "Pentamar S. A. y otro c. Ministerio de Economía, Obras y Serv. Públicos", 11/11/1996, LL 1997-B, 418.

una vez formalizada la presentación. Vale decir que se trató de una tarea presencial certificada por el funcionario receptor.

Sin embargo, el soporte "papel" no es el único modelo que se cuenta para contener los escritos judiciales. Con los cambios tecnológicos en la documentación del expediente y la agregación de escritos, el cargo ha quedado incómodo con las variaciones, de manera que en lo puramente tecnológico se podría afirmar que las normas de procedimiento son "tecnológicamente neutras", en el sentido de que no exigen inexorablemente de una reforma normativa para reemplazar el soporte papel por el digital.[1334]

En el Sistema de Notificaciones y Presentaciones Electrónicas de la Provincia de Buenos Aires existe el cargo electrónico. Se coloca cuando se realiza una presentación digitalizada, que genera automáticamente el trámite de cargo electrónico siendo la consecuente constancia del efectivo ingreso del escrito al servidor correspondiente. Es verdad que a veces se indica que queda en estado *pendiente*, pero cumple las mismas funciones que el cargo en formato papel dado que también le otorga fecha cierta al escrito presentado.

Pero a diferencia del cargo tradicional, el electrónico proporciona mayores y ofrece mejor seguridad porque detalla: a) quién fue el titular generador de la misma y su domicilio electrónico; b) si la presentación electrónica fue dirigida al organismo o a alguna parte involucrada; c) la causa donde fue enviada la presentación electrónica; d) el número del expediente o receptoría de la misma; e) el estado de la presentación electrónica; f) el título que refiere al contenido del escrito, y permite –además– agregar observaciones.

Con relación a la fecha y hora del cargo electrónico, el artículo 6° del reglamento de la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, N° 1827/2012, dispone que

> … la presentación se tendrá por efectuada en la fecha y hora en la cual el documento digital ingresó al Servidor de Presentaciones Electrónicas y quedó disponible para el organismo, salvo que se realice en días u horas inhábiles, en cuyo caso se tendrá como fecha al primer día hábil siguiente a la presentación electrónica, y como horario de presentación a la hora

1334. Bielli, Gastón; Nizzo, Andrés, "El cargo electrónico y los estados de las presentaciones electrónicas. Incipiente jurisprudencia de la SCBA", en *Microjuris.com*, 13/03/2017 (ref.: MJ-DOC-10645-AR MJD10645).

de apertura de atención judicial. De este modo, una vez que el usuario completa los campos que el portal exige (*v. gr.* "organismo", "causa", entre otros), y confecciona el documento, la diligencia se realiza y finaliza en el instante en que el operador ejecuta la opción de "firmar y enviar". Con ello, la pieza procesal ingresa y queda almacenada en el sistema y así, la parte culmina la actividad de "presentación" que le corresponde, "agotando así el íter de exteriorización formal de la voluntad y de comunicación al órgano, en relación a ese acto en sí mismo considerado".[1335]

270. Regularidad y pertinencia de los actos procesales

Cuando referimos al problema que plantea la pertinencia y regularidad del acto lo instalamos dentro de los requisitos de procedencia con el fin de mostrar su distancia respecto de la eficacia que logran para alcanzar el objeto de su instauración, es decir, de su utilidad para llegar a la sentencia favorable.

Ocurre que puede constatarse en distintos estudios cierta confusión entre la valoración del acto procesal y la eficacia que de ellos deriva; debiendo, en consecuencia, determinar qué tramo le corresponde a cada uno.

La valoración del acto consiste en observar cuáles son los elementos que valen, o no; en tanto, la eficacia, analiza la trascendencia del acto y los efectos que produce[1336]. Lo primero ocupa el estudio de las consecuencias naturales de la actuación; en cambio la eficacia pondera una diversidad de registros que iremos desmenuzando.

El consecuente normal de un acto regular es su admisibilidad en el proceso. Esa introducción pone en juego una serie de consecuencias que se toman de los principios y presupuestos procesales.

Normalmente, toda actuación genera en el órgano judicial la obligación de providencia, de modo tal que cumplido el trámite se cierra el circuito. La actuación se ha consumado y ha logrado una eficacia determinada, por ello será irrepetible.

No obstante, si la actividad no llega al efecto buscado, pueden reiterarse los pasos. Por ejemplo, si la demanda se plantea ante juez que

1335. SC Buenos Aires, "N., P. O. C/ I.O.M.A. S/ Amparo - recurso de queja por denagación de recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley", 28/12/2016, citado por Bielli; Nizzo.

1336. Barrios de Angelis, Dante, *Teoría del Proceso, op. cit.*, p. 179.

resulta recusado, la misma puede replicarse ante quien no tenga causa de excusación. En igual supuesto, si la pretensión fuera planteada ante juez incompetente, se podría rectificar lo obrado corrigiendo el error de procedimiento. De igual medida son los actos que provienen del tribunal, pues pueden ratificar sus actuaciones (*v. gr.* recurso de reposición que se rechaza) o rectificarlas (*v. gr.* corrección de errores materiales de la sentencia).

En cambio, si las actividades desarrolladas no abastecen la admisibilidad, el ordenamiento jurídico reacciona asignando invalidez o ilicitud al acto.

Según Guasp:

> … en caso de privación de efectos, se habla de invalidez del acto, pues la invalidez o nulidad no es sino el concepto descriptivo de esta ausencia de todos o de parte de los efectos normales; en caso de adición de efectos, se habla de ilicitud del acto, pues la ilicitud o simplemente irregularidad tampoco es más que el concepto descriptivo de esta presencia de consecuencias anormales.[1337]

En estos casos existe valoración, ya de la normalidad o de la irregularidad, pero este fenómeno analítico, necesariamente incide sobre la eficacia y, de suyo, en los efectos que concurren.

La teoría de la admisibilidad de los actos procesales permite efectuar estas distinciones porque la deficiencia o anormalidad de una actuación depende del tipo de vicio que registra, tanto como sucede para derivar la naturalidad de un acto, porque unos podrán ser formalmente regulares y con idénticos recaudos; otros, ser irregulares.

La admisión de un acto presupone distintos niveles de aceptación, en cambio a la pertinencia solamente la abastece la fundabilidad. La secuencia que observamos se da en lo siguiente: efectuada una actuación procesal, el juez la recibe y analiza su atendibilidad, es decir la aptitud manifiesta del acto para someterse a ulteriores consideraciones;[1338] si fuese nula esta actividad y el vicio proviniera de la misma parte que lo presenta, no podría reiterarse en virtud de la doctrina de los propios actos (*nemo auditur propiam turpitudine allegans*). Receptada la actividad, ella puede obtener efectos inmediatos (*v. gr.* si se deduce una ex-

1337. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 313.

1338. Barrios de Angelis, Dante, *Teoría del proceso, op. cit.*, p. 180.

cepción, y el juez la considera manifiesta dándole razón al oponente) o mediatos, en cuyo caso quedan incorporados al proceso para incidir o no en la suerte de la pretensión. Para ambos fines promedia una declaración expresa o tácita sobre la admisibilidad, dando pie para estudiar en el contenido.

Recién allí comienza el examen sobre el fondo, pudiendo el órgano estimar que hay inadecuación con alguno de los requisitos establecidos por la ley para otorgar regularidad al acto procesal.

La entidad del vicio genera las nulidades procesales, sin perjuicio de la valoración general que pueda hacer la jurisdicción sobre otros conceptos, como la conducta procesal de las partes.

270.1 Actos procesales de comunicación

La regla de la bilateralidad se eleva a la jerarquía constitucional de "garantía procesal". La técnica es simple, cada vez que alguien pide el otro tiene derecho a ser oído; a estos fines debe tomar conocimiento de las alegaciones, las que se informan y comunican de acuerdo con la importancia que tienen.

Son trascendentes la notificación de la demanda y la sentencia; lo son menos otros actos procesales. El sistema procesal lo reglamenta con un mecanismo diferenciado de notificaciones, que se pueden enumerar: *a) Ministerio legis*, o *notificación automática* o *por nota*; *b) Notificación tácita*, o *convalidación técnica*; *c) notificación por cédula*; *d) notificación por escribanos*; *e) notificación personal o directa*, y *f) notificaciones indirectas* (edictos, medios audiovisuales).

A estos modelos incorporados dentro del régimen procesal, se debe agregar la notificación electrónica que se agrega por acordadas y resoluciones. De ellos nos ocuparemos en el capítulo siguiente.

270.2 Actos procesales de ordenación

Las "vistas" y "traslados" son la forma común de ordenar el trámite y asegurar el régimen de las comunicaciones del proceso. El Diccionario de la Real Academia española[1339] explica que, *vista* es la actuación que se relaciona con el pedido que efectúa el tribunal a los litigan-

1339. *Diccionario de la Real Academia Española*, 21ª ed., Madrid, p. 1428.

tes, para que puedan ser oídos antes de dictar un fallo. Mientras que *traslado* es la comunicación que se da alguna de las partes que litigan, sobre las pretensiones o alegatos de otra u otras.

> A veces se aplica el término *traslado de autos*, que según Cabanillas quiere decir el paso de las actuaciones judiciales a una de las partes para que dentro del plazo legal o fijado, tome conocimiento de alguna petición o alegato de la otra, a fin de expresar lo que a su derecho convenga o adoptar la actitud procesal conducente.[1340]

Desde nuestra óptica, siguiendo el uso forense tradicional, la *vista* es el pase a otra oficina judicial o la comunicación *ministerio legis*, que se efectúa en el expediente para que el funcionario, o las partes, respectivamente, se informen y pronuncien respecto del acto procesal que se da a conocer. En cambio el traslado supone la facultad de expedirse, porque responde a los principios de bilateralidad y contradicción.

La incontestación de un traslado no conlleva ni un consentimiento implícito por parte del destinatario del mismo, ni la pérdida de la chance de este de apelar la resolución respectiva que le resulta adversa. La única consecuencia disvaliosa del silencio observado por el recipiendario de un traslado, radica en que el tribunal decidirá la cuestión sin haber oído previamente su parecer y su argumentación (si es que la tiene).[1341]

Por lo común rige en el proceso civil el plazo de cinco (5) días para contestar vistas o traslados que no tengan dispuesto un tiempo particular. Por su parte, cuando el código refiere a que toda vista o traslado se considera decretado en calidad de autos, supone que transcurrido el plazo de cinco días estará en condiciones de resolver.

270.3 Actos procesales de documentación

El formato que tuvo el expediente en la era de la escritura sin digitalización constituyó el documento típico donde anidaron las actuaciones procesales. Hoy día se tiende al legajo, del que enseguida referimos.

Los documentos que forman el expediente se dividen en escritos judiciales de diverso carácter e intención (de lo que deriva la obliga-

1340. *Diccionario enciclopédico de derecho usual*, Buenos Aires, Heliasta, 1981, T. VIII, p. 180.

1341. Cfr. Peyrano, Jorge Walter; Chiappini, Julio, *Tácticas en el proceso civil*, T. I, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1983, p. 43; Chiappini, Julio, *Actos Procesales*, Rosario, Fas, 1998, p. 189.

ción de dar vista o traslado de ellos); los instrumentos públicos que se agreguen (escrituras, poderes notariales, etc.); los que lleguen en virtud de requerimientos propios de la bilateralidad (cédulas, oficios, mandamientos, etc.), teniendo cada uno de ellos una naturaleza semejante pero de efectos desiguales.

> En efecto, en la ley de enjuiciamiento civil española, los llamados instrumentos públicos se pueden agregar en copia simple, ya sea en soporte papel o, en su caso, en soporte electrónico a través de imagen digitalizada incorporada como anexo que habrá de ir firmado mediante firma electrónica reconocida y, si se impugnara su autenticidad, podrá llevarse a los autos original, copia o certificación del documento con los requisitos necesarios para que surta sus efectos probatorios. En cambio los documentos privados que hayan de aportarse, se presentarán en original o mediante copia autenticada por el fedatario público competente y se unirán a los autos o se dejará testimonio de ellos, con devolución de los originales o copias fehacientes presentadas, si así lo solicitan los interesados. Estos documentos podrán ser también presentados mediante imágenes digitalizadas, incorporadas a anexos firmados electrónicamente (art. 268, LEC).

Si la parte solo posee copia simple del documento privado, podrá presentar ésta, ya sea en soporte papel o mediante imagen digitalizada en la forma descrita en el apartado anterior, que surtirá los mismos efectos que el original, siempre que la conformidad de aquella con este no sea cuestionada por cualquiera de las demás partes.

En el caso de que el original del documento privado se encuentre en un expediente, protocolo, archivo o registro público, se presentará copia auténtica o se designará el archivo, protocolo o registro, según lo dispuesto en la doctrina del artículo 376 del CPCC.

Hoy día se procura digitalizar todos los documentos con el fin de originar el expediente electrónico. La estructura del expediente de un máximo de doscientas (200) fojas que forman cuerpos de un mismo proceso, tiende a compactarse en un legajo donde consten las piezas centrales del acto constitutivo (demanda y contestación).

Algunos prefieren llamarlo "carpeta electrónica" que viene a reemplazar el tradicional expediente en formato papel, que se forma con los escritos, documentos, resoluciones, actas de audiencias y actuaciones de toda especie que se presenten o verifiquen en el juicio,

los que serán registrados y conservados íntegramente en orden sucesivo conforme a su fecha de presentación o verificación a través de cualquier medio que garantice la fidelidad, preservación y reproducción de su contenido.[1342]

> Es decir, aunque se utiliza el concepto *carpeta electrónica*, lo que cambia es el soporte material del actual expediente, cuestión muy diferente a las carpetas de los procedimientos reformados, todos orales, en que éstas son meros registros.[1343]

270.4 Las audiencias

Las audiencias forman parte de los actos de comunicación. La reforma introducida por la Ley N° 25488 dispuso un régimen donde predomina la oralidad en las actuaciones, de modo tal que las audiencias cobran un énfasis especial para el desarrollo de la litis. El art. 125 no varía demasiado en sus antecedentes, aunque incorpora reglas referidas a la documentación que son elogiables, con el déficit ya apuntado de autorizar la delegación para su cumplimiento, en el secretario del juzgado o tribunal. La idea de mantener al proceso "de cara al pueblo", en la clásica expresión de la publicidad de los actos, se observa desde el comienzo de la regulación.

Las audiencias se deben ordenar al menos con una anticipación de tres días (hábiles) a la fecha de cumplimiento. Este mínimo legal pone en la responsabilidad del juzgado la carga de citar a quienes deban comparecer a la audiencia, pues de establecerse ello a cargo de cualquiera de las partes, vulneraría el principio de las notificaciones que rige en el sistema procesal (arts. 133, 135, CPCC).

Si las partes concurren voluntariamente al acto, la audiencia se podrá practicar pese a que no se hayan cumplido las comunicaciones formales; pero si alguna de ellas está ausente, se deberá resolver la suspensión y en el mismo acto establecer una nueva fecha.

No obstante, si promedian razones de urgencia que obligan a sustanciar el acto y cumplir la audiencia de inmediato, el juez podrá ac-

1342. De la Fuente Hernández, Nancy, "El antiguo proceso y la tramitación electrónica", en *Derecho y Proceso*, (Liber Amicorum Francisco Ramos Méndez), Barcelona, Atelier, Vol. II, 2018, p. 903.

1343. Ídem.

tuar con facultades suficientes pese a la ausencia de las partes, aunque debe existir la comunicación a ellas. De otro modo, podría afectar el derecho de defensa en juicio.

Las audiencias deben celebrarse a la hora señalada. La media hora de tolerancia para que comience es un beneficio destinado a las partes y terceros cualquiera sea la función que vayan a cumplir en el acto para el cual fueron citados. El juzgado o tribunal no tienen esta potestad, de modo tal que, si las partes o terceros indicados no quieren (o no pueden) esperar, podrán dejar constancia en el libro de asistencia (que al efecto se debe facilitar por el oficial 1° o prosecretario administrativo aun cuando no fuese un día de nota) de su retiro y de las causas que lo motivan. Será conveniente agregar en la anotación, la hora en que se produce la deserción del acto.

Por eso mismo, no hay que esperar a nadie mientras se encuentre presente quien deba cumplir el acto, y estén dadas las condiciones materiales de su realización (*v. gr.* pliego de posiciones, interrogatorios, etc.).

El ordenamiento de los actos procesales, en su desarrollo sucesivo hacia la sentencia, se garantiza entre otros medios con el instituto de la preclusión, que recrea su función en las audiencias. En ellas, a consecuencia de la continuidad de los actos y la necesidad de cumplir adecuadamente su objetivo, no operan los términos acelerados para reclamar por los vicios que puedan afectarlas, razón por la cual en las audiencias los vicios deben ser denunciados inmediatamente después de producidos para no clausurar la oportunidad de hacerlo tempestivamente.

> Dicen las Acordadas N° 856 (15/2/90) y N° 858 (22/3/90) que las providencias que fijen audiencias para la recepción de pruebas, incluirán los días y horas en que ellas se celebrarán. Las audiencias suspendidas por razones de fuerza mayor se deberán convocar nuevamente en forma inmediata, habilitándose días y horas de ser necesario. Las actas deberán contener: el nombre de los asistentes, destacándose con letras mayúscula el del absolvente o testigo; la foja en que se encuentre agregado el pliego de posiciones y el interrogatorio y el número de la posición formulada (RJC -t.o. 1990- arts. 230 y 231).

Una de las innovaciones que trajo la reforma al Código federal fue agregar en la documentación de las audiencias la fonograbación. Esto se realiza en doble ejemplar, una de las cuales queda en el juzgado, incorporada al expediente hasta que se dicte sentencia. El otro está a

disposición de las partes para su consulta (lo que supone que el juzgado deberá prever la instalación de equipos técnicos de reproducción).

También las partes podrán grabar por cualquier medio que deseen lo que en la audiencia suceda, pero estas constancias carecerán de fuerza probatoria según lo establece la norma. Parece sorprendente no asignarle igual valor probatorio a estos medios, si tenemos en cuenta que los materiales que se aporten estarán controlados por las partes y ante la presencia de los funcionarios judiciales que celebren la audiencia.

Asimismo se estableció: "que el tribunal podrá decidir la documentación de las audiencias de prueba por cualquier otro medio técnico", sin establecer cuáles podrán proponerse. De este modo, se suprimen las actas tediosas y poco confiables que caracterizaron la documentación de las audiencias.

No obstante lo expuesto, desde que se produjo la reforma al presente son contadas las veces que se ha utilizado este sistema y las oportunidades en que se requirió su aplicación; siempre ha existido resistencia de abogados y del propio tribunal.

Capítulo XXXVII
Las notificaciones

271. Principios generales

Dentro de los actos procesales de comunicación las notificaciones cumplen una de las más importantes funciones de garantía al debido proceso. Son reaseguros de la bilateralidad y el derecho a la contradicción que no siempre se regulan de igual modo en las legislaciones comparadas.

La variación sucede porque hay dos maneras de observar el fenómeno. Ocurre que la comunicación entre partes y con el tribunal tiene modelos que siguen teorías que pueden resultar antagónicas conforme se entienda el objeto principal que tienen.

La teoría *de la recepción* se ocupa de afirmar la necesidad de revestir al acto procesal de comunicación de las formalidades necesarias para que la notificación se efectivice, de manera que la diligencia sea cubierta y se tenga por cumplida una vez que llega a su destinatario. Por ejemplo: la notificación de una demanda se puede practicar con el portero de un edificio en propiedad horizontal, o a cualquier otra persona de la casa, departamento u oficina, o inclusive, fijar la cédula en la puerta de acceso correspondiente a esos lugares. Es decir, interesa la certeza del acto que instrumenta el aviso antes que evitar la ignorancia del destinatario.

En cambio la teoría *del conocimiento*, se compenetra con la finalidad del acto, de manera que si el interesado tomó noticia fehaciente del contenido que se le comunica, pierde trascendencia la nulidad por vicios formales que pudiera tener la diligencia de notificación. Se abandona el formalismo porque interesa más la certidumbre que se obtiene con la personalidad del mensaje recibido.

La primera orientación protege la legalidad de las formas; la segunda se compadece con los principios de celeridad y lealtad en el debate judicial.

Una posición ecléctica afirma que la notificación se propone poner en conocimiento de alguien una providencia, y una cosa es que ese conocimiento se presuma sin prueba en contrario, cuando han sido cumplidas las formalidades pertinentes, por una suerte de irrefragabilidad, y otra –ya inaceptable– deducir de esa premisa que nunca el conocimiento efectivo pudo suplir la notificación formal. Las llamadas teorías de la recepción y del conocimiento han sido, pues, artificialmente contrapuestas: se las ha referido a términos heterogéneos.[1344]

En nuestro parecer, si el principio de bilateralidad pretende asegurar el derecho de defensa, la cuestión no se resuelve con la simple formalidad del acto cumplido, sino con la certeza y seguridad que merezca el acto procesal de comunicación.

Esto vale tanto para la ancestral figura de la notificación formal con sus tipos instrumentales (cédula, acta notarial, carta con aviso de entrega, etc.), como para las notificaciones electrónicas.

272. Diferencias entre los modelos de comunicación

Cada vez que se resuelve notificar (dar a conocer), los medios de comunicación que se utilizan en el proceso tienen formatos similares pero de contenidos diferentes que pueden llevar efectos procesales o jurídicos desiguales.

El emplazamiento, la notificación, la citación y el requerimiento son de una misma familia pero tienen significados distintos, porque el *emplazamiento* es una suerte de intimación a comparecer al proceso dentro del plazo que se señale, cuya desobediencia acarrea figuras como la rebeldía o la simple incomparecencia que importa traer al proceso las consecuencias del silencio.

Por su parte la *notificación* es un acto procesal de solemnidades particulares según se atienda la forma o la actuación. Aquí es donde radica en esencia la asimetría entre conocer cuánto se comunica o presumir qué se ha hecho.

1344. Colombo, Carlos, *Código Procesal Civil*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, T. II, p. 672.

La *citación* es una invitación a la práctica de una diligencia del proceso, que de ser desconocida puede traer consecuencias al remiso porque suelen ser citaciones que importan una carga pública.

En cambio el *requerimiento*, aunque sea similar a este último, es un acto compulsorio que significa ordenar que se haga o se abstenga de hacer un acto.

Sin embargo Guasp explica que

> … el acto de comunicación puro o *stricto sensu* es solo la notificación. Las citaciones, emplazamientos y requerimientos no son sino actos de intimación que, por ir combinados con una notificación propiamente dicha, quedan absorbidos por el régimen general señalado para estas.[1345]

Para Maurino, la citación tiene como fin hacer saber a una persona el decreto del juez, por el cual se le llama para un acto judicial; y el emplazamiento es la misma citación, cuando su objeto es estar a derecho.[1346]

Para nosotros no hay necesidad alguna de tanta sistematización o discusiones estériles. Apenas nos muestra la riqueza del lenguaje doctrinario para hacer clasificaciones dentro de un mismo acto. De algún modo es el mensaje que llega de la ley de enjuiciamiento española cuando dispone que en las notificaciones, citaciones y emplazamientos no se admite ni consigna respuesta alguna del interesado, a no ser que así se hubiera mandado. En cambio, en los requerimientos se admite la respuesta que dé el requerido, consignándola sucintamente en la diligencia.

La insistencia sobre el uso necesario de los formatos que para las cédulas de notificación se reglamenta; así como la aparatosidad con que se resuelven las violaciones a estas formas, dan cuenta de una realidad incomprensible para el justiciable que llega forzado por las circunstancias al arenoso espacio del litigio.

> Al contrario de lo que sucede en muchas de las comunicaciones privadas, las comunicaciones procesales se soportan fundamentalmente en papel y por escrito. Ello permite seguir más fácilmente el rastro que dejan, o documentar la comunicación realizada. Incentiva este soporte el hecho de que la gran mayoría de las peticiones de parte y de las respuestas del tribunal se hagan por escrito. En estos casos, la transmisión de la copia del escrito

1345. Guasp, Jaime, *Comentarios…*, *op. cit.*, p. 706.

1346. Maurino, Alberto Luis, *Notificaciones procesales*, Buenos Aires, Astrea, 2000 (2ª ed.), p. 13.

de parte o de la resolución del tribunal aligera la comunicación. Pero cuando es necesario, se redacta una comunicación propiamente dicha, documento que, con terminología arcaica, se denomina cédula.[1347]

273. La notificación instrumental y electrónica

El fin de la notificación es la toma de conocimiento del acto; por ello, la importancia de su forma depende de la trascendencia de aquel y de la evaluación de los perjuicios que su desconocimiento puede acarrear. La notificación personal crea certidumbre sobre la información, pero la instrumentación con los medios de comunicación no permite conseguir la misma certeza.

Nuestros ordenamientos procesales consagran el principio de la notificación automática con carácter de regla general; derivando hacia la notificación personal solo las situaciones de importancia y trascendencia, como el emplazamiento para contestar la demanda. Razón por la cual la ley, al ordenar su diligenciamiento en el domicilio real del demandado, persigue que este tome noticia cierta y personal de la interposición de ella.

La instrumentalidad de la notificación, interpretada en orden a los principios del proceso, dispone de tendencias proclives a afianzar unos u otros de los aspectos más singulares de la bilateralidad.

Por ejemplo, quienes persiguen que se asegure el derecho a la contradicción, procuran que el conocimiento del acto sea personal o fehaciente (teoría del conocimiento); mientras que quienes se conforman con la bilateralidad resulta suficiente la entrega del documento formalizado (*v. gr.* cédula, oficio, carta documento, acta notarial, etc.).

Lo cierto es que seguimos discutiendo un problema del siglo XIX, pero que tiene alguna justificación, pues no hay dudas de que cuando existe tanta preocupación por resguardar las formas y la seguridad jurídica es porque se está amparando al proceso debido, es decir, a la necesidad imperiosa de no dar la espalda a la realidad.

En otras palabras lo dice Ramos Méndez:

> Las comunicaciones procesales triplican y cuadriplican las normas que las regulan, como si de materias específicas de cada juicio se tratase. Des-

1347. Ramos Méndez, Francisco, *El Sistema Procesal Español*, Barcelona, Atelier, 2010, (8ª ed.), p. 315.

> de luego, las diferencias son accesorias y no justifican en modo alguno la pluralidad de regulaciones. Si se sobrevive, es porque detrás de todo están muchas garantías constitucionales, que pueden resultar afectadas cuando fallan las comunicaciones: la audiencia, la contradicción, la defensa, entre otras, exigen el establecimiento de comunicaciones efectivas, más allá de cualquier diferencia accesoria en la forma o en el medio usados para ello.[1348]

Todas las comunicaciones que se realizan por vía electrónica deben dejar constancia en el expediente (Acordada N° 11/2014). Las notificaciones emitidas tanto por el juzgado como por los demás intervinientes del proceso, se deben enviar entre las 07:00 y las 20:00 horas de un día hábil (y que no tengan expresa habilitación de día y hora). El plazo comenzará a correr a las 07:00 horas del día siguiente. Las notificaciones emitidas fuera de este horario serán consideradas como enviadas el día hábil posterior.

> En la provincia de Buenos Aires, en cambio, la notificación practicada por medios electrónicos se tendrá por cumplida el día martes o viernes inmediato posterior, o el siguiente día hábil si alguno de ellos no lo fuere, a aquel en que la cédula hubiere quedado disponible para su destinatario en el Sistema de Notificaciones y Presentaciones Electrónicas.[1349]

En consecuencia, cualquier notificación que se realice en día u hora inhábil –no habilitado– comienza el plazo para responder un eventual traslado a partir del día siguiente, pues aunque la Acordada N° 31/11 (art. 4°) dice que el acto se verifica en la fecha y hora en que el servidor registre la transacción de la notificación electrónica, ello resulta siempre que la medida se comunique antes de las 20:00 hs. (art. 152, CPCC).

274. Notificaciones que emplazan a estar a derecho

La notificación del traslado de la demanda tiene especial trascendencia en el proceso ya que genera la relación jurídica procesal. Además, con este acto de impulso se perfila la concreción del principio

1348. Ibídem, p. 308.

1349. Acordada N° 3845/17, SCBA. El artículo 7 del Reglamento dispone que "La notificación se tendrá por cumplida el día martes o viernes inmediato posterior –o el siguiente día hábil si alguno de ellos no lo fuere– a aquél en que la cédula hubiere quedado disponible para su destinatario en el sistema de Notificaciones y Presentaciones Electrónicas".

de bilateralidad que garantiza uno de los pilares del debido proceso, sin perjuicio de la voluntad que ponga el demandado para contradecir, someterse a la pretensión, o dejar de comparecer con los efectos que importa cada contingencia.

> El emplazamiento supone requerir a las partes que estén a derecho, que "tiene un peculiar sentido y una excepcional significación –como dice Loreto–, dentro de la estructura y aplicación del postulado clásico audiatur et altera par que gobierna la administración racional y equitativa de la justicia desde la época de los emperadores Severo y Caracalla (Marciano, fr. 1, pr. D. 48, 17). Trabado el contradictorio por la citación inicial y establecida así la audiencia bilateral, el principio en examen tiene validez para ambas partes, con las excepciones establecidas por la ley.[1350]

En la apreciación de los recaudos legales requeridos para la notificación del traslado de la demanda, corresponde proceder con criterio estricto. En caso de duda, habrá que atenerse a la solución que evite conculcar derechos de raigambre constitucional.

La trascendencia del acto impone la recepción personal, de allí que solo por vía de excepción la notificación del traslado pueda hacerse en un domicilio distinto al real, toda vez que constituye un acto dotado de singular trascendencia, en tanto se vincula con la garantía de defensa en juicio.

En cambio, la comunicación de la demanda iniciada contra una sociedad comercial debe ser efectuada, salvo excepciones, en su domicilio legal, es decir, en el inscripto que resulta del contrato social y del que la ley presume es su lugar de residencia (arts. 74 y 153 del Código Civil y Comercial).

No obstante la importancia del acto, la notificación se puede realizar mediante cédula o acta notarial, siendo la elección del medio una facultad de la parte que no necesita de autorización jurisdiccional alguna. Este es un mecanismo propio del principio dispositivo, según el cual el impulso del proceso le corresponde al actor que ha promovido el litigio, abriendo la instancia y teniendo, en consecuencia, la carga de llevarlo adelante.

1350. Loreto, Luis, "El principio de que 'las partes están a derecho' en el proceso civil venezolano" en *Revista de Derecho Procesal*, año VII, 1949, Primera parte, Buenos Aires, Ediar, p. 70.

La bilateralidad trabaja en la especie con el fin de conseguir seguridades para el emplazamiento. La citación se debe concretar en el domicilio real, cuando este resulta conocido, siendo ésta una regla esencial para evitar nulidades posteriores, toda vez que la demanda origina la puesta en marcha del aparato jurisdiccional, pero la relación jurídica recién se suscita cuando el demandado recibe personalmente la notificación.

Por eso, en principio, la notificación del traslado correspondiente debe necesariamente diligenciarse en el domicilio real, por cuanto es el lugar donde la ley presume que la persona se encontrará y será informada adecuadamente del emplazamiento que le formula la ley para estar a derecho y hacer valer las defensas que estime conveniente. Todo ello, obviamente, garantiza la defensa en juicio.[1351]

274.1 Notificación espontánea de la demanda aún sin notificar

Algunas dudas plantea la notificación espontánea de la demanda porque se reúnen en un mismo acto situaciones antagónicas.

De un lado, la posición del demandado que a sabiendas de la existencia de una demanda en su contra, comparece voluntariamente, se notifica, constituye domicilio procesal y contesta la pretensión. De este modo, da por cumplida la regularidad del acto de comunicación,

1351. CNFed. Civ. y Com., Sala II "Taragüi S. R. L. c. El Guinchero S. C. A.", 21/04/1998, LL 1998-E, 281. Si bien el traslado de la demanda debe ser notificado en el domicilio real, en el supuesto de haberse constituido domicilios especiales el principio se posterga. Pero si el instrumento privado en el cual se constituyó el domicilio aún no ha sido reconocido no se puede practicar allí porque le falta el requisito de seguridad y certeza que las notificaciones persiguen; claro que, esta regla reconoce una excepción cuando al pie de ese instrumento fue puesta la firma en presencia de un escribano público y registrada en el libro de requerimientos respectivo, en cuyo caso está bien dirigida la cédula de notificación del traslado de la demanda al domicilio de elección indicado en el contrato. De igual alcance resulta el pronunciamiento que afirma que el domicilio de "elección" o convencional constituido en instrumento público o instrumento privado debidamente reconocido, determina el lugar de notificación de la demanda que el vínculo contractual haya podido suscitar y, por consiguiente, la diligencia que se practique en dicho domicilio será eficaz y surtirá todos los efectos legales, aunque no coincida con el real del demandado CNCiv., Sala A, "Ravinovich, Marcelo E. y otro c. Sainz, Ethel O.", 24/03/1998, LL, 1998-D, 63. En síntesis, la validez de la notificación del traslado de la demanda en el domicilio convencional o de elección, constituido en escritura pública o en instrumento privado auténtico, es absoluta porque el domicilio ha sido establecido voluntariamente por la parte y ha certificado su autenticidad (cfr. Gozaíni, Osvaldo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, La Ley, 2002, T. II, comentarios a los arts. 338 y 339).

que sería aceptable para los que apoyan la teoría del conocimiento como primer reaseguro del principio de bilateralidad.

De otro sector aparece el interés del demandante, quien pierde con la contestación la posibilidad de ampliar la demanda, corregir, modificar o transformar la pretensión, o ejercer cualquier acto disponible mientras la pretensión no se notifique. La tranquilidad que él tenía basado en el principio dispositivo y en el impulso a su cargo, se difumina y puede ocasionarle una situación no prevista para su estrategia de defensa.

Recordemos que el traslado de la demanda se notifica por cédula (art. 135 inciso 1º, CPCC) o por acta notarial (art. 136 párrafo segundo, íd.), siendo la elección del medio una facultad de la parte que no necesita de autorización jurisdiccional alguna. Este es un mecanismo propio del principio dispositivo, según el cual el impulso del proceso le corresponde al actor que ha promovido el litigio, abriendo la instancia y teniendo, en consecuencia, la carga de llevarlo adelante.

No obstante, una segunda modalidad para notificarse de la demanda es la comparecencia personal del demandado en los términos del artículo 135 inciso 1º, que no se contradice con el espíritu del artículo 339 que exige notificar en el domicilio real para asegurar, además del debido emplazamiento, que el acto se cumpla donde la persona tiene establecido su domicilio o residencia permanente.

La providencia que corre traslado de la demanda no impone una práctica determinada, porque cuando lo hace, es para garantizar el debido emplazamiento que evite afectar el derecho de defensa en juicio. Por eso es perfecta y legítimamente escindible la presentación directa del demandado que comparece espontáneamente a contestar la demanda.

Con ello, no se otorga ventaja a ninguna de las partes, para dar lugar al cumplimiento del principio de celeridad y concentración que se consigue al quedar abreviado el plazo de comparecencia. Sin embargo, cabe recordar que la demanda se puede deducir antes del vencimiento del plazo de la prescripción al solo efecto de interrumpir esta aun con defectos u omisiones, y puede ampliarse antes de la notificación.

Pero, la presentación espontánea del accionado contestándola no importa un cercenamiento de la facultad de ampliarla que otorga el artículo 331 del Código Procesal, pues de otra forma se afectaría injustificadamente el derecho de defensa de la accionante, quien

explícitamente pone de manifiesto la sola finalidad de interrumpir la prescripción, con la reserva de ampliarla.

En definitiva, el precepto establece el principio básico por el cual la demanda puede ser objeto de cualquier mutación antes de ser notificada; pero respecto de los alcances de esta notificación, la solución la brinda el artículo 135, inciso 1° en cuanto dispone que el traslado de la demanda será notificada personalmente o por cédula. Estas dos disposiciones, armónicamente conjugadas, consagran la facultad de todo demandado, de notificarse en forma espontánea compareciendo a estar a derecho.

La contestación espontánea se tolera porque, además, la posibilidad de ampliar no está limitada a los supuestos de vencimiento de nuevos plazos o cuotas de la misma obligación o de hechos nuevos, en tanto se trata de un acto procesal unitario que sobre la base de conservar inmutables alguno o algunos elementos esenciales de la anterior, transforma otro u otros.

> Así se ha dicho que, si la actora al accionar hizo reserva de ampliar el objeto y fundamentos de hecho y derecho de la demanda, la cual fue tenida presente por el juzgado, la presentación espontánea del accionado contestando demanda no puede importar un agravio de la facultad prevista en el art. 331 del Código Procesal.[1352]
>
> De igual modo, cuando una pretensión lleva como principal efecto interrumpir la prescripción, con la reserva de ampliarla, de suyo la comparecencia voluntaria no puede afectar esa facultad de precisión y dirección que está implícita en el principio dispositivo.

Pero en todos los casos, la posibilidad de comparecer a estar a derecho, es una potestad del demandado que, conociendo que va ser emplazado, puede o no esperar la cédula de notificación respectiva. En los hechos, el acto judicial por el cual se corre traslado de la demanda –proveyendo una presentación espontánea– hace perfecta y legítimamente escindibles el presentarse ante el juzgado y contestar la demanda; no otorgando a ninguna de las partes ventaja procesal ilegal y sí contribuyendo a que se abrevien plazos y se omita –por innecesaria– la diligencia de notificación y emplazamiento.

1352. CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Ava Enterprises Inc. c. Empremac S.A. s/ cese de uso de marca", 18/04/2000, ED 190-146.

Por supuesto, quien decide asumir antes de tiempo (formal) la calidad de parte demandada, lo hace a su cuenta y riesgo, en el sentido que la información que cuente solamente será la que hubiera obtenido de confrontar el expediente, de manera que no podrá alegar en favor de su derecho de defensa, que le falta documentación que no pudo encontrar por estar reservada, o que estuviera para él indisponible.

274.2 Efectos del silencio

Válido es reiterar que son esenciales los recaudos que tiendan a asegurar la efectividad de la recepción del traslado de la pretensión, puesto que todo lo relativo a la regularidad de la notificación, por su particular importancia para el desarrollo del proceso, y por encontrarse involucrada en ella la garantía constitucional de la defensa en juicio, hace al debido proceso tutelado por el art. 18 de la Constitución Nacional y sus concordancias.

De allí la trascendencia del llamado inicial, porque al personalizarse evita el desconocimiento de las consecuencias del aviso y fustiga la indefensión eventual. La diferencia está en el emplazamiento.

Cuando el proceso todavía no se traba entre partes conocidas, la bilateralidad no existe; solo después de efectuada la formal comunicación y anoticiados los efectos del incomparendo, surgen las ficciones del proceso que torna presente al ausente (rebeldía) o notificado al que jamás recibió información directa (notificación por edictos). La bilateralidad se construye sobre consecuencias que actúan como sanciones al que deja de comparecer sin causa que lo justifique.

A tenor de estos principios, pareciera que la simple contravención a las solemnidades dispuestas en el traslado de la demanda son bastantes para que se declare su nulidad.

> Por ejemplo, la formalidad de dejar el aviso contemplado por el art. 339 procura que el interesado tome noticia cierta y personal de la demanda. Su omisión configura por sí sola causal suficiente de nulidad de la notificación en tanto constituye un presupuesto de especial trascendencia en el que se encuentra en juego la garantía constitucional de defensa en juicio por ser la notificación del traslado de la demanda la más importante de cuantas se practican en el proceso.

Otros, en cambio, sostienen que no puede alegarse la nulidad de la notificación del traslado de la demanda basada en errores materiales intrascendentes, si, aun cuando el actor los haya reconocido, quedaron convalidados con el acto formal de la contestación del emplazado.

275. La notificación automática o por ministerio de ley

El artículo 133 CPCC dispone:

> Salvo los casos en que procede la notificación en el domicilio, y sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente, las resoluciones judiciales quedarán notificadas, en todas las instancias, los días martes y viernes, o el siguiente hábil, si alguno de ellos fuere feriado. No se considerará cumplida la notificación, si el expediente no se encontrase en secretaría y se hiciera constar esta circunstancia en el libro de asistencia, que deberá llevarse a ese efecto...

El código dispositivo, de términos perentorios y fatales, trajo esta regla procesal que trabaja sobre la ficción de presencia ineludible de las partes, los días martes y viernes de cada semana, para tomar conocimiento de las resoluciones que se fueran dando en el expediente; y si no lo encontraba en su casillero de trámite, se debía dejar "nota" en el libro de comparecencia, dejando constancia de la presencia en el día y de la ausencia del expediente en su letra.

Estaba inmersa en el precepto la celeridad procesal impuesta al órgano judicial para resolver dentro de sus plazos, y el deber del letrado o la parte, de concurrir a "tomar nota". Pero esto es una ilusión tan grande como es, al mismo tiempo, la hipocresía con que se aplica. Tan opaca e inútil es, que las reformas sucesivas han previsto que el uso del libro de registro de comparecencia debe hacerse para otros menesteres, en la medida que hay otros medios de visualizar si el expediente está o no con posibilidades de revisión.

Si a ello le sumamos la consagración del expediente electrónico es evidente la inconsistencia de mantener este tipo de notificación.

Con mucha perspicacia se ha dicho:

> La paradoja de todo esto, es que, pese a este conocimiento real, efectivo e inmediato del expediente a través de un sitio *web*, por imperio del art. 133 CPCC puede ocurrir que la notificación no se perfeccione, por encontrarse la causa fuera de secretaría o cuando no fuere exhibida por estar

> a despacho, confronte, a resolver o simplemente por no ser encontrada. Como verán, de una ficción simple, pasamos a una ficción triple. Presumimos que los profesionales concurren los días de nota al órgano jurisdiccional, pero esta práctica es cada vez menos habitual, máxime con las ventajas innegables de los escritos electrónicos. Suponemos que todavía existe un anoticiamiento físico y presencial del expediente, cuando la verdad es que el mismo se hace de manera virtual. Y, por último, impedimos el perfeccionamiento de la notificación, cuando el expediente no fuere exhibido (previa constancia en el libro de nota), pero la realidad nos indica que eso no fue óbice para tomar conocimiento del expediente, utilizando otras vías existentes al efecto (Mesa de Entradas Virtual).[1353]

La norma no impone a ninguna persona en particular la carga de hacer constar en el libro de asistencia la falta del expediente en Secretaría, por lo que cualquiera de los habilitados para hacerlo que deje la nota produce la prueba requerida y, por ende, esa constancia es suficiente para que la notificación no se opere para ninguno de los litigantes. Quiere decir que es un registro de constancia que vale y aprovecha a todas las partes.

En suma, el principio tradicional tenía por comunicada a las partes, de todas las resoluciones judiciales que se dicten en el expediente, los días martes y viernes o el siguiente *hábil* si alguno de ellos fuere feriado. Hoy la reforma dice que, si el día martes o viernes resulta feriado, la *notificación tendrá lugar el siguiente día de nota*. Esto supone que si un día viernes es feriado, la notificación no comenzará a computarse desde el día hábil inmediato, sino desde el martes siguiente, de forma tal que se prolongan los plazos en un claro contrasentido con la celeridad perseguida.

La reforma agrega un párrafo esclarecedor respecto a cuándo no se tendrá por cumplida la notificación ficta, estableciendo que ello será *si el expediente no se encontrare en el tribunal* o *si encontrándose*, no pudiera ser confrontado por no estar en el casillero de trámite, de modo tal que *no se exhibiere a quien lo solicita*.

1353. Ordoñez, Carlos, *Las paradojas actuales de la notificación* ministerio legis *y sus nuevas vicisitudes en miras de la inminente entrada en vigencia del Ac. 3886/18 SCBA*, Buenos Aires, La Ley, Año 25, N° 2, abril de 2018, p. 26 y ss.

276. Notificación personal

La *notificación personal* significa comparecer en forma espontánea y esencialmente voluntaria, para notificarse de una resolución.

El sistema funciona con la concurrencia al tribunal de la parte, el profesional o los autorizados para dicha práctica, que requieren notificarse de alguna resolución que –de otro modo– debiera ser informada por cédula. Ellos firman al pie de la nota que deberá extender en el expediente el prosecretario administrativo, o con mayor frecuencia, el jefe de despacho dejando constancia de la comunicación personal.

Ahora bien, este tipo de notificación se refiere a la obligación de las partes o sus apoderados de notificarse expresamente de las resoluciones que deban notificarse por cédula, pues para que resulte aplicable dicha disposición, y se las tenga por notificadas es preciso que se cumplan los siguientes recaudos:

a. comparecencia personal de litigante o su apoderado a la Secretaría;
b. requerimiento de la parte (no del funcionario) para notificarse expresamente; y
c. extensión de la nota con la firma del prosecretario administrativo o del jefe de despacho. Una de las cuestiones que se muestran esquivas con este procedimiento ocurre con el procedimiento electrónico cuando se siguen las actuaciones procesales online, se toma conocimiento de cuanto sucede y resuelve, pero formalmente no hay notificación personal –ni de ningún tipo– hasta que se formalice la comunicación.

Para la doctrina más calificada:

> No hay espacio temporal alguno entre la adopción de una decisión notificable y la posibilidad de que sea conocida por las partes. Claro está –por razones de certeza propias de un trámite judicial–, el inicio del plazo para que las partes actúen en consecuencia en muchos casos quizá dependerá de la existencia de algún otro acto procesal de comunicación, por caso, el que esté destinado a adjuntar copias digitales de presentaciones o documentos si tal adjunción no pudo ser realizada conjuntamente con la noticia del proveído, pero ello deberá ser objeto de análisis caso por caso. Si lo que se debe notificar es un despacho, resolución o sentencia, alcanzará con tal texto enviado junto con la notificación electrónica [...] Por

supuesto esta posibilidad de actuación en tiempo real solo es compatible con la notificación de oficio de todas las novedades del proceso.[1354]

277. Notificación por acta notarial

Esta modalidad de la notificación es un permiso para que un funcionario público particular como son los notarios o escribanos con registro en la jurisdicción donde intervienen, puedan practicar notificaciones procesales.

Si bien el acta notarial es un instrumento que venía reconocido desde larga data, pocas veces se utilizó como vía sustitutiva de la notificación oficial. Recordemos que el acta es un documento de carácter público labrado por un escribano que consigna en él declaraciones o circunstancias hechas ante su presencia –de la que da fe–.

> El acto realizado constata la comunicación personal que realiza el notario, siendo labrado en un acta todo lo sucedido. Estas constituyen documentos matrices que deben extenderse en el protocolo para asentar notificaciones y otras diligencias relacionadas con los actos que contuvieran. Es posterior al acto o simultánea con este y es la narración que documenta el acto de notificación. El acto de notificación es el acto, el hecho narrado, el contenido, la diligencia, el procedimiento cumplido. La acción es la diligencia misma, es el hecho ejecutado y tiene lugar en el domicilio indicado por el requirente.[1355]

Cabe aclarar que el medio se dispone a elección de la parte tal como lo indica el párrafo 4 del artículo 136 del CPCC ("La elección del medio de notificación se realizará por los letrados, sin necesidad de manifestación alguna en las actuaciones…"). Es decir que la firma en el documento mediante el cual se practica la notificación debe estar rubricado por el escribano.

> Al mencionar la norma al notario –lo que resulta obvio si la notificación se efectúa con intervención notarial–, nos surge el interrogante de determinar si la parte requirente podría solicitar que la notificación se efectuare también mediante la intervención de otro escribano distinto

1354. Camps, Carlos, *Notificaciones electrónicas*, Buenos Aires, Erreius, 2017, pp. 104-105.
1355. Beruti, Luis; Ferrero, Héctor; Ferretti, Hernán; Menéndez, Rita; Ripamonti, Irene y Vitale, Angélica, "Acta notarial de notificación", en *Revista del Notariado*, N° 903, p. 30.

> del requerido. Sostenemos que no existe obstáculo alguno en que la diligencia de notificación pueda ser efectuada por el escribano requerido o por el adscripto a su registro, subrogante, o interino, según corresponda. Tampoco resulta inviable que se autorice al escribano requerido para que este pueda requerir por delegación a otro escribano de la misma demarcación territorial, a fin de que concrete la diligencia de notificación requerida, si así lo solicitare expresamente el requirente originario.[1356]

La elección del escribano a quien se le pide la práctica del acto de comunicación es potestad del letrado, síndico, tutor o curador *ad litem*. En estos queda la responsabilidad de llevar los documentos a informar sin necesidad de que vaya el notario al juzgado a comprobar la verosimilitud de ellos o comprobar la autenticidad de las resoluciones dictadas. De todos modos "El juez puede ordenar que el secretario suscriba los instrumentos de notificación cuando fuere conveniente por razones de urgencia o por el objeto de la providencia" (art. 137 último apartado, CPCC).

La actuación de un profesional distinto al oficial notificador que integra el Poder Judicial no varía las formas ni los requisitos que se deben cumplir en el acto de notificar. Por eso, se deben resguardar las formas y realizar las comprobaciones previos más los avisos de rigor, para cumplir suficientemente la encomienda procesal.

Los gastos que demanda el formato se cargan en las costas procesales como un crédito para la parte que lo haya solventado, pero si el acto se declara nulo pierde validez lo actuado ya que la notificación requiere precisión y justeza (art. 149, CPCC).

> Circunstancias que pueden presentarse y sus alternativas de resolución a) Si dan respuesta a los llamados: i. Si el requerido habita en el lugar, se debe intentar notificarlo de todas formas; si no se da con la persona, se podrá entregar la notificación a otra persona de la casa. ii. Si el requerido no habita en el lugar y no lo conocen, se dejará constancia en la diligencia y se finalizará la misma. b) Si no dan respuesta a los llamados, se debe insistir en el llamado; si no responden, se deberá consultar a los vecinos y llamar varias veces y en distintas oportunidades. c) Si el requerido vive en el lugar, el notificador procederá a dejar la notificación, o sea, la copia del requerimiento en el domicilio indicado; si no se la reciben, la fijará en la puerta de acceso correspondiente al lugar, piso y departamento o

1356. Lascala, Jorge Hugo, "Intervención notarial en notificaciones procesales (segunda parte)", en *Revista del Notariado*, Nº 869, p. 29.

finca, según de qué se trate. d) Si el requerido no vive allí y no lo conocen, se dará por terminada la diligencia y se dejará constancia en la misma de que fue imposible notificar. e) Si se trata de un edificio de varios pisos y departamentos, y no hay una total coincidencia con el domicilio denunciado por el requirente, se pondrá fin a la diligencia sin efectuar la notificación y se dejará constancia en el acta de que no hay concordancia de domicilios. f) Al realizarse la diligencia de notificación, puede darse la circunstancia de que si el requirente se entera de que la persona a notificar se mudó a otro piso y departamento y lo requiere, pueda efectuarse en ese otro lugar y dejar la notificación en esa dirección lugar a quien lo atienda, siempre que se le asegure que allí habita el que debe ser notificado. g) Para el caso de que fuere incompleta la información del lugar en que debe efectuarse la diligencia y la misma surja de un cartel indicador en el mismo edificio, se podrá notificar en ese lugar indicado. h) Si se notifica en el domicilio indicado en el requerimiento pero no contesta nadie a los llamados, deberá consultar con el encargado del edificio. Si este le indica que el interesado vive allí, diligenciará la notificación en la persona del encargado, previa identificación del mismo, y, si este se niega, procederá a dejar la copia de la notificación pegada a la puerta, si le aseguran que allí vive el requerido. Para el caso de tratarse de una finca, podrá consultar con un vecino.[1357]

278. Notificación por edictos

Se llaman genéricamente notificaciones indirectas porque se realizan por medios de comunicación abiertos o generalizados que publican o comunican el acto sin reconocer al destinatario que lo recibe, aun cuando lo precisa en la información.

Por este medio se notifica a personas inciertas o con domicilio ignorado, a cuyo fin la parte deberá manifestar bajo juramento, que ha realizado sin éxito las gestiones tendientes a conocer el lugar donde debe cumplir el acto de comunicación. Esta circunstancia pone en claro un deber de moralidad o conducta leal en el proceso. Dicho juramento ha de ser prestado sin vulnerar los principios de lealtad, probidad y buena fe, pues ante la evidencia de un obrar contrario, el mismo

1357. Instituto de Derecho Procesal del Colegio de Escribanos de la Ciudad de Buenos Aires, *Pautas sobre actas notariales de notificaciones judiciales*, 2013, Buenos Aires, p. 6 y ss.

ordenamiento castiga la incorrección del denunciante multando con un importe en dinero.

Hay dos tipos de personas inciertas en las modalidades de notificación edictal que permite el código federal. La primera se vincula con aquellos que son desconocidos porque no se sabe de su existencia (*v. gr.* demanda contra quien resulte propietario, sucesor, o con derechos habidos en los procesos de usucapión); y los restantes se refieren a quienes se conoce, pero respecto de los cuales se ignora el domicilio actual.

En uno y otro caso, cumplida la notificación, se debe dar intervención al Defensor de Ausentes.

La notificación edictal es una ficción necesaria para la ley, que en la mayoría de los casos, para lo único que sirve es para cubrir el requisito legal del derecho de audiencia que tiene el demandado. Por eso, como su suerte está habitualmente sabida (inútil), se supedita a que no resulte falsa la afirmación de la parte que dijo no conocer, o ignorar el domicilio de quien pretende traer al proceso.

Si esas afirmaciones resultan mendaces, y ello se comprueba por presunciones o por la simple constatación de lo declarado respecto de la localización de paradero, o verificación de la existencia de la persona a interesar, el juez impondrá una multa variable a la entidad de la actitud culpable o negligente que la parte haya asumido. Además, se anulará a su costa todo lo actuado desde la publicación de edictos.

En los casos que procede la notificación por edictos, siempre se ha de practicar en: a) Boletín Oficial y, b) Diario local de mayor circulación en el domicilio del citado.

Cuando la publicación sucede solo en uno de esos medios, corresponde declarar la nulidad de las actuaciones procesales cumplidas con posterioridad a la notificación por edictos. Ello así porque la notificación se considera inoficiosa pues contiene un vicio grave e irreparable consistente en la omisión de su publicación en un diario local, o en el boletín oficial que presumen sin admitir prueba en contrario, realizar la efectiva comunicación al ausente o con domicilio ignoto.

> El error no se puede suplir con la publicación en un solo diario, ni se convalidan las actuaciones posteriores, al faltar el requisito imprescindible del emplazamiento a estar a derecho, aun cuando ello se realice a través de un medio de dudosa comunicación efectiva.

> La curiosidad de la norma está en que los "diarios de mayor circulación" no son los que debieran ser por su conocimiento público y distribución masiva, sino que, además de ellos, están los denominados diarios judiciales cuya única finalidad es la publicación de edictos. De este modo, a la inseguridad propia del sistema de notificación edictal, se agrega este capricho procesal que no tiene en cuenta la posibilidad segura acerca de que nadie lea la comunicación que se transmite. Es decir, es un sofisma, un simple juego de ficciones, donde anida entre otros problemas, el costo de publicación de edictos en los diarios de efectiva mayor circulación nacional.

Se prescinde de publicar edictos, a excepción de que se trate de procesos sucesorios, cuando los gastos que irrogue la publicación sean desproporcionados con la cuantía o monto del proceso. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que para notificar el traslado de la demanda, el criterio a emplear a los efectos de no publicar edictos, debe ser restrictivo, por encontrarse involucrada la garantía constitucional de la defensa en juicio.

De este modo, si en la demanda se reclama el cumplimiento del contrato y cobro de la suma adeudada, los gastos derivados por la publicación de edictos no se consideran desproporcionados cuando se analizan en relación con el monto actualizado que se pretende.

La notificación se tiene por cumplida a partir del día siguiente hábil al de la última publicación. El plazo, entonces, se cuenta desde la última fecha y se extiende por el tiempo acordado como si fuera un emplazamiento por cédula.

279. Notificación por medios audiovisuales

Otra modalidad indirecta es la *notificación por medios audiovisuales*, que es muy poco usual, por su costo y por la burocracia inserta en el trámite de autorización.

De practicarse, se guía por el régimen de la notificación a través de edictos; de manera que se tiene por cumplida al día siguiente de la última difusión.

El número de veces debe coincidir con el de publicaciones que el código haya previsto para los edictos. Los gastos incurridos integran la condena en costas.

280. Notificación tácita

La *notificación tácita* o *presunta* tiene lugar cuando se toma conocimiento de las actuaciones por tener el expediente en calidad de préstamo. La ley suele aclarar que esta modalidad ficta surge cuando es el apoderado el que tiene la causa, y siempre que no se trate de resoluciones que deban notificarse por cédula.

Hemos dicho en otro lugar,[1358] siguiendo la exposición de Guasp, que

> … es erróneo creer que lo decisivo para la convalidación sea la práctica de un acto que demuestre el conocimiento efectivo que tiene el destinatario de la comunicación; si fuera así no cabría que la parte impugnara en ningún caso la actividad defectuosa, porque dicha impugnación demuestra precisamente que la parte conoce el vicio de que se trata y la existencia del acto mismo; lo que es preciso, por tanto, es la demostración de una voluntad incompatible con la voluntad de impugnar la comunicación: la ley no dice que ésta producirá efectos cuando el destinatario se entere sino cuando se dé por enterado.[1359]

En ese sentido, toda notificación *ficta* lleva implícita inseguridad y ausencia de certeza, no siendo posible confundir ni equiparar la situación del acto de comunicación defectuoso con la falta total del mismo.

En el orden nacional, el art. 149 ofrece una explicación a estos posibles abusos de *nulidad procesal*, diciendo que *será nula la notificación […] siempre que la irregularidad fuere grave e impidiere al interesado cumplir oportunamente los actos procesales vinculados a la resolución que se notifica.*

La característica esencial de esta modalidad informativa, asienta en la hipótesis que la notificación ficta permite acelerar el trámite procesal, teniendo presupuesto el principio de lealtad procesal. Ahora bien, la interpretación es diversa pues mayoritariamente la doctrina considera que debe tenerse por cumplida la notificación de todas las actuaciones obrantes en el expediente si el retiro fue realizado por mandatario judicial.[1360]

1358. Gozaíni, Osvaldo, *Respuestas procesales. Segunda época*, Buenos Aires, Ediar, 1996, p. 155.

1359. Guasp, Jaime, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil, op. cit.*, p. 764.

1360. Alvarado Velloso, Adolfo, *Sobre notificaciones procesales*, Juris 55, p. 13, sosteniendo que […] "el retiro del expediente por el mandatario legitimado, constituye un hecho humano, producido voluntariamente, que tiene entidad suficiente como para

Sin embargo otros piensan que el retiro del expediente por quien no es apoderado ni acude al proceso en condición de parte, aun cuando asuma esa calidad posteriormente, no permite tener por cumplida la notificación ficta. Participamos de esta última corriente, advertidos, sobre todo, de la injusticia que tendría que soportar el perjudicado por la actuación de quien no fue encomendado para gestión alguna ni otorgada representación suficiente. Esta actitud –oficiosa– no puede generar a nuestro criterio efectos jurídicos, por carecer de virtualidad su acto por ausencia de legitimación procesal.

No escapa al conocimiento de las ficciones procesales, que ellas anidan prioritariamente en la doctrina y en el discurso, siendo esencialmente presunciones que, por esa condición, pueden resolverse en contrario mediante prueba contundente o simplemente complementaria.

La premisa del proceso justo admite morigerar el rígido criterio que establece la consecuencia legal de dar por notificado a todo aquel que retira un expediente de todos los actos dictados en aquél, siempre y cuando estuviere comprobado fehacientemente que el mismo estuvo en poder de la parte, aunque fuera por complacencia o extralimitación de los funcionarios encargados de su custodia.

Es verdad que, por razones de seguridad jurídica, algunas veces se posterga esa apreciación, pero también lo es que ello reposa en la mayoría de las ocasiones por el fruto de la duda, o de la carencia de una sólida presunción.

---

proyectar consecuencias jurídicas en el proceso, una de las cuales es la de que se repute producida la denominada notificación ficta".

Y aun si ello fue efectuado por letrado patrocinante, debe admitirse su eficacia porque si bien es cierto que aquel no tiene representación suficiente, asume la responsabilidad en la dirección del pleito y su notificación es vinculante para la parte, como una consecuencia natural de la ley de forma. Maurino, Alberto Luis, *Notificaciones procesales*, Buenos Aires, Astrea, 1983, p. 165, con remisión a CNCiv, sala B, 14/05/1980, Rep. JA 1981-496; CNCiv., sala C, 16/051978/ LL, 1978-D, 533. Morello, Augusto; Sosa, Gualberto; Berizonce, Roberto, *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación*, tomo II-B, p. 718. Los citados autores sostienen que este es el procedimiento correcto. "Lo contrario no sería lógico, desde que se encontraría en mejores condiciones aquél que actúa al margen de lo reglado, respecto del que se ajusta a las prescripciones. Por lo tanto, cabe estimar que siempre que se retiren las actuaciones se produce la notificación de todas las resoluciones pendientes."

No obstante, el camino de la seguridad puede correr paralelo con el de la justicia, y no tiene razón alguna para observarlas como avenidas que circulan en direcciones opuestas.

> Otra forma de quedar notificado en forma tácita ocurre cuando el litigante a cuya solicitud se dicta una providencia simple que solo tiende al desarrollo del proceso u ordena actos de mera ejecución, queda notificado por ministerio de ley, si el proveído guarda razonable relación con la petición que se formula. Ello, en virtud de la carga impuesta a todo litigante de concurrir los días de nota al juzgado a enterarse de las notificaciones "ministerio legis", con fundamento en el principio de celeridad y economía procesal. De este modo, quien pretende se le notifique una resolución no puede solicitarlo en la misma pieza escrita donde dé cuenta de estar suficientemente informado, pues tal actitud importa un obrar contradictorio con sus propios actos.

No obstante, la aplicación del comunicado *ministerio legis* puede ser extendida a supuestos que se encuentran contemplados por el art. 135 del CPCC, pues todo lo relativo a notificación tácita debe ser interpretado restrictivamente para no afectar el derecho de defensa en juicio. En consecuencia, este principio debe limitarse a las providencias simples que solo tienden, sin sustantación, al desarrollo del proceso u ordenan actos de mera ejecución, pero no a aquellas resoluciones que deciden artículo y causan al litigante un gravamen de imposible reparación ulterior.

Pero, cuando una providencia contiene una parte que debe notificarse por nota y otra que debe efectuarse personalmente o por cédula, no se produce la primera de las notificaciones en tanto no se diligencie la cédula.[1361]

1361. CNCiv., Sala C, "Consorcio de Propietarios Rosario 713/15 c. Barral de Grossi", 10/10/2010, DJ, 1996-1-524. Asimismo ha dicho la Corte Nacional que [...]: "Corresponde dejar sin efecto la declaración de caducidad de la segunda instancia si, habiéndose adelantado a las partes que las vistas y traslados se notificarían por cédula, se notificó de oficio la puesta de los autos en la oficina, pues no cabía exigir al recurrente que concurriera a secretaría los días de 'nota' subsiguientes a su expresión de agravios, máxime cuando se tuvo en cuenta expresamente 'la dificultad para la consulta de expedientes' y el traslado pertinente –de no haber mediado la medida de excepción– se habría notificado por ministerio de la ley (conf. art. 265 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación)" (CSJN, "Orígenes AFJP SA c/ EN PEN DTO 863/98", 03/07/2007).

281. Notificación por cédula

La *notificación por cédula* es la máxima formalización del principio de legalidad que se ocupa de garantizar la bilateralidad del litigio y el conocimiento de las actuaciones procesales que se explanan en las normas dictadas al efecto. Por su trascendencia la hemos dejado para el final, aunque sea la de primera lectura necesaria.

En el Código federal el art. 135 constituye un imperativo a cumplir cuando se trata de resoluciones allí indicadas que deben notificarse por cédula, sin distinción en cuanto a la parte que peticionó el pronunciamiento. La enumeración de situaciones reseñadas en este artículo no es taxativa, pudiéndose ordenar otras que se consideren menester.

La cédula es el medio que porta la comunicación procesal. Es un elemento tradicional que se conserva con su nombre y formas desde el siglo XVII; hoy superada con nuevos instrumentos como el acta notarial, el telegrama y la carta documento.

Es obligatoria en la notificación del traslado de la demanda, reconvención, citación de terceros, la sentencia definitiva, y toda otra que tenga el recaudo de estar acompañada de copias. Se excluye la notificación por cédula del auto que declara la cuestión como de puro derecho si fue dictado en la audiencia preliminar.

> Los abogados podrán seleccionar el medio autorizado para practicar la comunicación, de manera que de ser elegido uno de los nuevos mecanismos, los gastos consecuentes serán valuados en la tasación de costas (liquidación –art. 503–, CPCC). Si la diligencia practicada fracasa, no será necesario peticionar la reiteración ni el medio por el cual repetir el acto. De este modo, el abogado o la parte resolverán con facultades suficientes el medio por el cual resuelva efectuar las comunicaciones pertinentes.

En materia de formas de la cédula, hay que diferenciar el contenido de la apariencia, pues cada una reporta modalidades que deben cumplimentarse para facilitar su correcto diligenciamiento.

La Acordada N° 22/96 reglamenta las solemnidades de la cédula en la notificación de mediaciones y conciliaciones prejudiciales. Por su parte, la Acordada N° 13/87 puso en práctica los requisitos de confección de cédulas para los distintos fueros.

El sistema actual de notificaciones por cédula es burocrático e ineficiente; se presta a situaciones de malicia procesal y propicia ritualismos inútiles que en nada favorecen al principio de celeridad. Las cédulas son confeccionadas por la parte, las que se entregan en el juzgado para ser diligenciadas a través de la Oficina de Notificaciones.[1362] Se anotan en un listado general y, dentro de las 24 horas se envían a la dependencia indicada para que se entregue al oficial notificador quien tiene el deber de cumplirla.

El control que debe ejercer la secretaría sobre las cédulas es un medio para prevenir nulidades, procurar una mayor economía en la tramitación de la causa, y excluir el diligenciamiento de las cédulas, redactadas erróneamente. De allí que el control formal de las mismas esté regulado expresamente en las normas administrativas.

Cualquier demora en la remisión como en la agregación al expediente, una vez devueltas, se considera falta grave del prosecretario administrativo. La agregación de las cédulas diligenciadas deberá realizarse dentro de las 48 horas, siempre que el expediente se encontrare en el juzgado (art. 234 RJN Civil). Si las cédulas se deben diligenciar fuera de la ciudad, una vez firmadas se entregan al letrado responsable de su tramitación, la que se practicará en los términos de la Ley-Convenio N° 22172.

Asimismo, razones de urgencia permiten la notificación en el día mediante un mecanismo reglamentado por las Resoluciones de la Corte Suprema N° 361 y N° 469 ambas del año 1996.

La posibilidad de diligenciar la cédula de notificación con personas diferentes de sus destinatarios determina la necesidad de preservar la intimidad de las partes respecto del conflicto que entre ellas se suscita; por ello, la cédula es el único documento que se puede recibir de manera directa, y la documentación agregada en ella, como los escritos que se comuniquen, deberán entregarse en sobre cerrado debidamente por los funcionarios de la Oficina de Notificaciones.

La práctica de la notificación por cédula trae las siguientes posibilidades de ejecución: es posible que al constituirse en el domicilio a notificar, citado el interesado este no se encuentre pero viva allí, se haya mudado, o fuere desconocido.

a. Interesado presente. Si el requerido se encuentra presente podrá recibir personalmente la cédula o el acta notarial y firmar

1362. Cfr. *Reglamento para la Organización y funcionamiento*, en CSJN, Fallos: 302:23.

una copia de la misma. Si se niega a suscribirla, el notificador dejará cuenta de ello en el texto a devolver al juzgado.

b. Interesado ausente. Si la persona a notificar allí se domicilia pero está ausente, se deja el documento de comunicación a un tercero que allí resida, el que se ha de individualizar con su nombre, apellido y documento.

c. Domicilio constituido. Los supuestos anteriores están predominantemente dispuestos para las notificaciones en domicilios denunciados, pues de ser constituidos el procedimiento aplicable es el del art. 141. En este supuesto, procede la fijación de la cédula de notificación en el domicilio constituido por la parte a la que se tiene que notificar, cuando encontrándose esta ausente de aquél, el oficial notificador no pudiere entregarla a ninguna de las personas indicadas en el art. 141 referido.

La comunicación de los actos procesales a personas distintas es una modalidad propia de nuestro sistema que solo dispone la comunicación directa y personal para algunos actos del proceso (*v. gr.* traslado de la demanda, citación de terceros, emplazamiento en la preparación de la vía ejecutiva) donde se exige la presencia del interesado.

De otro modo, no tratándose de domicilio constituido, la cédula o el acta notarial concreta su finalidad con la persona que se encuentre en la casa, departamento u oficina. Si el lugar fuera una propiedad horizontal, la diligencia se cumple con el encargado del edificio.

Recuérdese que, a estos efectos, el codificador implementó el sistema de domicilio (real, legal y especial) partiendo de presunciones, a fin de que las notificaciones o actos que en su relación se practiquen, sean reputados válidos y tengan plenitud legal, independientemente de que el requerido se encuentre en el lugar al momento de practicarse la diligencia.

Cuando el acto debe concretarse con el interesado, exclusiva y personalmente, el notificador debe intentar repetidamente su localización en el lugar donde se le indica. En estos casos el reglamento de la oficina de notificaciones le ordena labrar actas circunstanciadas de cada uno de los intentos que realice para ubicar a quienes debe informar de los actos.

El acta contendrá los detalles de la información de los hechos ocurridos, personas consultadas, otras que hayan intervenido en la diligencia, así como la fecha, hora y lugar donde sucede.

> Hay diferencias según el acto. Por ejemplo, en los procesos de desalojo (arts. 683 y 684); insania (art. 626, inciso 3º) y en todo acto que se ordene la notificación personal, el oficial de justicia o el escribano en el acta notarial, deben procurar por todos los medios posibles, la localización de la persona. En otros casos, como ocurre con el traslado de la demanda (art. 339), citación de terceros (art. 94) o en la preparación de la vía ejecutiva (art. 526), basta con identificar que allí vive la persona, y si está ausente, dejar aviso de concurrencia para el día siguiente, en cuyo caso de reiterar la ausencia, se concreta el acto con cualquier persona de la casa o departamento, o con el encargado del edificio si el inmueble estuviera en una propiedad horizontal.

La posibilidad de notificar sin problemas se extiende aun más, en estos casos, porque de no encontrar a persona alguna, se puede fijar en la puerta de acceso a esos lugares, la cédula a notificar.

Ahora bien, para que estas diligencias se cumplan es preciso que cada parte arbitre las medidas que estime necesarias para la recepción de correspondencia o notificaciones judiciales, a fin de evitar cualquier tipo de distorsión proveniente de su diligenciamiento, pero de ninguna manera esa falta de cuidado u omisión puede revertirse sobre la actividad cumplida por el oficial público.

> Las modificaciones introducidas por la acordada 9/90 al reglamento de organización y funcionamiento de notificaciones, respecto de la individualización de la persona que recepta una cédula de notificación de demanda, no se refieren exactamente a que el oficial precise el nombre y apellido del receptor, sino que alude al carácter en virtud del cual esa persona dice ser de la casa, por lo que si dicha circunstancia se encuentra acreditada bajo la denominación "encargado", cabe concluir que la notificación fue recibida por una persona que en el domicilio del destinatario actúa como dependiente, presupuestos suficientes para dar plena eficacia a la comunicación procesal pertinente.
>
> Por ello, las notificaciones diligenciadas en la persona del encargado del edificio son válidas, en principio, pero tal conclusión debe ser analizada con estrictez cuando una de las partes involucradas en la contienda es el propio consorcio respecto del cual el encargado es un dependiente, pues esta circunstancia podría generar una convicción distinta.

282. Otros modelos de notificación

La *carta documento y telegrama*, o la *carta certificada con aviso de recepción* son instrumentos de menor costo y práctica más frecuente, en las alternativas de comunicar actos procesales que autoricen este medio.

Ellos se deben integrar con la acreditación documental ante el tribunal de su diligenciamiento, restando por esclarecer si las constancias emitidas a través de la impresora provenientes de la impresión del texto informado por Internet, tiene o no efectos legales (arts. 140 y 144, CPCC).[1363]

282.1 Carta documento

Corresponde observar que la notificación hecha por estas vías es plenamente válida y eficaz, aun cuando el receptor la rechace, o niegue haberla recibido por la causa que fuera. Si existe la constancia de entrega ella es plenamente cierta y su desconocimiento viola el principio de lealtad y buena fe en el proceso. No prestar colaboración ni contribuir a que se formalice la relación jurídica procesal es un acto de entorpecimiento que hasta se puede catalogar como abusivo, pues es la propia actitud del destinatario la que impide la notificación, por lo que debe cargar con las consecuencias de su incorrecto proceder.

> La validez de la carta documento se deriva del sello de la oficina postal y demás recaudos formales, de manera que con ellos lleva ínsita la prueba de su autenticidad, y en consecuencia de su remisión. En este sentido, en el viejo fallo Plenario "López, Atilio c. Cabrera, José" del 25/10/62 de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, se sostuvo que "no es al remitente que ha acompañado las constancias de la remisión y recepción de la carta documento a quien incumbe acreditar su autenticidad y recepción, sino a quien la niega". En sentido concordante, se señaló que en cuanto a la prueba de la recepción de una carta documento no es necesario que la constancia de recibo esté firmada por el destinatario, siempre que la entrega se hubiese efectuado en su domicilio y existan en autos elementos que acrediten esta circunstancia.

1363. A instancias de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la justicia nacional viene implementando el "sistema de notificaciones voluntarias" por vía electrónica, lo que supone agilizar convenientemente el sistema actual de las comunicaciones.

282.2 Oficios y exhortos

La comunicación externa se realiza mediante *oficios* o *exhortos*. La práctica procesal denomina "oficios" a las comunicaciones que se dirigen los jueces nacionales de igual jerarquía, con la finalidad de requerir su colaboración en un acto procesal. También se utiliza para comprender la vinculación escrita entre funcionarios del Estado de similar rango.

La idea de la jerarquía está implícita en la relación que se entabla, y los términos que se utilizan confirman la modalidad. Por ejemplo, el estilo que se guarda es formal pero ausente de solemnidades. Mientras en un oficio uno se dirige con agrado y consideración; en un exhorto se ruega la intervención de un personaje de suprema honorabilidad, a quien se agradece invocando a Dios por su gentileza.

Se denomina exhorto diplomático a la solicitud de colaboración procesal que se requiere a un juez extranjero; tiene carácter imperativo en virtud de la existencia previa de acuerdos internacionales, o en su defecto, se plantea en condiciones de reciprocidad de modo tal de obligar al juez rogante ante similares situaciones.

Algunas normas aplicables, a las que remitimos, son el Tratado de Montevideo de 1940 (art. 11), el art. 38 del Reglamento de la Justicia Nacional, y las Leyes N° 24578 y N° 24579 dictadas en el marco de la legislación del Mercosur, por las cuales se aprueban los protocolos de cooperación y asistencia jurisdiccional.

283. Notificación bajo responsabilidad de la parte

La notificación bajo responsabilidad es un supuesto de notificación no previsto en el código procesal, que supone practicar la diligencia en el domicilio que se indica bajo responsabilidad del denunciante, aunque allí nadie se encuentre. Es de aplicación restrictiva, y procede ante la solicitud de la parte interesada, sin exigirse justificación alguna de haber realizado diligencias para demostrar que la contraparte tiene su domicilio en el lugar denunciado. Ello, sin perjuicio de las pruebas que deban producirse si el interesado plantea la nulidad de todo lo actuado, de conformidad con lo dispuesto por el art. 339, último párrafo del Código Procesal.

El fundamento es evitar posibles maniobras dilatorias destinadas a burlar las cargas impuestas en providencias que deben notificarse por cédula, sin exigirse justificación previa alguna de haber realizado diligencias para demostrar que la contraria tiene su domicilio en el lugar. La nulidad de la notificación realizada bajo responsabilidad de la parte solo procede si se demuestra la falsedad de la denuncia de domicilio formulada, o es manifiesto el abandono del lugar o los hechos que se constatan son suficientes para verificar que en el lugar no vive el requerido.

La jurisprudencia es abundante en este sentido, por ejemplo se ha dicho que

> Asiste razón al recurrente en su impugnación puesto que el informe del oficial notificador no indica con precisión un domicilio determinado y ni sugiere de que se trate el domicilio social inscripto de las demandadas –con el efecto que produciría desde la óptica del art, 11, inc. 2, de la Ley Nº 19.550–. Tampoco se trata de un supuesto en el que se pretenda la notificación por edictos, circunstancia a la que apunta la norma ritual invocada por el a quo. Si la actora sostiene que ese es el domicilio en donde corresponde notificar la demanda, cuestión que no se ve desmentida por las diligencias ya cumplidas, no hay motivo alguno para que se practique la notificación bajo su responsabilidad. Este instituto se encuentra contemplado en forma expresa por una norma de superintendencia dictada por la Corte Suprema que dispone que: "...Las cédulas bajo responsabilidad de la parte actora se diligencian con abstracción de que el requerido viva o no viva en ese domicilio" (conf. art. 156, inc. "e", del Reglamento para la Organización y Funcionamiento de la Oficina de Notificaciones para la Justicia Nacional y Federal, aprobado mediante Acordada CSJN n° 9/90, publicada en Fallos 313:10). Y lo cierto es que ese ordenamiento se ha dictado en virtud de la potestad reglamentaria delegada al Alto Tribunal por el legislador (conf. art. 48 del decreto-Ley Nº 1285/58, que pone a su cargo la superintendencia y reglamentación de la citada dependencia). Desde ese ángulo, es pacífica la corriente jurisprudencial que admite cursar una notificación bajo responsabilidad de la actora. De hecho, esta modalidad de notificación resultó una creación pretoriana con miras a facilitar el desenvolvimiento normal del proceso, evitando maniobras dilatorias o de ocultamiento del domicilio (conf. Maurino, Alberto Luis; Notificaciones Procesales, Ed. Astrea, 1990, p. 113). La Corte Suprema la ha admitido en la convicción de que se ha de actuar con la rectitud y buena fe que debe presidir el ejercicio de las acciones ante los órganos judiciales, especialmente cuando se trata de la citación al

demandado, acto de trascendental importancia en el proceso desde que guarda estrecha vinculación con la garantía constitucional de la defensa en juicio. Y presume que la parte actora ha logrado establecer cuál es el verdadero domicilio de su contraria, partiéndose de la base de que es el primer interesado en extremar las precauciones necesarias para evitar una eventual nulidad y el pago de las costas.[1364]

1364. CSJN, Fallos: 306:392, 316:247 y 319:672.

Capítulo XXXVIII
Plazos y términos

284. Plazos procesales

El tiempo procesal, referido específicamente al período asignado a cada actuación para su cumplimiento, puede clasificarse siguiendo distintos criterios. Nosotros correspondemos, por su claridad y corrección sistemática, la que propicia Palacio, quien enfoca la cuestión de la manera siguiente:

> Si se atiende a la forma de fijación, cabe hablar de plazos *legales*, *judiciales* y *convencionales*. Desde el punto de vista de sus efectos existen plazos perentorios y *no perentorios* y, dentro de esta última categoría, *plazos prorrogables* e *improrrogables*. Si se tienen en cuenta a las personas a quienes se otorgan, deben distinguirse entre plazos *individuales* y *comunes*. Y, finalmente, si se atiende a las circunstancias que los fundamentan, es pertinente diferenciar los *plazos ordinarios* y los *extraordinarios*.[1365]

Plazos legales son los que tienen establecido por la Ley Procesal un tiempo específico para su cumplimiento (*v. gr.* 15 días para contestar demanda ordinaria; 5 días para deducir recurso de apelación; 10 días para fundar la expresión de agravios, etc.).

Plazos judiciales son aquellos que dispone el juez o el tribunal para suplir una omisión legal (art. 155 párrafo 2°, CPCC). A veces, el código impone topes que no pueden sobrepasarse (*v. gr.* 40 días del plazo ordinario de prueba; etc.).

> Se afirma así que, la existencia de plazos de caducidad para demandar al Estado se justifica en la necesidad de dar seguridad jurídica y estabilidad a los actos administrativos pues, de lo contrario se afectaría el principio constitucional de seguridad jurídica. Tal interpretación es trasladable a los procesos en los que se impugnan actos emanados de organismos militares, de defensa y de seguridad; máxime cuando están en juego

1365. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, T. IV, p. 67.

> principios básicos del orden castrense como el de verticalidad en el mando y la disciplina, pues se vería afectado el interés público si tales actos quedan sujetos a impugnación por largos períodos.[1366]

Plazos convencionales son los que las partes acuerdan sin participación del órgano jurisdiccional. Pueden prolongar la perentoriedad de un plazo, o suspender su curso, debiendo en todos los casos acompañarse el acuerdo al expediente judicial (art. 157, CPCC).

Plazos perentorios se llaman a aquéllos cuyo vencimiento opera automáticamente dando por decaída la oportunidad para articular el acto procesal. No requiere petición de la otra parte, ni declaración judicial que la consagre. En cambio son plazos *no perentorios* los que pueden cumplirse sin fijación de plazo alguno, aun cuando encuentran su límite en el plazo de caducidad de la instancia.

De este modo, quien es parte en un proceso judicial debe saber que es de la esencia del mismo el transcurso de plazos procesales de carácter perentorio, razón por la cual si ha de ausentarse de la jurisdicción donde tramita el pleito debe arbitrar los medios idóneos para que se pueda llevar adelante el trámite correspondiente a la defensa de sus derechos.

Plazos prorrogables son los que obtienen una prolongación de su vencimiento a través de una resolución judicial consecuente al pedido formulado por la parte interesada antes de operar su término. A *contrario sensu*, son *improrrogables* los que no son susceptibles de extensión. No deben confundirse con los plazos perentorios porque estos vencen indefectiblemente y no admiten peticiones en contrario. También estos pueden ejecutarse con posterioridad a su vencimiento, pero antes de que la otra parte denuncie la omisión o se produzca el acto judicial mediante el cual se da por precluida la oportunidad de alegar.

> Cabe observar, no obstante, que existe un criterio poco flexible, por cuanto la Corte ha dicho que, las razones invocadas por el recurrente –una indisposición de salud que le impidió realizar una presentación en tiempo– no justifican la interrupción o suspensión de los términos. De allí, frente al carácter perentorio que tienen los plazos procesales, corresponde

1366. Del voto en disidencia parcial de los doctores Nazareno, Boggiano y Bossert. CSJN, "Tajes, Raúl E. c. Estado nacional", 31/03/1999, LL, 2000-C, 132, con nota de Pablo Mántaras - DJ, 2000-2-457.

> rechazar la queja intentada por haber sido deducida en forma extemporánea (arts. 156, 282 y 285, Código Procesal) –en el caso, cinco minutos–.[1367] Aun cuando existe una fundada disidencia, que expresa que razones de justicia y equidad hacen que no deba incurrirse en un exceso ritual manifiesto, con directa violación del derecho de defensa, frustrando una justa expectativa del litigante, en desmedro de la verdad objetiva, frente a la exigüidad de la demora de presentación del recurso –cinco minutos–, haciendo excepción, dadas las particularidades del caso –una indisposición de salud del presentante– a los principios de perentoriedad de los plazos procesales –art. 155, Código Procesal– y de extemporaneidad (Del voto en disidencia de los doctores Moliné O'Connor y Fayt) (CS, mismo fallo anterior).

Plazos individuales son los que cuenta cada parte para la realización de sus actuaciones (*v. gr.* plazo para contestar la demanda, interponer un recurso, etc.). Por ejemplo, el cómputo de los plazos para la interposición del recurso de hecho ante la Corte se rige por las normas nacionales.[1368]

Plazos comunes son aquéllos que ocupan a ambas partes dándoles un tiempo único y conjunto, para que realicen las actuaciones de su interés (*v. gr.* plazo de prueba, plazo para alegar).

Tanto en los plazos individuales como en los comunes, los términos empiezan a correr desde la notificación, contándose en los comunes a partir de la última notificación efectivamente cumplida.

Plazos ordinarios son los que se fijan sobre la base de que la persona citada tenga su domicilio dentro de la circunscripción judicial correspondiente al órgano actuante o de que el acto respectivo deba ejecutarse dentro del ámbito de dicha circunscripción.

Plazos extraordinarios: se otorgan en casos excepcionales que atienden la distancia donde debe ejecutarse la actuación (*v. gr.* art. 158, CPCC).

1367. CSJN, Fallos: 319:2446.

1368. CSJN, Fallos: 318:2683. Asimismo, se agrega que el plazo establecido por el art. 259 del Código Procesal para la presentación de los agravios, reviste carácter individual, por lo que corre de manera independiente para cada uno de los apelantes, sean partes contrarias o litisconsortes, a partir del conocimiento de la providencia allí prevista. Ello, en virtud de que los plazos individuales constituyen la regla general, y los términos comunes, la excepción, que debe surgir expresa o implícitamente de la ley. (CNCiv., Sala B, "Varela, Raúl E. y otro c. Hidalgo, Carlos", 17/04/1996, LL, 1998-D, 919, J. Agrup., caso 12.959). Los plazos de horas se computan hora por hora y vencen cuando termina la hora establecida. (CNElect., "Sosa, Angel M.", 17/11/1998, LL, 1999C, 116 DJ, 19992498).

285. Cómputo de los plazos

El cómputo de los plazos se rige por el art. 156 del Código Procesal, conforme al cual el tiempo empieza a correr *desde la notificación y si fuesen comunes desde la últim*a. El inicio se cuenta a partir del día siguiente hábil, porque no se considera el día en que la diligencia se practica, ni los días inhábiles.

Conviene aclarar que el plazo judicial es diferente al plazo procesal cuyo régimen lo establece precisamente el ordenamiento adjetivo. En cambio aquél está reglado por el art. 6 del Código Civil y Comercial e incluye en su cómputo los días feriados, salvo mención expresa en contrario; el cómputo civil de los plazos es de días completos y continuos, y no se excluyen los días inhábiles o no laborables. En los plazos fijados en horas, a contar desde una hora determinada, queda esta excluida del cómputo, el cual debe empezar desde la hora siguiente. Las leyes o las partes pueden disponer que el cómputo se efectúe de otro modo.

En suma, para el transcurso del plazo o término, es necesario distinguir la modalidad fijada, es decir, si se trata de horas, días, semanas o meses.

Interesa agregar que referimos indistintamente a plazos y términos porque en nuestra legislación procesal no hay diferencia entre ellos. En cambio a la palabra término se la relaciona con la concesión de tiempo otorgada para cumplir una actuación que ocurre a un solo tiempo; en tanto que al plazo se lo entiende como el espacio de tiempo fijado por la ley o por el juez para la ejecución de un acto.[1369]

Los escritos y documentos que se presenten por vía electrónica quedan registrados en cualquier hora del día cuando se ejercite el acto, y si ellos fueran inhábiles los efectos se cuentan desde el primer día y hora hábil siguiente. Con las notificaciones electrónicas el tiempo corre a partir de las 00 hs. del día hábil inmediato siguiente a la emisión de la cédula electrónica. Es decir, si ella se emite en hora inábil, el plazo comienza a correr al día siguiente.

1369. Alsina, Hugo, *Tratado teórico y práctico..., op. cit.*, T. I, p. 735.

286. Suspensión e interrupción de los plazos

Todos los plazos son susceptibles de suspensión e interrupción. El primero significa no iniciar el término, la restante supone que el plazo cuyo cómputo fue iniciado pierde eficacia y efectos por el tiempo transcurrido. La suspensión puede producirse de hecho, por disposición judicial o por acuerdo de partes.

La fuerza mayor, o cualquier otra circunstancia que impida la continuidad normal de los plazos (*v. gr.* elevación de los autos al Superior; enfermedad que posterga la realización de un acto previsto; prisión de quien debe ejecutar la comisión, etc.) suspenden el cómputo. La suspensión por orden judicial procede por circunstancias de fuerza mayor (*v. gr.* peligro de derrumbe del edificio donde funciona el tribunal; traslado de dependencias; etc.); o cuando existen causas graves que imposibilitan la realización de actos pendientes o en curso de ejecución (*v. gr.* multiplicación de los juicios de amparo que colapsaron el sistema judicial en oportunidad de atacar la constitucionalidad de las leyes de emergencia).

Otros supuestos de esta especie son la muerte del mandante o del mandatario; el fallecimiento de la parte que actúa personalmente; la inhabilitación de alguno de ellos, etcétera.

Convencionalmente las partes pueden suspender los plazos previstos, como también pueden pactarlo sus respectivos mandatarios por un plazo no mayor a veinte (20) días, necesitando la ratificación de sus mandantes para acordar un término superior.

Si bien el artículo 375 establece que el plazo de prueba no se suspende, las partes pueden hacerlo, reanudándose el término a partir de la finalización de la fecha convenida o, en ausencia de esta, desde la notificación del auto que lo ordena, pues en tal supuesto vuelve a ser aplicable el artículo 156 del orden adjetivo nacional.

La interrupción, por su parte, puede operar de hecho o por resolución judicial, donde son supuestos del primer caso aquéllos que privan de eficacia al tiempo cumplido (*v. gr.* la interrupción de plazo de caducidad de instancia cuando existe impulso en las actuaciones); y del restante cuando existen las mismas condiciones que establece el deber del juez de alertar la continuidad de los plazos frente a situaciones de fuerza mayor o de causas graves que imposibilitan la realización en tiempo.

En síntesis, los plazos procesales son susceptibles de suspensión o de interrupción. La primera implica la privación temporaria de los efectos de un plazo, inutilizando a sus fines un lapso del mismo; la interrupción, en cambio, implica cortar un plazo haciendo ineficaz el tiempo transcurrido. De modo que la suspensión, contrariamente a lo que sucede con la interrupción, no compromete la aptitud del tiempo transcurrido hasta que ella se produce.

286.1 Requisitos de procedencia

La admisión de los fundamentos contenidos en las actuaciones hace a la procedencia sustancial de lo oportunamente presentado, pero es evidente, entonces, que ya no estamos en el campo del acto procesal sino en el de la pretensión. Ello no impide señalar algunas características que condicionan el futuro de la actuación, especialmente cuando se explica la noción de pertinencia del acto, y regularidad del mismo.

La pertinencia refiere a la posibilidad, es decir, "la aptitud genérica del objeto del acto para poder figurar como tal en el proceso".[1370] Mientras la regularidad previene las condiciones legales de procedencia que impiden nulificar un acto por inadecuación a las formas o a los fines preestablecidos. Ambas situaciones guardan distancia con la finalidad que procuran alcanzar con sus actuaciones; éstos son medios para viabilizar la pretensión y su conjunto orquesta el procedimiento.

Ahora bien estas actuaciones han de ser posibles, es decir, que deben contar con el respaldo que permita su recepción o introducción en el proceso; y tienen que ser regulares, lo que supone la admisibilidad técnica.

En algunos casos, existiendo posibilidad de actuación, no obstante se llega a la irreceptibilidad propiamente dicha por carecer el acto de la adecuada provisión de recaudos, tal como sucede cuando se pide un pronunciamiento judicial sobre el efecto que produce un acto que es inadvertidamente nulo. En estos supuestos, no hay inadmisión sino ineficacia del acto para generar efectos jurídicos regulares.[1371]

1370. Guasp, Jaime, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 296.

1371. Pérez Gordo, Alfonso, La admisibilidad de los actos procesales, en *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal*, 1980, N° 1, p. 199 y ss.

286.2 Inadmisión de los actos procesales

Esta podría ser una herramienta genérica para expulsar actos jurídicos que no cumplan con los requisitos de lugar, forma y tiempo, solo que tiene la particularidad de que cuando se refiere a los plazos procesales existe cierta discrecionalidad que elude el cómputo simple del tiempo para dar permiso de continuidad a la actuación que justifica la demora de su presentación. Las excepciones solo se pueden verificar caso por caso.

Cuando se trata de la regularidad de los tiempos del proceso, la perentoriedad fatal y preclusiva que tiene la regla técnica deduce la invalidez o la ineficacia del acto que se ejerce fuera de la oportunidad prevista. La inadmisión posible no es producto del defecto formal sino del plazo vencido que con solo contarlo basta como razón y fundamento para desestimarlo.

Esto sería un caso de inadmisión propia que no apunta al control de validez ni de eficacia. Solo parece un acto mecánico que implica desestimar por no ser oportuno. Otros afirman que

> Es la voluntad de descongestionar estas vías procesales y de evitar el colapso por saturación la que, en efecto, lleva a explorar al máximo el dominio de la inadmisión en busca de algún remedio. No es exagerado afirmar por ello que en escenarios como estos la inadmisión progresa y se moldea a golpe de estadística.[1372]

Ni más ni menos consiste en aplicar el principio de preclusión que podría ser la guía segura para avanzar en el proceso en orden y previsión. Por eso en ciertas legislaciones, como la española más moderna, la preclusión más el impulso de oficio hacen que los procedimientos, una vez puestos en movimiento por las partes, lleguen a su final. En este sentido el art. 136 de la LEC de 2000 dice

> Transcurrido el plazo o pasado el término señalado para la realización de un acto procesal de parte se producirá la preclusión y se perderá la oportunidad de realizar el acto de que se trate. El Secretario Judicial dejará constancia del transcurso del plazo por medio de diligencia y acordará lo que proceda o dará cuenta al tribunal a fin de que dicte la resolución que corresponda.

1372. Cierco, César, *La inadmisión en el procedimiento administrativo: estudio de su configuración a la luz del proceso judicial*, Madrid, Iustel, 2009, p. 45.

287. Caducidad de la instancia

Todo proceso se formaliza con plazos y términos que se definen como perentorios y fatales, al punto que cuando se aplica el instituto de la caducidad, se quiere poner énfasis en la demora culpable en actuar fuera de los márgenes del tiempo acordado, y con el fin de evitar demoras provocadas que usen al proceso conforme al designio interesado de quienes son partes.

En verdad, el presupuesto de la caducidad de la instancia no es solo la inactividad de la parte, sino también ocupa la actividad inútil, dispendiosa o, *lato sensu*, inidónea, esto es, lo que no hace avanzar el proceso por las etapas ordenadas que lo conducen hacia la sentencia.

Podemos afirmar que, como sostiene la Cámara Civil:

> … la caducidad de instancia está destinada a satisfacer exigencias de interés público, el órgano jurisdiccional no puede quedar inerme frente a la ausencia del impulso procesal de las partes. Lo contrario significaría eternizar los juicios y mantener esa actividad jurisdiccional a voluntad de las partes.[1373] Inclusive, la Corte afirma que la caducidad de instancia solo encuentra justificación en la necesidad de conferir un instrumento al Estado para evitar la indefinida prolongación de los juicios, pero no un artificio tendiente a impedir un pronunciamiento sobre el fondo del pleito o que tienda a prolongar las situaciones de conflicto.[1374]

Recordemos que la inactividad no es solo aquella que supone omisión negligente de cumplir actos procesales de impulso y desarrollo de la causa judicial donde se plantean intereses a tutelar; sino también, las acciones inoficiosas o carentes de idoneidad para avanzar el procedimiento.

Con relación a estos actos de impulso, solo se analizan aquellos que se vinculan con el desarrollo del expediente principal y de los actos que corresponden a la etapa en que se encuentren.

1373. CNCiv., Sala H, "Dachsel, Hilda S. c. Penayo, Reinerio", 06/06/1997, LL, 1998-B, 740 - DJ 1998-2, 496.

1374. CSJN, Fallos: 319:1616.

287.1 La perención de la instancia

Es que la razón de ser del instituto de la perención de la instancia no apunta a coartar derechos constitucionales de propiedad y defensa en juicio, sino a reglamentar su ejercicio por medio de la fijación de plazos razonables dentro de los cuales se deban realizar, para desembarazar al órgano jurisdiccional de las causas paralizadas en las cuales el desinterés de los contendientes de llevarlas adelante es evidente, y propender de tal modo a la agilización del reparto de justicia como forma de satisfacer los intereses colocados por encima de los meramente particulares, pues la finalidad de la institución excede del mero beneficio de los litigantes, ocasionalmente favorecidos por sus consecuencias.

Pero ello poco interesa porque la caducidad del proceso se fundamenta en la presunción de renuncia de la instancia judicial, que comporta el hecho de la inactividad dada por la ley formal, sin que signifique una pauta matemática, sino la evidente deserción del interés cuya tutela se persigue.

Cuando se articula una demanda se activa el mecanismo jurisdiccional que concreta una pretensión cuyo efecto principal es habilitar el curso de la instancia, que se desarrollará hasta la sentencia. Por eso se denomina instancia al conjunto de actos procesales que realizan las partes para obtener la decisión judicial de un litigio, desde la promoción de la demanda hasta el llamamiento de autos para sentencia (para algunos), o hasta que se notifica la sentencia (para otros).

> Dicho de otro modo, toda petición inicial de un proceso, trámite o procedimiento dirigido a un juez para que satisfaga un interés legítimo de quien acciona, es en general instancia y a partir de ello comienza para el accionante la carga de impulsar el procedimiento.[1375]

Sin embargo, este principio no puede estar en manos de quien acciona, porque de otro modo, el proceso serviría únicamente a intereses privados que podrían manipular el tiempo procesal para aplicarlo a sus exclusivos designios, aprovechándose así de la disposición que cuentan. Bastaría con instar en los tiempos previos a la perención, para mantener viva la instancia. Lo que tampoco es

1375. Colombo, Carlos, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1969, T. II, p. 663.

oficioso, porque no se trata solamente de mantener el litigio en estado permanente de conflicto, sino de llevarlo a satisfacer con justicia el destino para el cual fue el proceso previsto.

En verdad, el presupuesto de la caducidad de la instancia no es solo la inactividad de la parte, en la medida que no es el culto a los plazos y términos, sino la custodia de la tutela judicial efectiva y continiua. De allí que el sistema le asigna al juez el control sobre la regularidad de la instancia y el cumplimiento de plazos y términos previstos; más allá de ponderar el interés que se debe resguardar a través del proceso jurisdiccional, que pone la clave acerca de por qué en algunos tipos de proceso, la instancia queda en manos del tribunal porque es a él a quien le corresponde impulsar los actos para llegar a la sentencia en el menor tiempo posible.

No se trata, entonces, de fomentar una división entre procesos que debaten intereses privados cuya disposición sea exclusiva y absoluta de las partes; frente a procesos de trascendencia pública o contenidos de interés general que auspicien postergar el interés de las partes dando preferencia al hecho a resolver y a la obligación judicial de satisfacer el sentido garantista del proceso.

Adviértase que la caducidad de instancia constituye un modo anormal de finalización del proceso que conspira contra el principio de conservación de aquél, por lo que la doctrina y jurisprudencia han asumido una postura restrictiva en su aplicación.

> Por tanto es que se ha dicho que, en materia previsional, teniendo presente el fin tuitivo de las normas legales aplicables y el carácter alimentario de los créditos reclamados, el abandono voluntario o renuncia de la instancia debe subordinarse a una presunción de veracidad y certeza que lleve al convencimiento del magistrado que la conducta omisiva del litigante implica un desistimiento tácito del mismo, obstaculizando la marcha regular de la causa impidiendo al tribunal avocarse a su definición normal. Este desinterés solo resulta palpable, con escaso o nulo margen de duda, ante el incumplimiento de la intimación que a dichos fines debe realizarse. En tales condiciones, es decir, tras el requerimiento previo, solo puede decretarse la caducidad de la instancia.[1376]

1376. CNSeg. Social, Sala I, "Barloa, Luis A. c. Administración Nac. de la Seguridad Social", 01/07/1998, DT, 1999-B-1437, con nota de Amanda Lucía Pawlowski de Pose.

En realidad, el debate se focaliza en la utilidad del instituto de la caducidad de la instancia, en la medida que su aplicación observa que tiene como fundamento la sanción o el castigo a quien deja inactivo el proceso; sin advertir que las sucesivas reformas procesales han instalado en el juez el deber de *tomar medidas tendientes a evitar la paralización del proceso* (art. 36 inciso 1º), *impulsar de oficio el trámite cuando existen fondos inactivos de menores o incapaces* (art. 36 inciso 5º), entre otros deberes de atención directa sobre el problema que debe resolver en justicia.

En definitiva, la caducidad de la instancia no puede servir de excusa para dejar en las partes la obligación de mantener continua la instancia, porque el tránsito oportuno por las etapas le corresponde al tribunal, de acuerdo con el art. 36 inciso 1º parte final que establece: *vencido un plazo, se haya ejercido o no la facultad que corresponda, se pasará a la etapa siguiente en el desarrollo procesal, disponiendo de oficio las medidas necesarias*.

Este deber sobre la continuidad y regularidad, no obstante, le permite verificar el cumplimiento de las cargas y obligaciones de la instancia, de modo tal que la aplicación de oficio o a pedido de parte de la perención constituye una potestad implícita en las facultades de dirección.

287.2 Constitucionalidad de la caducidad de la instancia

La doctrina plantea la constitucionalidad de la caducidad de la instancia, analizando para ello el efecto inmediato que produce en el derecho de defensa en juicio, y en el de acción representada por el derecho de peticionar a las autoridades.

Sin embargo, la perención no violenta dichos principios porque su eficacia solamente se extiende al proceso donde se declara. No ataca al derecho de acción que, en todo caso, se puede replantear salvo que el derecho para hacerlo hubiera prescripto. Precisamente porque son consideraciones de orden práctico las que determinan la conservación de la actividad útil cumplida en el proceso que fenece, la caducidad tampoco afecta el derecho de defensa.

También se argumenta que la caducidad decretada de oficio constituye un avance indebido del juez sobre las actividades de las partes, que viola el principio de igualdad procesal, tal como sucede como cuando se resuelven medidas probatorias sin petición expresa de cada litigante. Empero, no se puede asimilar el deber de actividad

probatoria con el impulso procesal, porque mientras el primero es una carga, el segundo constituye un deber u obligación de las partes.

Obviamente, a efectos de examinar la procedencia de la perención, la posición de aquel sobre quien pesa la carga probatoria, con la de quien debe impulsar el procedimiento, no es igual ni se aproxima, puesto que se trata de cargas de diferente naturaleza que si bien pueden recaer sobre distintas partes del proceso, no cabe duda que mientras una estará a cargo del excepcionante, la otra le corresponderá a quien promueva la acción.

Por tanto, la razón de ser del instituto no apunta a coartar derechos constitucionales de propiedad y defensa en juicio, sino a reglamentar su ejercicio por medio de la fijación de plazos razonables dentro de los cuales este debe realizarse, para desembarazar al órgano jurisdiccional de las causas paralizadas en las cuales el desinterés de los contendientes de llevarlas adelante es evidente, y propender de tal modo a la agilización del reparto de justicia como forma de satisfacer los intereses colocados por encima de los meramente particulares, pues la finalidad de la institución excede del mero beneficio de los litigantes, ocasionalmente favorecidos por sus consecuencias.

287.3 Inconvencionalidad de la perención de la instancia

Pues bien, son estas consideraciones que trabajan sobre principios y reglas que se amoldan al criterio de defensa en juicio que se pondera desde hace mucho tiempo. Sin embargo, no es el temperamento que para los estándares del debido proceso establece la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El marco general se debe encuadrar dentro del artículo 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica que dispone

> Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o autoridad competente, independiente e imparcial, establecida 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.

Esta disposición tiende a destacar una obligación para los Estados, pero al mismo tiempo, es una garantía que el Sistema Interamericano debe afianzar también para el proceso supranacional. De otro

modo, se darían deberes y obligaciones a otros sin que los propios órganos del Sistema lo cumplan.

Lo mismo sucede con la regla del artículo 25 que dice:

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
    a. A garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
    b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
    c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

Vale decir que, siendo esta una obligación positiva del Estado que consiste en aportar en el derecho interno una herramienta útil, sencilla y efectiva, para defender los derechos que se tienen contra las agresiones directas o indirectas de la autoridad; también es una garantía que debe proporcionar la Convención para que sus procedimientos internos cumplan la misma función de salvaguardia.

Asumiendo, entonces, que de igual forma la Corte debe garantir en su procedimiento interno, el derecho de acceso a la justicia que implica el derecho a ser oído, a alegar y probar y a tener una sentencia debidamente motivada, no caben dudas que existe un debido proceso transnacional.

Partiendo desde este piso de marcha, corresponde verificar si el derecho de acceder al proceso y a los jueces se integra con el trámite y el derecho a obtener sentencia justificada y razonable sobre el fondo del problema planteado. Esto significaría que no debería sufrir tropiezos ni ponerle vallas a este deber de resolver pretensiones con instituciones proclives a fomentar las solemnidades que solo sirven para descongestionar la tarea de jueces y tribunales.

La tendencia que se aplica no es ver al proceso en sí mismo, teniendo en cuenta que la intervención del Sistema Interamericano no es de revisión de la cosa juzgada, sino de verificación del cumplimiento y ejecución de los derechos humanos, dentro de los que anida el derecho

a contar con un debido proceso. Por eso cuando se alienta –como en el derecho español– a la tutela judicial efectiva, comprometiendo la actuación útil del juez desde el comienzo de la instancia hasta que dicta sentencia, se quiere expresar que la caducidad de instancia fustiga este derecho sin razones justificadas.

La orientación es elevar los deberes del activismo judicial hacia el impulso de oficio, la subsanación de los defectos procesales, el derecho constitucional a probar y conseguir la verdad, para poder dictar una sentencia debidamente motivada.

Pero –en nuestra opinion– esta línea argumental se corresponde con la dinámica de actuación que supone instruir al litigio desde los parámetos o arquetipos del control de convencionalidad que pueden ser contrarios con los reglamentos y con la misma Constitución.

Por eso, cuando la Corte IDH señala que del artículo 8 de la CADH se desprende que

> … las víctimas de violaciones de derechos humanos, o sus familiares, deben contar con amplias posibilidades de ser oídos y actuar en los respectivos procesos, tanto en procura del esclarecimiento de los hechos y del castigo de los responsables, como en busca de una debida reparación,[1377] lo que hace es recordar un deber jurisdiccional que se considera inalienable.
>
> De igual modo, cuando establece la obligación de investigar y el correspondiente derecho de la presunta víctima o de los familiares para saber la verdad de lo ocurrido, pone énfasis en un valor a conseguir sin alterar con ello los reglamentos procesales. En todo caso, cada uno de los interesados tendrá los deberes y facultades que le asigna la condición en la que actúa dentro del proceso.[1378]

Lo que no tiene en cuenta el Sistema es que dentro del proceso transnacional se revisan hechos, se declaran derechos, se interpretan conductas y se ordenan reparaciones; cuestiones que en el derecho in-

1377. Corte IDH, "Caso de los 'Niños de la Calle' (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala", 19/11/1999 (Fondo). Serie C, Nº 63, párr. 227, y Caso "Veliz Franco y otros vs. Guatemala", 19/05/2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). Serie C, Nº 277, párr. 184.

1378. Gozaíni, Osvaldo, *Sistema procesal interamericano*, Buenos Aires, Ediar, 2016, p. 608 y ss.

terno suponen acumular pretensiones dentro de una lógica diferente a la que tiene el proceso transnacional.

> Por ejemplo, cuando se reclama en el derecho interno por la inconstitucionalidad o ilegalidad de una ley o de un acto reglamentario, quien pide debe acreditar el interés que lo lleva a postular semejante pretensión. La teoría de la legitimación procesal, en estos supuestos, percibe la importancia de verificar el impacto sobre el derecho antes que sobre las personas que piden, y –no siempre como regla– flexibiliza los presupuestos procesales permitiendo sustanciar el proceso constitucional.

En cambio, cuando se piden resarcimientos o las pretensiones son indemnizatorias, quien las solicita debe acreditar el derecho que tiene pues no sería racional que se diera a cualquiera por el solo hecho de mostrar un derecho sin daño emergente.

De allí que el fenómeno de espejar las reglas de los artículos 8 y 25 de la CADH con los derechos procesales (constitucionales, patrimoniales, individuales y de punición) no puede ser admitido como un estándar de la igualación que se persigue al declamar el derecho de todas las personas a tener acceso a los jueces y a una justicia equitativa e igualitaria.

> El artículo 8, en particular, consagra líneas garantistas que implementan el debido proceso legal, el cual está compuesto de un conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales, a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier tipo de acto del Estado que pueda afectarlos. La primera parte declara las garantías y la segunda acentúa la defensa penal, pero igualmente, para la determinación de los derechos y obligaciones de las personas, de orden penal, civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter, se deben observar todas las obligaciones que resguarden las líneas marcadas para el debido proceso.

Eso no significa que el derecho a ser oído despoje de contenido el Derecho Procesal que esgrimen los presupuestos y condiciones para ser parte de un litigio. Las garantías que establece dicha norma deben ser observadas en los distintos procedimientos en que los órganos estatales adoptan decisiones sobre la determinación de los derechos de las personas, pero es un requisito que espera no quedar inerte cuando el derecho a ser oído se desecha por cuestiones irrazonables, como sostener que carece de legitimación para obrar sin dar razones ni fundamentos al rechazo.

El sentido del acceso a la justicia y a los jueces es el de comprender el derecho de toda persona a tener acceso al tribunal u órgano estatal encargado de determinar sus derechos y obligaciones, el cual en cierto tipo de procesos debe ejercerse de manera oral. Asimismo, al pronunciarse sobre la observancia de las garantías del debido proceso en la investigación de violaciones de derechos humanos.

> La Corte ha indicado que implica el deber estatal de garantizar que las víctimas o sus familiares tengan "amplias posibilidades de ser oídos" en todas las etapas de los respectivos procesos, de manera que puedan formular sus pretensiones y presentar elementos probatorios y que éstos sean analizados de forma completa y seria por las autoridades antes de que se resuelva sobre hechos, responsabilidades, penas y reparaciones.[1379]

En síntesis, el acceso a la justicia surge implícito en la obligación general del artículo 1.1 de la CADH que se refiere al deber del Estado de respetar y garantizar "sin discriminación" los derechos contenidos en el Pacto de San José de Costa Rica. También el artículo 24 protege el derecho a "igual protección de la ley", de manera que si se alega que un Estado discrimina en el respeto o garantía de un derecho convencional, el hecho debe ser analizado bajo el artículo 1.1 y el derecho sustantivo en cuestión. Si por el contrario la alegada discriminación se refiere a una protección desigual de la ley interna, el hecho debe examinarse bajo el artículo 24 de la misma.

Con lo dicho no queremos desmembrar la garantía convencionalizada, desde que el problema principal no es la caducidad de la instancia sino el derecho fundamental que se deja sin atender por aplicar esta regla del proceso. Aquí se vulnera el derecho de fondo prefiriendo el uso de una carga o imposición. Desde esta perspectiva han sido las numerosas sentencias de la Corte IDH cuando condena a los Estados.

288. Condiciones y presupuestos

La caducidad del proceso se fundamenta en la presunción de renuncia de la instancia judicial, que comporta el hecho de la inactividad dada por la ley formal, y a garantizar la terminación de los pleitos

1379. Corte IDH. Caso "Barbani Duarte y otros vs. Uruguay", 13/10/2011 (Fondo. Reparaciones y Costas). Serie C, Nº 243, párr. 122.

para impedir que estos se eternicen, socavando los principios de economía y celeridad procesal.

Para que opere se requiere de distintos presupuestos: a) existencia de una instancia (principal o incidental); b) inactividad procesal absoluta o jurídicamente idónea; c) transcurso de determinado plazo, y d) pronunciamiento o dictado de la pertinente resolución que declare operada la extinción del proceso o incidente.

288.1 Existencia de una instancia

Explica el párrafo final del art. 310 del CPCC que *la instancia se abre con la promoción de la demanda aunque no hubiere sido notificada la resolución que dispone su traslado* y termina con el dictado de la sentencia.

Antes se sostenía que el requisito para dar comienzo a la instancia era el dictado de la providencia que disponía el traslado de la demanda, idea que permitió diferir sin necesidad el inicio de las cargas y obligaciones de las partes en el proceso. Esto era exagerado e imprudente, porque podía ocasionar una confusión natural entre la caducidad de la instancia y el cómputo de la prescripción de los derechos.

Por eso, la jurisprudencia dijo que

> … la notificación del traslado de una demanda originada en un hecho ilícito solo tiene importancia en el ámbito del proceso. Y si la inactividad del reclamante provoca la caducidad del proceso, en manera alguna puede interpretarse que el acto meramente procesal de la notificación –que no constituye en mora y es irrelevante en cuanto al derecho de fondo– tiene vigor para suspender el curso de la prescripción por el solo hecho de haber revelado la exteriorización del interés del acreedor en reclamar su crédito, pues de otra forma perdería sentido el art. 3987 del Código Civil (hoy derogado) que declara como no sucedida la interrupción si ha tenido lugar la deserción de la instancia.[1380]

Inclusive, otros argumentaron que el punto de partida para poder declarar la perención era la existencia de litispendencia, de manera que debía estar notificado el emplazamiento a estar a derecho.

> Lo cierto es que el comienzo de la instancia se inicia con la simple presentación de la demanda, obligando de inmediato al actor a impulsar el

1380. CNCiv., Sala C, "D'Angelo, Edgardo E. c. Municipalidad de Buenos Aires", 10/08/1999, LL 2000-E, 101 - JA del 19/07/2000, p. 57.

> proceso hasta su culminación. Por eso, si transcurre el plazo de caducidad desde que se incoa la pretensión, dentro del quinto día de notificado el traslado de la demanda, la parte podrá deducir la perención respectiva, porque de esa manera evita el consentimiento de la providencia ordenatoria del emplazamiento.[1381]

Adviértase que la caducidad de la instancia es aplicable aun en el supuesto en que se hubiere iniciado la demanda al solo efecto de interrumpir el curso de la prescripción de la acción, solicitándose que no se confiera traslado de aquella hasta tanto se la complete e integre y se hubiere proveído de conformidad por el juez, toda vez que desde entonces surge la carga de impulso procesal para el actor. Hay pocas excepciones, una de ellas se fundamenta en que no cabe declarar la caducidad de la instancia si el juez, como paso previo a proveer la demanda, señaló al accionante que debía cumplir con la etapa de mediación, pues la instancia judicial no nació y no había trámite impulsorio del proceso que debiese desplegar el actor.

También la presentación de la demanda en la Oficina de Informática no tiene efectos sobre la caducidad de la instancia, pues dado que el cargo judicial es el que confiere fecha cierta y hora de presentación a los escritos judiciales en secretaría, solo la presentación de la demanda en el juzgado asignado tiene por consecuencia computar el comienzo de la instancia. En cambio, no resultan útiles para suspender el plazo los escritos de ampliación de demanda, los que en sí mismos no impulsan trámite alguno ni suspenden el curso del tiempo que se viene cumpliendo.

288.2 Inactividad de la parte

Este requisito parte de comprender que el abandono del trámite no se puede justificar en la falta de actividad del órgano jurisdiccional, ya que no sería posible pretender, razonablemente, que este sustituya a los interesados y supla la inercia de los litigantes, cuando la participación de ellos es ineludiblemente debida, atento a la vigencia del principio dispositivo y a la índole procesal de impulso requerida.

Recordemos que la inactividad no es solo aquella que supone omisión negligente de cumplir actos procesales de impulso y desa-

1381. Eisner, Isidoro, *Acerca del plazo en que cabe acusar la perención de instancia luego de notificado el traslado de la demanda*, LL 1975-C, 703.

rrollo de la causa judicial donde ha planteado un interés a tutelar; sino también, las acciones inoficiosas o carentes de idoneidad para avanzar el procedimiento.

> Por ejemplo, si el recurrente omite informar periódicamente a la Corte Suprema de Justicia de la Nación respecto de la tramitación del beneficio de litigar sin gastos deducido en la instancia ordinaria para obviar el pago del depósito previo requerido por el art. 286 del Código Procesal, cabe declarar la caducidad de instancia en los términos del art. 310, inc. 2° del mismo código.[1382]
>
> No obstante, por ser la caducidad de instancia un modo anormal de terminación del proceso y cuyo fundamento reside en la presunción de abandono del proceso, debe interpretarse con carácter restrictivo, de ahí que la aplicación que de ella se realice debe adecuarse a esas características sin llevar con excesivo ritualismo al criterio que la preside más allá de su ámbito propio.[1383]

Respecto a la idoneidad de los actos de impulso, solo se analizan aquellos que se vinculan con el desarrollo del expediente principal y de los actos que corresponden a la etapa en que se encuentren. Por eso, no tienen efectos interruptivos del curso de la caducidad de instancia los trámites enderezados a la integración de la tasa de justicia o al impulso del beneficio de pobreza, en la medida que no configuran diligencias típicamente impulsorias, porque no se encaminan a hacer avanzar el proceso hacia su culminación .

Una vez más se advierte que no puede la parte que tiene el deber de impulsar la causa hacia adelante, sostener que era deber del juzgado dictar la providencia siguiente (criterio estricto), porque la carga de peticionar lo conducente le corresponde, siempre, a quien ha propuesto una pretensión cuyo reconocimiento sostiene. De todos modos también se constata una tendencia menos estricta que facilita interpretar armónicamente el equilibrio entre los deberes de impulso y los de proveimiento que tiene el tribunal.

> Así se ha dicho que, si bien es procedente la caducidad de la instancia en los supuestos en que el trámite del proceso se encuentra muy avanzado, tal principio debe ceder en los casos en que no ha sido dictado el

1382. CSJN, Fallos: 318:1846.

1383. CSJN, Fallos: 320:28.

llamamiento de autos para sentencia. A ello se suma, la interpretación restrictiva de aquélla, que solo tiene vigencia en supuestos de duda.[1384]

En casos donde la suspensión del proceso obedece a una decisión judicial (por ejemplo en la citación de terceros), esa paralización momentánea no exime al actor de la carga procesal de impulsar el trámite del cual depende la reanudación, y si no se efectúan las diligencias correspondientes para integrar la *litis* ni se registra en el proceso otra actuación que lo active, necesariamente se opera la perención cuando la inactividad se prolonga hasta el transcurso del plazo respectivo.

288.3 Transcurso del plazo y pronunciamiento judicial

En nuestro ordenamiento procesal, la caducidad de la instancia debe tenerse por operada a partir del momento que el órgano judicial la declara, razón por la cual la resolución respectiva reviste carácter constitutivo. En consecuencia se necesita de un acto jurisdiccional declarativo, toda vez que la perención no opera de pleno derecho, lo que significa que de cumplirse el plazo legal, el proceso no finiquita si no es por una expresa decisión que lo termina.

La providencia que resuelva la terminación anormal del proceso se puede dictar de oficio o a pedido de parte; siendo en este último caso necesario que no se haya consentido cualquier actuación del tribunal o de la parte, posterior al vencimiento del plazo legal, porque de lo contrario la alegación estaría precluida por convalidación o subsanación de la caducidad.

La solicitud de caducidad de instancia debe ser formulada dentro del quinto día de efectuado el acto que tiene por finalidad impulsar la instancia, plazo que resulta de lo dispuesto por los artículos 150 y 170 parte 2ª y concs. del Código Procesal. Para que se produzca la perención, la inactividad procesal debe ser continuada durante los plazos dispuestos en el artículo 310 del Código Procesal. Por ello, cualquier petición de las partes que impulse el procedimiento, que sea idónea para dicha finalidad, y que se cumpla con anterioridad al vencimiento de los plazos legales, produce la interrupción de su curso.

1384. CNCiv., Sala A, "Combustibles del Gener y Strazzulla c. Gómez, Walter", 11/08/1997, LL 1998-E, 825, J. Agrup., caso 13.200.

> Aunque el juez como director del proceso y en ejercicio de las atribuciones que la ley le confiere (conf. art. 36), es quien debe evaluar la conveniencia de disponer una nueva notificación de la providencia que ordenó el traslado de la acusación de caducidad de instancia, cuando por las particularidades que rodean el caso puede encontrarse afectado el derecho de defensa en juicio de una de las partes.[1385]

289. Plazos perentorios y fatales

La caducidad de la instancia, a pesar de la amenaza implícita que lleva de no cumplirse con el deber de impulsar el proceso en los tiempos mínimos que se indican, no puede fundar únicamente su carácter en obtener una sanción al negligente. En la inteligencia de las normas instrumentales, como son en definitiva las que se actúan, debe prevalecer el criterio de razonabilidad, de manera que a la hora de aplicar una perención de instancia ha de obrarse con suma prudencia y restricción.

De este modo, cuando existen dudas sobre la procedencia será menester aplicar el criterio de permanencia o continuidad; tal como ocurre en el caso de no saber con certeza si hubo o no actos de impulso, o estos resultan controvertidos para adquirir esa calidad, o son complejos en su propia naturaleza.

Si la parte está exenta de la carga procesal de impulso, su pasividad no puede ser presumida como abandono de la instancia, porque ello importaría imputarle las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones que corresponden a los funcionarios judiciales responsables.[1386]

> En este aspecto, se advierte que si el mismo día en que fue declarada la caducidad de instancia el actor presentó un escrito que tenía por finalidad impulsar el trámite del proceso y subsanar el plazo de caducidad transcurrido, corresponde revocar esa declaración pues si bien los jueces pueden decretar de oficio la caducidad, deben evitar la paralización del proceso (art. 36, inc. 1º) y facilitar el acceso a la jurisdicción; lo contrario aparecería como excesivamente formalista y se opondría al criterio jurisprudencial y doctrinario que indica que la caducidad de instancia

1385. CNCiv., Sala D, "Choroszcz, Javier c. Leonetti, Tomás", 05/07/1996, LL 1996-E, 683, J. Agrup., caso 11.111.

1386. CSJN, Recurso Queja Nº 2, "ASSINE SA c/ EN - Ministerio de Defensa", 21/11/2018, CCF 007428/2014/2/RH001.

> debe ser analizada con una óptica restrictiva.[1387] Pero, la interpretación restrictiva de la caducidad de instancia solo resulta aplicable cuando existe duda razonable en torno a su procedencia.[1388]

En suma, en caso de duda debe estarse al principio de la perdurabilidad de la instancia, por constituir la perención un modo anormal de conclusión del proceso, así como también a la necesidad de adoptar la solución que tienda a la confirmación de las actuaciones para evitar innecesarias duplicaciones, en resguardo del principio de economía procesal.

289.1 Cómputo de los plazos

Los plazos que indican los incisos 1 a 4 del art. 310 se computan con una regla diferente de la que rige los plazos en general (art. 156), es decir que no cuentan a partir de la notificación sino desde la fecha de la última petición de las partes, o resolución o actuación del juez, secretario u oficial primero, que tenga por efecto impulsar el procedimiento (art. 311).

Ahora bien, el plazo establecido por cada inciso se toma contando los días inhábiles, a diferencia del temperamento general que en plazos y términos procesales se contabilizan, únicamente, los días hábiles, a excepción de aquellos que se inhabiliten expresamente, o se trate de las ferias judiciales de verano e invierno.

De todos modos, si bien el término de seis meses reglado en el inc 1º del art. 310 es aplicable a los procesos que tramitan en primera y segunda instancia, tal situación está condicionada a que en sus incisos restantes no se contemple respecto de ellos un plazo de caducidad menor.

El artículo 311 del Código Procesal federal establece que

> Los plazos señalados en el artículo anterior se computarán desde la fecha de la última petición de las partes, o resolución o actuación del juez, secretario u oficial primero, que tenga por efecto impulsar el procedimiento; correrán durante los días inhábiles salvo los que correspondan a las ferias judiciales.
>
> Para el cómputo de los plazos se descontará el tiempo en que el proceso hubiere estado paralizado o suspendido por acuerdo de las partes o por

1387. CNCiv., Sala D, "Richaud, Alejandro P. c. Godoy, Jorge A.", 29/10/1997, LL 1998-E, 825, J. Agrup., caso 13.209.

1388. CNCiv., Sala A, "Heredia, Miguel A. O. c. Espinoza, Silvia G.", 07/07/1995, LL 1996-B, 705 - DJ 1995-2-716.

disposición del juez, siempre que la reanudación del trámite no quedare supeditada a actos procesales que deba cumplir la parte a quien incumbe impulsar el proceso.

Los plazos de caducidad corren desde la fecha del acto interruptivo, no desde su notificación, sin necesidad que se trate de actuaciones firmes; por eso lo que determina el comienzo del plazo es el acto de impulso del procedimiento, y no la fecha de la notificación automática. El tiempo se computa a partir del día siguiente a la última actuación impulsora, porque se aplica la regla del art. 6 del Código Civil y Comercial que sienta el principio de que los plazos serán completos.

Por tanto, el plazo procesal que habilita el art. 124 *in fine* del Código Procesal es de aplicación al cómputo del plazo de caducidad de instancia en la medida que el acto de impulso consista en un escrito judicial, por cuanto se entiende efectuado en tiempo. Del mismo modo, es oportuna la presentación que acusa la perención de la instancia dentro de las dos primeras horas del día siguiente a aquel en que terminó el plazo. Ni tiene efectos interruptivos el acto de impulso llevado a cabo después de esa presentación.

289.2 Actividad del juez o demás funcionarios

Los actos que dispongan el juez, secretario, prosecretario administrativo o letrado, y aun el Jefe de Despacho, que sean idóneos para impulsar el proceso, interrumpen el plazo que corre para la caducidad de la instancia.

Sin embargo hay situaciones intermedias donde la duda es inmediata. Por ejemplo, sería improcedente la perención en los supuestos en que los autos se encuentran próximos a dictarse sentencia definitiva. Sin embargo, tal principio debe ceder en los casos en que no ha sido dictado el llamamiento de autos para sentencia y existe un notorio abandono del proceso que da cuenta del desinterés del litigante por hacerlo avanzar hacia dicha etapa.

Mientras la demora en el proceso no se vincule con el dictado de resoluciones relativas al fondo del asunto, es obligación de las partes instar el procedimiento, so pena de caer en la perención de la instancia.

Si el expediente se paraliza porque el secretario o el prosecretario no cumplen con la actividad que la ley les impone, no es posible

decretar la caducidad, ya que se estaría ante una declinación y transferencia ineludible de responsabilidades.

Por ejemplo, si el proceso se halla pendiente de una certificación dispuesta por el juzgado, como dicha actividad está exclusivamente a cargo del secretario, no se puede considerar que exista desinterés de la parte en la prosecución del expediente.

Ahora bien, la suspensión opera cuando existen actos de impulso que impiden contabilizar en adelante el tiempo operado, el cual se reanuda cuando la actividad suspensiva desaparece (v. gr. paralización de las actuaciones por convenio entre partes); en cambio la interrupción aniquila el tiempo de caducidad corrido, de manera que comienza un período nuevo que debe completar la totalidad de los tiempos establecidos en el art. 310 para que se pueda dictar la caducidad de la instancia).

289.3 Causas de suspensión

Las causas de suspensión no se igualan con los motivos que lo justifican. Algunas veces se suspende por un determinado plazo por disposición de la ley, como ser cuando se elevan a una oficina judicial para actuar en la órbita de sus deberes de intervención (*v. gr.* Ministerio Público Fiscal; Procuración del Tesoro; Defensorías oficiales, etc.) tiempo drante el cual no se pueden realizar actuaciones útiles a causa de la remisión.

En otras ocasiones la suspensión acontece por un hecho fortuito como el fallecimiento de una de las partes, que paraliza la instancia hasta que se reconduce la integración de la relación procesal con la intervención de los herederos. A veces, se suspende el proceso hasta que comparece el tercero citado al proceso o vence el término para hacerlo; entre tanto media un lapso durante el cual no pueden ejecutarse actos procesales válidos.

> Por tanto no procede decretar la caducidad de instancia si la inactividad del recurrente se hallaba justificada por la fundada creencia de haber cumplido en forma satisfactoria la carga procesal que se le había impuesto –en el caso, no advirtió el cumplimiento parcial de los recaudos exigidos– y por la actuación del tribunal, que al disponer la causa a estudio y solicitar la remisión de los autos principales, no dictó ninguna providencia que señalase el incumplimiento.[1389]

1389. CSJN, Fallos: 323:2508.

289.4 Causas de interrupción

Constituyen actos interruptivos del plazo de caducidad de instancia las peticiones que obtengan un verdadero progreso del trámite, de forma tal que se innove en la situación precedente de las partes en función de su posición en el desarrollo de la litis. Estas deben tener la característica de ser idóneos para activar el procedimiento, que lo hacen avanzar hacia su destino final, la sentencia. Debe tratarse de peticiones útiles y adecuadas al estado de la causa, que guarden directa relación con la marcha normal del proceso.

También se deben analizar individualmente pues no todo acto es de impulso, ni toda actividad es útil u oficiosa. Por ejemplo, la suspensión que establece el art. 89 del Código Procesal, solo aparentemente puede ser considerada a los fines de la perención, pues subsiste la carga de activar la citación para la cual se ha dejado en suspenso el procedimiento y respecto de la cual no se puede hablar de imposibilidad o impedimento absoluto de la actora (art. 157, *in fine*). La solicitud de búsqueda del expediente que se presume extraviado constituye un claro indicio del interés de la parte en la prosecución del juicio, de modo que interrumpe el plazo de caducidad de instancia, por resultar útil y oportuno, en razón de que cualquier petición que se efectuara estaría supeditada a la aparición de las actuaciones. La producción y agregación de pruebas recibidas en otra jurisdicción, como así también las diligencias cumplidas fuera del expediente pero que activan el procedimiento, tienen efecto interruptivo de la caducidad de la instancia, sin que la omisión de la parte de informar el resultado de la actividad desplegada obste a tal solución; son casos testigos de la dificultad para encontrar un estándar de aplicación continuo.

La caducidad no opera cuando el expediente está paralizado o suspendido por acuerdo entre partes (no más allá de veinte días los mandatarios, y superior, si se trata de una ampliación expresa de las partes). La suspensión convencional se rige por el art. 157, y se interpreta en los términos del acuerdo, de modo tal que el plazo se mide por las normas procesales, y el contenido se deduce de la intención de las partes.

> Por eso, cuando las partes omiten toda referencia a la duración del término de suspensión de los plazos, cualquiera de ellas puede manifestar su interés en la reanudación, antes de acusar la caducidad, pues, a más de no existir prescripción normativa que limite temporalmente el

> acuerdo de aquellas, la cuestión está vinculada a un principio de lealtad procesal que los tribunales no pueden desatender.

También la suspensión puede estar ordenada por el juez de la causa, en cuyo caso los plazos y términos no corren, y los actos procesales que se cumplan no tienen efectos respecto a suspender o interrumpir la caducidad eventual de la instancia.

290. Impulso del litisconsorte

La vigencia del proceso se deduce del interés que las partes pongan para la continuidad del trámite. En función del principio de indivisibilidad de la instancia, no puede considerarse terminada la primera mientras la resolución recurrida no quede notificada a todos los interesados.

La existencia de partes múltiples no altera la unidad del proceso, ni de la instancia, que es insusceptible de fraccionarse con base en el número de sujetos que actúan en una misma posición de parte, ya sea como actores o demandados. Por tanto, dado que la instancia es indivisible, la caducidad corre, se suspende o se interrumpe para todas ellas. En consecuencia la actividad desplegada por cualquiera de los sujetos interrumpe la caducidad respecto de los demás.

El temperamento se aplica conforme el artículo 312 del CPCC, pero la cuestión no es tan simple. Un sector de la doctrina sostiene que el principio de unidad de la instancia, acuerda virtualidad interruptiva al acto de cualquier litisconsorte, porque se trata de un caso de acumulación objetiva de pretensiones, donde el urgimiento de uno beneficia al que está en su misma situación.

> Para validar este criterio, la Corte Nacional aplica la guía del principio de igualdad, y señala que los actos interruptivos realizados por un litisconsorte activo o pasivo mantienen la actividad procesal e impiden, en consecuencia, su caducidad, sea que favorezcan o perjudiquen a los demás, puesto que suponer lo contrario implicaría violar el principio de igualdad entre las partes; hay una suerte de solidaridad procesal que, una vez establecida, no se puede romper.[1390]

1390. Cfr. Loutayf Ranea, Roberto G. y Ovejero López, Julio, *Caducidad de la instancia*, Buenos Aires, Astrea, 2005 (2ª ed.), p. 240.

En cambio, otros sostienen que este beneficio no siempre es aplicable, porque debe analizarse el tipo de litisconsorcio.

En efecto, para resolver conforme a la ley se debe considerar que los actos que aprovechan a cada uno de los demandados benefician o perjudican al resto cuando el litisconsorcio es necesario a diferencia de lo que acontece cuando es facultativo. Cuando se está ante un *litisconsorcio pasivo voluntario*, en el que cada demandado mantiene su individualidad jurídica, corresponde declarar la caducidad de instancia ante la falta de actos impulsorios respecto de algunos de ellos por el término legal.

Distinta es la cuestión cuando se está ante un un *litisconsorcio facultativo*, donde cada sujeto tiene autonomía de conducta, de modo que allí es improcedente el acuse de caducidad de instancia contra todos cuando uno de ellos tiene excusa de actividad suficiente.

Pero cuando se habla de "purga" de la caducidad, es necesario hacer la distinción. Si el litisconsorcio pasivo es voluntario, el consentimiento efectuado por uno de los litisconsortes no puede perjudicar o impedir el ejercicio de la facultad de los otros litisconsortes de denunciar la caducidad. Pero si el litisconsorcio pasivo es necesario, la caducidad declarada respecto a uno de los litisconsortes, necesariamente debe extenderse a todos los demás, aún mediando purga de parte de alguno de ellos. El fundamento de tal distinción, radica en la naturaleza misma del litisconsorcio pasivo necesario.

Al respecto, cabe recordar que

> … el litisconsorcio necesario se configura cuando la eficacia de la sentencia se encuentra subordinada a la circunstancia de que la pretensión procesal sea propuesta por varias personas o frente a varias personas o simultáneamente, en virtud de la inescindibilidad de la relación jurídica sustancial. Esa situación se configura no solo cuando la ley expresamente lo prevé, sino también cuando se halla determinada por la misma naturaleza de la relación o situación jurídica controvertida.[1391]

El juez no puede ser constreñido, aunque sea en el ámbito de la pretensión deducida, a dictar una sentencia que es de cumplimiento imposible, a causa de la defectuosa composición del proceso, en el cual la demanda o citación no alcanzó a todos los legitimados pasivos,

1391. Palacio, Lino, "Los procesos con pluralidad de partes", en *Revista Jus*, N° 2, 1962, p. 54, punto II. 1.

porque se trata de examinar una de las condiciones de la pretensión[1392] y ella surja manifiesta de los elementos de juicio aportados al proceso.

> A mayor abundamiento, la figura del litisconsorcio necesario está unida al derecho constitucional de la defensa en juicio; debe escucharse a toda persona a quien puede afectar la decisión; no oírla sería inconstitucional. Bajo este aspecto, la jurisprudencia ha resuelto: La verificación de la proponibilidad subjetiva que debe ostentar toda pretensión, es decir, de la presencia actual o eventual en el proceso de todos aquellos sujetos imprescindibles para el logro de una sentencia válida, debe efectuarse por el juez no solo a pedido de parte, sino también de oficio.[1393]

De acuerdo a lo expuesto, siendo imprescindible contar con todos los legitimados pasivos para el dictado de una sentencia válida, es de toda lógica que si el proceso termina por caducidad para uno de ellos, termine del mismo modo para todos los demás.

291. Improcedencia de la caducidad

El artículo 313 del CPCC establece:

No se producirá la caducidad:

1. En los procedimientos de ejecución de sentencia, salvo si se tratare de incidentes que no guardaren relación estricta con la ejecución procesal forzada propiamente dicha.
2. En los procesos sucesorios y, en general, en los voluntarios, salvo en los incidentes y juicios incidentales que en ellos se suscitaren.
3. Cuando los procesos estuvieren pendientes de alguna resolución y la demora en dictarla fuere imputable al tribunal, o la prosecución del trámite dependiere de una actividad que este Código o las reglamentaciones de superintendencia imponen al secretario o al oficial primero.
4. Si se hubiere llamado autos para sentencia, salvo si se dispusiere prueba de oficio, cuando su producción dependiere de la actividad de las partes, la carga de impulsar el procedimiento existirá desde el momento en que éstas tomaren conocimiento de las medidas ordenadas.

La norma resume en cuatro incisos, modalidades donde la caducidad de la instancia no opera, en lo que puede considerarse una mera

1392. Carli, Carlo, *La demanda civil*, La Plata, Lex, 1973, p. 132.

1393. CNFed. Contenciosoadministrativo, Sala IV, "Impsat c. Ministerio de Economía", 12/12/1995, LL 1998-A, 255.

enunciación de alternativas del proceso pero que de ningún modo se toman como situaciones únicas y exclusivas.

El inciso 1 está referido a la perención de la instancia principal del juicio que ha concluido con sentencia firme, cualquiera sea la demora en la ejecución; pero no alude a la que sí puede operar en los incidentes que se susciten en el trámite, ni a la caducidad de la segunda instancia respecto de las apelaciones que se hubieran deducido.

Por eso, la circunstancia de que se trate de un incidente que corresponda a la etapa de ejecución de sentencia no impide la caducidad de la segunda instancia, pues el efecto de esta solo es el de dejar firme lo resuelto por el juez, por cuya razón es inaplicable lo dispuesto en esta disposición comentada.

El único requisito para que no se dicte caducidad de instancia alguna en los procesos de ejecución forzada es que la sentencia se haya notificado a todas las partes; se encuentre firme y consentida.

> Cabe agregar que, es aplicable por analogía al incidente de concurso especial, el art. 313 que comentamos, en cuanto excluye de las normas sobre caducidad de instancia a los procesos de ejecución de sentencia. En este sentido se afirma que, si bien no existe norma concreta que excluya al concurso especial de las normas sobre caducidad, es por analogía aplicable el art. 313 inc. 1 –que excluye de dichas normas a los procedimientos de ejecución de sentencia–, toda vez que la declaración firme de verificación del crédito y el decreto que dispone la subasta del inmueble agotan la etapa informativa.[1394] También, a título de ejemplo, los acuerdos celebrados en mediación están fuera del marco, porque resulta improcedente decretar la caducidad de la instancia de la ejecución de un acuerdo de mediación, toda vez que el mismo es ejecutable con sujeción a las normas previstas para la ejecución de sentencia, la que no es susceptible de perención en virtud de lo establecido en el art. 313 inc. 1º.[1395]

En los procesos sin controversia (inciso 2) no trabaja la caducidad de la instancia, pues está pensada para disuadir a las partes a llegar con rapidez a la sentencia que debe dirimir conflictos entre partes. Esta idea trabaja con el presupuesto de que en los juicios voluntarios no hay litigio, propiamente dicho.

1394. CNCom, Sala A, "La Fortuna Cía. de Seguros s/conc. esp. por: Ferdonia S. A.", 28/04/2000, LL 2001-B, 878.

1395. CNCom., Sala A "BBVA Banco Francés c. Daubert, Juan C.", DJ, 10/06/2002,- DJ, 2002-2, 1029.

Sin embargo, en otra dirección están los que apuntan más a la noción de instancia, donde el problema del conflicto en sí no es tan importante. Para estos últimos, donde nos ubicamos, también en los procesos voluntarios debe aplicarse la perención.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación dirime cuando afirma que la circunstancia de que se trate de un juicio voluntario susceptible de ser iniciado nuevamente no impide declarar la caducidad de la instancia en tanto no se encuentra invalidada la obligación, propia de la parte interesada, de adoptar las medidas necesarias tendientes a activar el procedimiento para evitar las consecuencias de su inactividad, pues ellas resultan un medio idóneo para determinar la presunción de interés en la acción que se promueve.[1396]

El tercer inciso se refiere al impedimento de declarar la perención de la instancia cuando el impulso del proceso está en manos del tribunal o sus funcionarios, donde hay temperamentos distintos según se entienda que la carga que se impone al secretario o al prosecretario administrativo del juzgado no libera al litigante de la obligación de activar la instancia, o de quienes creen que la obligación de vigilancia es constante y constituye un deber del oficio.

La idea general es que la actividad del tribunal debe ser clara y reglamentada de manera expresa. Por tanto, cuando la situación no sea de este carácter, la excepción no opera.

Nosotros pensamos que la perención no se produce cuando la prosecución del trámite depende de una actividad que el Código Procesal o las reglamentaciones de superintendencia imponen al secretario o prosecretario administrativo, salvo que los autos no estén en condiciones de elevación al suscitarse cuestiones que releven a los nombrados funcionarios de tal obligación, caso en el cual el impulso vuelve a las partes.

292. Alcance de la perención

La caducidad de la instancia supone cancelar la posibilidad de continuar el proceso para todos quienes en el mismo hayan participado. Los efectos de la perención no reconocen excepciones, salvo la que refiere a incapaces o ausentes que no tengan representación legal.

1396. CSJN, Fallos: 330:219.

De este modo, el finiquito de las actuaciones no solo alcanza a quienes son parte en el litigio sino también a los terceros interesados en el resultado del juicio, pues la norma comentada no tiene carácter limitativo.

El código quiere dejar claramente establecido que la caducidad de la instancia es un beneficio que obtiene quien denuncia la negligencia de la parte contraria, siempre que entre ellas exista la calidad de parte en sentido procesal. Cada situación prevista resuelve el conflicto que el acto procesal suscita, por tanto, el demandado denuncia la incuria del actor; el contrario tiene legitimación en el incidente promovido, y el recurrido respecto al recurso que se plantea contra una decisión que lo satisface.

El acuse de caducidad se plantea con sustanciación, exigiendo en quien lo pida que no haya dejado consentir actos de impulso del tribunal o de la parte que fueran posteriores al vencimiento del plazo legal. En consecuencia, quien interprete que se han cumplido los tiempos de vigencia de la instancia sin impulsos subsiguientes podrá demandar al juez que declare operada la perención.

Del pedido se corre traslado a la parte contraria, sin que el juez realice un análisis previo de la admisión formal, pues aunque existan o no actos de convalidación o consentimiento que purguen la instancia, ello solamente se resuelve tras la sustanciación y una vez que el expediente queda en condiciones de dictar sentencia.

Cabe agregar que, para no caer en la doctrina de los actos propios, quien interpone un recurso de apelación y luego solicita la caducidad de la segunda instancia, dicho acto importa tenerlo por desistido de la impugnación en caso que la perención se decrete.

293. La caducidad de la instancia declarada de oficio

La caducidad de instancia de pleno derecho se produce cuando, sin petición de parte, ni actividad necesaria que declare cumplido el plazo legal, se tiene operado el tiempo preclusivo y fatal que determina la terminación anormal del proceso. Este sistema, denominado automático u *ope legis*, significa que la perención se produce por el simple transcurso de los plazos legales.

No es el mecanismo que el código procesal articula, pues combina la producción automática de las consecuencias previstas con la decla-

ración judicial que verifique el cumplimiento de los tiempos, como la inexistencia de actos que remedien o purguen la instancia.

Vale decir que deben coexistir tres requisitos:

a. que se trate de proceso donde proceda la perención;
b. que hayan transcurrido los plazos legales; y
c. que se verifique la ausencia de actos de impulso.

La declaración "de oficio" de la perención se concreta sin petición de parte, y por ello no existe sustanciación. Lo cual no quiere decir que sea un deber del tribunal, porque la actividad de "comprobación" puede tomarse como facultativa en atención al principio dispositivo que prima en el proceso.

El problema que plantean los arts. 315 y 316 del ordenamiento ritual se vincula con la actividad útil desarrollada después de cumplidos los plazos que la caducidad de instancia señala, en la medida que nuestro sistema procesal admite el saneamiento o redención de las consecuencias que importa declarar extinguido el proceso por la inactividad de las partes; lo que se contrapone con otros dispositivos previstos que actúan asignando a los plazos y términos efectos preclusivos y fatales (*v. gr.* la justificación de la personería con posterioridad al vencimiento del art. 48, no purga ni convalida la nulidad que en él se establece).

> Se ha dicho que corresponde declarar de oficio la caducidad de la instancia en la queja si transcurrió en exceso el plazo previsto por el art. 310, inc. 2° del Código Procesal sin que el recurrente impulsara el procedimiento –en el caso, aquél no cumplió con los recaudos procesales exigidos por la Corte según el art. 285 del Código citado– o interrumpiera el curso de la perención.[1397]
>
> En cambio, el plazo de caducidad de instancia se suspende cuando por causas independientes de la voluntad de las partes, éstas se encuentran en la imposibilidad jurídica absoluta de formular peticiones tendientes a activar la marcha del proceso, o relativa, derivado de contingencias que hacen que la instancia no pueda ser proseguida.[1398]

La necesidad de declaración judicial que consagre la terminación de proceso por caducidad de la instancia deja claramente establecido dos efectos consecuentes:

1397. CSJN, Fallos: 323:433.

1398. CNFed. Contencioso administrativo, Sala I, "Gutman, Doris P. y otros c. Ministerio de Trabajo y Seg. Social y/u otros", 10/02/2000, LL 2000-E, 929, J. Agrup., caso 15.315.

a. que la perención de la instancia no opera automáticamente, y
b. que el juez, a pesar de estar cumplidos los tiempos legales, puede autorizar la continuidad del proceso si se han realizado actos de impulso.

El acuse de caducidad se tiene que formalizar por la parte antes de consentir la actuación del *tribunal* y siempre en forma posterior al vencimiento del plazo legal; pero cuando la perención se resuelve *de oficio* debe controlarse la inactividad bilateral, porque el impulso de cualquiera de las partes convalidaría la contiunuidad del proceso.

294. Efectos de la perención decretada

La caducidad operada en primera o única instancia no extingue la acción, la que podrá ejercitarse en un nuevo juicio; mas ello no autoriza de ningún modo a que el nuevo proceso se inicie ante el mismo juzgado y secretaría donde tramitó el anterior declarado caduco, al no concurrir ningún supuesto de conexidad o *perpetuatio jurisdictionis* que justifique tal desplazamiento ni norma procesal que así lo autorice pues se ha producido la extinción de aquel.

Siguiendo este criterio, decretada la caducidad de la instancia, la nueva acción que se deduzca deberá presentarse en la oficina de adjudicaciones con todos los recaudos necesarios y abonar la tasa judicial que corresponda. Ello sin perjuicio de hacer valer las constancias probatorias del anterior en el futuro proceso.

La perención dispuesta anula las actuaciones cumplidas, pero sin destruir el valor intrínseco de la prueba producida, ya que ella alcanza a los procedimientos en sí, pero no a los elementos de juicio documentales y constancias probatorias. El antecedente tiene significación para decidir acerca del valor de la prueba producida en el proceso anulado.

Cuando se resuelve en segunda instancia, una vez que la resolución queda firme, la cosa juzgada se extiende a las providencias que hubieran sido motivo del recurso.

SECCIÓN 4ª
FORMAS ALTERNATIVAS DE RESOLVER CONTROVERSIAS

Capítulo XXXIX
Proceso y procedimientos alternativos

295. Formas alternativas al proceso para resolver conflictos

El proceso es el género desde el cual parten directivas a título de garantías, principios y reglas que dan seguridad a los justiciables sobre el método que el Estado dispone para resolver las controversias entre partes.

La idea de un tercero que actúe con independencia de los demás poderes, y con imparcialidad respecto de las partes, también se encuentra en otros mecanismos de solución de conflictos, los que suelen denominarse métodos pacíficos como oposición a la lucha que supone un litigio judicial.

La historia indica que las primeras formas asumidas para la resolución de conflictos entre hombres fueron producto de sus propias decisiones. Ya porque aplicaban la ley del más fuerte, o bien, porque convenían una pauta de acercamiento que evitaba profundizar la crisis. En ambos casos se partía del enfrentamiento individual, no existían terceros involucrados, y si eventualmente estaban, en realidad compartían el interés de uno de los contradictores.

La misma "Ley del Talión" fue un avance en estas prácticas, al impedir que solo la fuerza brutal fuera la causa de la justicia, logrando una satisfacción equivalente al perjuicio sufrido, aun cuando sea cierto que permanecía la idea de utilizar la bestialidad como vía generadora de pacificaciones.

La organización de la familia trajo consigo una inteligencia diferente. La armonía de la convivencia, la interrelación y los afectos, permitieron valorar adecuadamente la conveniencia de implementar una sociedad sin perturbaciones.

De esta manera, el patriarca con sus consejos; el culto a la sabiduría de la ancianidad; el respeto por el padre o cabeza de familia; la misma

relación parental y los vínculos provenientes de la amistad, sugirieron nuevas formas de conciliación y avenimiento, pues cada uno en su ocasión y destino, procuraba no afectar la pacífica vida en comunión.

Pero si la paz y concordia no podía obtenerse, era natural que la causa o motivo de la contienda fuera sometido al juicio de un tercero que, según su leal saber y entender, perseguía resolver la diferencia.

Estas formas de justicia obraron sobre el presupuesto de la confianza hacia un hombre recto y honesto, cuya prudencia y sabiduría fundaba el sometimiento voluntario de las partes. La autoridad era exclusivamente moral, circunstancia difícil de conseguir cuando la sociedad fue desarrollándose en centros aislados que impedía la uniformidad de conceptos.

Este ha sido el origen de institutos como el arbitraje, la mediación y los conciliadores, sin olvidar otros carriles de igual motivación descongestiva como son los incentivos económicos (arreglos que se propician entre las partes con el riesgo de asumir grandes costos procesales si fuesen rechazados para obtener un resultado similar en sede judicial), o las quejas planteadas ante organismos institucionalizados que asumen la defensa del interés (*v. gr. ombudsman*).

Lo común es que estas alternativas jueguen indiferentes al proceso judicial, es decir, son remedios de soslayo, tienden a evitar el curso de las solemnidades procesales. Aparecen así formas como la mediación, la conciliación y el arbitraje, aunque entre ellos, llevando la misma intención, no son lo mismo.

Mediar es interceder o rogar por alguien; también significa interponerse entre dos o más que riñen, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad. La figura se aproxima a la conciliación, pero difiere en la metodología que implementa, lo cual no obsta a que, muchas veces, suelen confundirse ambos sistemas de resolución de disputas.

Cuando se sostiene que estructuralmente son idénticos, en realidad no se quiere decir que tengan el mismo objeto. En los hechos, la idea soporta para sendas figuras la finalidad de pacificación social sin que exista en el resultado sesgo alguno de victoria personal para alguna parte. Precisamente, el acuerdo, la concertación amistosa, el encuentro entre extremos distantes, son posibilidades de reflexión que alcanzan un término medio conforme, donde ambos contendientes se muestran satisfechos.

Esta búsqueda por respuestas equidistantes y equilibradas en las que no existan culpables ni derechos sacrificados tiene origen en la más antigua formación de los estamentos sociales. Desde la organización familiar, atravesando los clanes, los predominios tribales, la autoridad del señor feudal, y demás representantes de una personalidad moral influyente, muestran cómo fue evolucionando la armonía de la sociedad y cómo se valoraba la conveniencia de vivir en una comuna sin graves perturbaciones.

Algunos señalan como formas de mediación los procedimientos del popular "Tribunal de Aguas de Valencia",[1399] además de ingentes variedades tomadas de la conciliación extrajudicial.

1399. El Tribunal de Aguas de Valencia es un organismo jurisdiccional muy particular que toma su prestigio de contingentes diversos, como la celeridad, inmediación, facilidad y popularidad con que decide y finiquita pleitos entre comuneros. Este Tribunal no es tan solo un cuerpo con jurisdicción, sino que también le compete el buen gobierno y policía de las aguas de la Vega de Valencia, actuando cuan si fuera justicia administrativa o de menor cuantía. Las ocho comunidades de las ocho acequias que constituyen el territorio para su competencia, son las propietarias de las acequias madres o mayores, medianas y pequeñas que conducen el agua pública para su uso, y de las franjas de terreno ocupadas por las acequias, cajeros, pasos y puentes. No es un tribunal de escabinos, ni un jurado popular; se trata de un conjunto de jueces designados en elección de comuneros que pueden ser o no juristas, y de acuerdo a ello establecer la duración y permanencia en sus cargos. El mecanismo funciona hace varios siglos bajo la puerta de los Apóstoles del ala central de la Catedral de Valencia, en su parte exterior, bajo su arco gótico –esto es, en plena vía pública–. Explica Fairén Guillén que: "... Allí se constituye el tribunal como tal, todos los jueves del año, a las doce en punto de la mañana. En dicho lugar, y hacia la izquierda de la puerta mirando a la Catedral, se coloca el jueves por la mañana, una verja articulada de 1.20 m de altura, que adopta una forma semicircular, la cual separa al tribunal, a las partes del público; con una puertecilla de acceso la cual permite la entrada y salida de aquéllos y del alguacil. En el espacio interior del semicírculo formado por tal verja, y a la parte izquierda del Pórtico de los Apóstoles, se colocan ocho sillones frailunos, de cuero, en cuyos respectivos respaldos campea el nombre de cada una de las ocho acequias cuyos síndicos integran la Corte. Los Síndicos visten todos ellos el clásico blusón negro de los labradores valencianos –que hoy día ya van cayendo en desuso en la huerta–, y lo mismo los guardas. El alguacil, blusón negro, gorra de plato galoneada y portando una especie de chuzo o bichero –'el gancho'– rematado por dos hojas de bronce, una recta y otra curva, símbolo de la autoridad del tribunal. La audiencia comienza bajo la tutela del presidente a quien se trata de 'señoría'; este concede la palabra al denunciante para que exponga los hechos, los que escucha el tribunal y los síndicos (representantes de las comunas interesadas que no tienen voz ni voto); luego toma intervención el denunciado exponiendo su defensa. El director del debate dirige las preguntas pertinentes y evita que las partes crucen la palabra entre ellas, a menos que admita un verdadero interrogatorio cruzado con su propia intervención; mas cualquier muestra de desacato al tribunal –*v. gr.* al tomar la

Lo cierto es que la mediación y las demás alternativas al procedimiento judicial se convierten actualmente en sistemas posibles que exceden la simple descongestión de los tribunales. Por eso, varias legislaciones prefieren instalar estos métodos como una etapa previa al proceso jurisdiccional.

296. Diferencias en las técnicas de solución

Cada sistema alternativo al proceso clásico tiene una técnica diferente. La mediación se ha convertido en un dispositivo preferente por la sencillez del trámite y la preparación de los expertos que trabajan el conflicto.

Con la conciliación se aproxima bastante cuando ésta es extrajudicial, pero se distancia cuando se aplica como etapa del proceso común. Se parecen al estar ambas despojadas del marco litigioso que enfrentan pretensiones interesadas. De todos modos es suficiente ver que las actitudes son diferentes; mientras la conciliación arrima posiciones desde la perspectiva del objeto a decidir; la mediación acerca la comunicación entre las partes, no se detiene en el contenido del problema –aun cuando lo lleva en su destino– sino en conducir un proceso de interpretación sobre las verdaderas necesidades e intereses de los sujetos en conflicto.

En cambio, con la conciliación procesal (*intra* procesal o *extra* procesal) las distancias son elocuentes. Esta persigue pacificar los

palabra interrumpiendo a la otra parte– puede acarrear una multa a satisfacer al final del juicio –una especie de 'contempt of court'–" ("El proceso ante el Tribunal de Aguas de Valencia", en *Estudios en homenaje a Alcalá Zamora y Castillo*, Volumen 1, UNAM, México, 1978, p. 299). La sentencia se elabora y declara ante el público en forma inmediata, donde se advierte claramente la discusión previa entre los integrantes del Tribunal quienen deliberan a modo de "cuchicheo" (hablar en tono muy bajo, secretamente). Casi todas las decisiones emitidas refieren a condenas pecuniarias o en obligaciones de hacer, más las costas emergentes. La ejecución se consigue en dos vías; o de manera directa a través del corte del suministro de agua hasta que se elimine la renuencia; o deduciendo demanda ejecutiva (apremio, propiamente dicho) en sede administrativa. Como se advierte en el detalle del procedimiento, no es efectivamente actuación en mediación la que elabora el Tribunal mencionado, pero obra en la dimensión de la confianza pública y por la autoridad moral que le pertenece intrínsecamente. Esa confianza depositada por el fervor popular, y en definitiva, por los mismos interesados en resolver una disputa de intereses, resulta la base para tomarla como un antecedente lejano de la mediación.

intereses litigiosos; su marco es el *thema decidendum* propuesto en la demanda y su contestación; hay un hálito de contienda que subsiste y pervive por sobre la eficacia posible del acto; además suele instalarse obligatoriamente (o no) como etapa del proceso, lo cual condiciona su flexibilidad y oportunidad; sin perjuicio de advertir que su eficacia depende en grado sumo de las personas que dirijan el debate.

La mediación no está en la órbita de estos condicionamientos. Parte del principio de voluntariedad para el modismo y sigue todo su curso atendiendo la manifestación de deseos liminar; el mediador no es absolutamente neutral, o al menos, lo es desde una perspectiva singular.

En esta corriente, el resultado es lo que menos interesa por estar elevado el sentido humanista del encuentro que pretende quebrar rigideces para acercar puntos de reflexión coincidentes. Por eso es correcto ver al mediador como un negociador espiritual que busca despejar la crisis presente entre las partes.

> Del *arbitraje* se diferencia por las metodologías implementadas en ambas; mientras la primera respeta el sentido de la disputa para resolver en equidistancia y justicia; la otra no sigue el sistema adversarial, es más, lo repudia. El arbitraje suele ser solemne y ritualista en su armado, tiene mucha proximidad con el proceso común, al punto que entre laudo y sentencia existe grandes pareceres. También las etapas anteriores, como el acuerdo, la cláusula compromisoria, el debate probatorio y eventuales alegaciones insertas antes de la emisión del laudo, demuestran la similitud con el desempeño de jueces ordinarios.

La mediación tiene un sentido más cooperativo, no existen fórmulas para su implementación, ni formalismos que esterilicen su procedencia. El mediador, como antes dijimos, no busca respuestas que resuelvan el objeto en conflicto, sino el acercamiento de las partes hacia disposiciones libre y voluntariamente concertadas que morigeren sus diferencias previas. La idea es eliminar en el enfrentamiento el pensamiento de que el otro es un adversario a derrotar; se trata de considerarlo como alguien con quien han de encontrarse coincidencias pues con él se debe continuar la relación y convivencia social.

> Donde radican mayores diferencias es con el *proceso judicial*. En efecto, la litis mantiene aquella performance de lucha donde quien obtiene sentencia favorable, más que razón tiene victoria, como si el litigio fuese un campo de batalla. El juez, más allá de las facultades y deberes que se potencian

> en los nuevos códigos adjetivos, persisten con sus actitudes pasivas; son decisores a la hora de dictar sentencia, y recién allí conocen la médula del conflicto; a veces, tan siquiera saben quiénes son las partes porque, quizás jamás lleguen a verlas. El juez es un tercero imparcial e independiente, y llega a tal extremo el principio que suele confundirse con la absoluta distancia respecto al problema a sentenciar. Su pronunciamiento tiene por tanto la insípida decisión del neutral desinteresado, que mal que nos pese, porta más de ficción actuada que de realismo jurídico, en suma, la dura constatación de que los jueces son fugitivos de la realidad.

En cambio, el mediador tiene habilidades particulares que no se relacionan necesariamente con el conocimiento jurídico. Su sabiduría es técnica; él sabe cómo aproximarse al conflicto, su destreza y aptitudes le facilitan con gran entrenamiento alcanzar el encuentro entre puntos críticos de confrontación entre las partes.

El mediador no resuelve, solamente sugiere caminos, alternativas. Tampoco asesora, ni dictamina, es únicamente un tercero que intercede entre los contradictores para ayudarlos a encontrar un acuerdo mutuamente satisfactorio.

Se precisa el concepto agregando que

> … en la mediación son las partes quienes intervienen en el proceso negociando según sus propios intereses y no delegando el control en un tercero. El proceso judicial, en cambio, es un debate entre abogados que exige conocimientos jurídicos, donde los interesados quedan excluidos y en el cual, finalmente, un tercero toma la decisión que es obligatoria para ellas. No se busca la cooperación ni la comprensión del problema por parte de otro, ya que las partes son contendientes, y el objetivo es convencer al tercero que decide de que uno solo de ellos tiene razón.[1400]

Estas singularidades adicionan un consecuente inmediato. Mientras el proceso ordinario sostiene sus decisiones en la aplicación del derecho positivo o judicial; la mediación reconoce la fuerza de voluntades comunes; es un trato de buena fe que las partes admiten como mejor camino para una síntesis final.

Este rumbo hacia un proceso sin conflictos permite sugerir la conveniencia de instaurar un camino nuevo para la solución a eventuales desencuentros entre los miembros de una sociedad. No se

1400. Tapia, Graciela y Greco, Silvana, "Herramientas para la mediación. Secuencia comunicacional" en *Revista Libra*, Buenos Aires, Fundación Libra, 1992, N° 1, p. 14.

trata de que "todos" sepan que el conflicto existe, como ocurre en el principio de publicidad que consagra el Derecho Procesal tendiente a elevar el dicho de la "justicia de cara al pueblo"; sino de ofrecer confidencia y reserva, para obtener en la intimidad necesaria un hallazgo común de coincidencias.

Finalmente, sostiene Entelman:

> ... la mediación tiene una riqueza de posibilidades creativas de la que carece la intervención judicial y arbitral. El mediador puede llevar al seno del conflicto más y mejor información. No solo información genérica sobre la naturaleza de la relación conflictual y las consecuencias de cada una de las conductas de las partes. Puede llevar a estas más información sobre el verdadero contenido de sus objetivos. Puede darles mayores conocimientos específicos sobre el conflicto concreto y puede, por ende, en sus diálogos independientes o conjuntos con ellas, conducirlas hacia un cambio de percepción, condición indispensable para un cambio del contenido de las pretensiones, es decir, para un cambio de objetivos que permita una resolución de naturaleza ganador-ganador.[1401]

En síntesis, las ventajas que reporta el sistema se encuentran condensadas en los puntos siguientes: a) es amistosa para las partes y utiliza un lenguaje sencillo; b) es flexible, gracias a su relativa formalidad, de modo tal que permite adecuarlas a las circunstancias y a las personas; c) mantiene relaciones en lugar de destruirlas; d) permite encontrar soluciones basadas en el sentido común. Si no logra un acuerdo, al menos posibilita poner de manifiesto la situación creada y la posición de la otra parte; e) produce acuerdos creativos. La mediación cambia las reglas del juego. El mediador conjuntamente con las partes trabajan para generar todas las opciones posibles para solucionar el conflicto buscando arreglos; f) las partes pueden mantener el control de sus intereses y de los procedimientos durante todo el tiempo que dure la mediación; g) comparativamente con el proceso judicial, es reducida en sus costos; h) de igual manera, es reducida en el tiempo.[1402]

1401. Entelman, Remo, "Intervención de terceros y mediación", en *Revista Libra*, Buenos Aires, Nº 1, Fundación Libra, 1992, p. 37.

1402. Wilde, Zulema y Gaibrois, Luis Mauricio, *¿Qué es la mediación?*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 1994, pp. 31-32.

297. La mediación

A través de la mediación se persigue incorporar la denominada justicia coexistencial, donde el tercero actúa "acompañando" a las partes en el conflicto, orientando y aconsejando la búsqueda racional de respuestas para superar la crisis.

No existe diversidad antagónica de pareceres enfrentados, como ocurre con el modelo judicial que ve a los litigantes como rivales; se trata de establecer un criterio de equidad social distributiva, como dice Cappelletti, donde lo más importante es mantener situaciones duraderas entre individuos y grupos, en lugar de zanjar una solución aislada, con rígidas aplicaciones jurídicas de razón y sinrazón.[1403]

Justicia participativa, conforme un nuevo modelo de orquestación para ofrecer alternativas válidas a los conflictos entre los hombres. ¿Es un cambio de cultura? creemos que sí, porque requiere de una gran tarea de difusión y demostración de las bondades del modelo, que el tiempo ha producido con hechos y transferido con resultados.

Hay en todo el sistema una estructura fácil de procedimiento, que disuade los formalismos priorizando la comunicación libre entre pensamientos encontrados; esa actitud de apertura mental tiende a descubrir la visión productiva del conflicto.[1404]

En este contexto tan singular, donde la crisis se atenúa ante el aflojamiento de las tensiones habituales que representa el litigio judicial, encuentra en los abogados otro enfoque y objetivos en la misión mediadora.

Señala Berizonce que

> … el profesional de derecho tiene en las actuales circunstancias la difícil tarea de replantearse sus tradicionales formas de laborar; "debe" procurar componer el conflicto antes de pleitear; ha de perseguir la composición conciliadora; "habrá que dejar de lado actitudes formulísticas, tanto como acostumbrarse a deponer antagonismos estériles y posturas confrontativas inútiles; concentrar los objetivos en la búsqueda y sugerencia de solu-

1403. Cappelletti, Mauro, "Acceso a la justicia como programa de reformas y como método de pensamiento", en *Revista del Colegio de Abogados de La Plata*, La Plata, 1981, N° 41, p. 165; Cfr. Berizonce, Robertom, "El abogado negociador", comunicación presentada al XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santiago del Estero, 1993.

1404. Highton, Elena, "Carta de ciudadanía para la mediación", en *Revista Libra*, Buenos Aires, N° 1, 1992, p. 19.

> ciones concretas, razonables y generalmente, de transacción, negociadas. Lo que no implica renunciar o defraudar la defensa de los intereses confiados, ni propiciar la abdicación de los derechos legítimos, sino propugnar desde la parcialidad que representa, formas diferentes, adecuadas, justas y realísticas para los específicos y calificados conflictos que toleran encausamiento por las vías que nos ocupan. No como el partícipe complicado en una justicia minorada, sino en todo caso, como el operador indispensable de un método específico y diferenciado de solución de controversias.[1405]

La mediación incorpora otro elemento objetivo para la solución del conflicto. Se trata de ejercer una tarea de saneamiento independiente en los intereses de cada parte. Es decir, la clásica postura enfrentada del proceso judicial se abandona por una metodología distinta donde el mediador se reúne con las partes, por separado, o con ambas a la vez, para ayudarlos a obtener un acuerdo.[1406]

La flexibilidad de sus métodos permite no atrapar su fisonomía en un dibujo idéntico, pues la materia sobre la que trabaje le indicará las respectivas conveniencias del obrar.

297.1 El procedimiento de mediación

Queda en claro que el rol del mediador consiste en acercar a las partes y no en resolver el conflicto cuan si fuera un juez que sobre ellas dispone el derecho aplicable. El mediador trabaja para ayudar a que los eventuales contendientes descubran los verdaderos temas involucrados en la disputa y las resuelvan por sí mismas.

El informalismo circundante determina que solo se tengan en cuenta algunos pocos principios de organización y administración, sin que ninguno de ellos importe constituir un procedimiento determinado.

Las características salientes de la institución provienen, esencialmente, de la libre decisión de las partes para someter su crisis a la sabiduría de un mediador. Esta asignación no delega derecho alguno, el que en definitiva, los mismos interesados resuelven. Por eso, tal como fue anticipado, el rol del mediador se limita a proponer a las partes soluciones

1405. Berizonce, Roberto, *Derecho Procesal Civil Actual*, Buenos Aires, Platense - Abeledo Perrot, 1999, p. 699 y ss.

1406. Lerer, Silvio, *Los nuevos métodos de solución de conflictos. Los A.D.R. ¿Privatización o mejoramiento de la justicia?*, LL 1994-A, p. 893 y ss.

posibles, quedando en poder de las mismas la decisión final. El mediador no resuelve el pleito, sino que coadyuva a que las partes lo hagan.

La informalidad es otra particularidad, sin perjuicio de algunas modalidades pactadas de común acuerdo, o establecidas legalmente (*v. gr.* plazos y términos, patrocinio letrado, etc.).

La confidencialidad estricta tiene muchas finalidades. Persigue en algún caso que las partes conserven el manejo de la situación crítica sin que ella rebase los límites que los mismos interesados disponen. De esta forma, el mediador colabora únicamente porque son los contendores quienes dominan el centro de gravedad del conflicto.

En otras, el secreto de las actuaciones responde en aras de no entorpecer la independencia judicial.

Ha dicho Gladys Alvarez que

> ... la confidencialidad es una nota definitoria de la mediación y en nada afecta esta característica al órgano jurisdiccional ni a su investidura. Cuando al juez se le pide la homologación de un acuerdo celebrado por los interesados no es de práctica que se indague en los motivos por los cuales se arribó al mismo ni en las conversaciones habidas entre las partes. Es un derecho de ellas realizar convenios y si han pactado la confidencialidad ésta debe ser respetada.[1407]

Pareciera ser este uno de los puntos cruciales de la cuestión, pues el secreto de los mediadores fastidia o contrapone la supremacía jurisdiccional. Sin embargo, ni una cosa ni la otra; la confidencia o secreto no agrede la investidura judicial, solamente evita que alguna de las partes pretenda obtener pequeñas ventajas tomadas del acercamiento previo.

Resulta importante sostener esta reserva en poder de los mediadores, el cual, inclusive, se concreta en el acuerdo de confidencialidad que las partes suscriben, como una especie de pacto tendiente a evitar que una de las partes aproveche en el proceso las confidencias logradas en las audiencias previas.

No obstante, como el mediador tiene deberes públicos que proteger y cumplir, podría ser relevado de guardar el secreto cuando tome conocimiento de la existencia de violencia contra un menor, violación

1407. Su voto en el Acuerdo del día 14/10/93 al considerar la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil de Capital Federal la solicitud del Poder Ejecutivo Nacional de poner en marcha la implementación del Plan de mediación dispuesto por el Decreto N° 1480/92.

o estado de peligro de él, o de la tentativa o comisión de un delito que dé lugar a la acción pública.

Por su parte, el art. 11 de la Ley N° 24573 que fue la primera ley específica, actualmente modificada, estableció que

> Las actuaciones serán confidenciales. El mediador tendrá amplia libertad para sesionar con las partes, pudiéndolo efectuar en forma conjunta o por separado, cuidando de no favorecer, con su conducta, a una de ellas y de no violar el deber de confidencialidad.
> A las mencionadas sesiones deberán concurrir las partes personalmente, y no podrán hacerlo por apoderado, exceptuándose a las personas jurídicas y a los domiciliados en extraña jurisdicción de acuerdo a lo que se establezca en la reglamentación.[1408]

La técnica que aplica el mediador descubre las bondades del sistema. En efecto, en la tarea compositiva se sitúa en la dimensión del conflicto y en la carga de tensión que reportan las partes en sus alegaciones.

Después, corresponderá eliminar esa ambivalencia que coloca a los interesados en condición de adversarios, a cuyo fin, resulta preciso modificar la estructura psíquica y social de la disputa, y adecuar a ello las motivaciones desenvueltas.

La seriedad del problema queda enfocada en el halo de luz preciso, dejando en zonas grises lo periférico que, por lo general, son los alimentos comunes del régimen judicial.

En el supuesto que la comunicación entre las partes resulta difícil por el alto grado de hostilidad, el mediador utiliza la reunión independiente, logrando con ello, la comunicación necesaria.

> Por otra parte –se agrega–, el mediador debe lograr que cada parte se ponga en la posición de la otra persona. En la mediación se emplea mucho tiempo

1408. Actualmente rige la Ley N° 26589 que al respecto establece en el art. 7 (Principios de la mediación) inciso e) Confidencialidad respecto de la información divulgada por las partes, sus asesores o los terceros citados durante el procedimiento de mediación prejudicial obligatoria; artículo 8 (Alcances de la confidencialidad). La confidencialidad incluye el contenido de los papeles y/o cualquier otro material de trabajo que las partes hayan confeccionado o evalúen a los fines de la mediación. La confidencialidad no requiere acuerdo expreso de las partes. Artículo 9 (Cese de la confidencialidad). La obligación de la confidencialidad cesa en los siguientes casos: a) Por dispensa expresa de todas las partes que intervinieron; b) Para evitar la comisión de un delito o, si este se está cometiendo, impedir que continúe cometiéndose. El cese de la confidencialidad debe ser interpretado con carácter restrictivo y los supuestos de excepción surgir de manera evidente.

induciendo a la gente a escuchar los argumentos de la otra parte, por lo que específicamente en esta área deben estar objetivamente asesorados.[1409]

Otros autores, tomando como ejemplo la metodología desarrollada en algunos centros de mediación de Estados Unidos, sostienen que el proceso tiene usualmente seis etapas:

1. Contactos iniciales entre el mediador y las partes;
2. ingreso del mediador en el conflicto estableciendo las reglas que guiarán el proceso;
3. obtención de la información relativa a la disputa, identificando los temas a ser resueltos, y acordando una agenda;
4. creación de alternativas de solución;
5. evaluación de las posibilidades para arribar a un compromiso y su comparación con las alternativas de arreglo que tuvieran las partes;
6. conclusión de un acuerdo total o parcial sobre la sustancia del conflicto, junto con el establecimiento de un plan para la implementación del acuerdo y para el monitoreo de su cumplimiento.[1410]

297.2 Procedimiento aplicable

La Ley N° 26589 articula un procedimiento muy preciso, casi meticuloso, que por tanto casuismo introdujo algunas cuestiones difíciles de esclarecer, si no fuera que por la experiencia judicial y el tiempo de aplicación se resolvieron mediante la jurisprudencia.

La etapa de mediación es prejudicial en términos estrictos, de manera que para poder comenzar en esta instancia es necesario, e ineludible, que las causas que deben quedar sometidas al trámite obligatorio previsto hayan tenido un encuentro formal de mediación o conciliación, y que el mismo se haya cumplido ante un mediador registrado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. La etapa solo puede ser cumplida ante un mediador registrado y habilitado por este organismo. A los fines de acreditar el cumplimiento del trámite de mediación, el interesado deberá acompañar el acta final que hubiere

1409. Wilde, Zulema y Gaibrois, Luis Mauricio, *op. cit.*, p. 56.
1410. Lerer, Silvio, *op. cit.*, p. 894.

expedido el mediador designado con los recaudos establecidos en el artículo 3º de la mencionada Ley.

En tal sentido se explica que el requisito exigido por la Ley N° 26589 consistente en acompañar la constancia de que existió mediación para iniciar la vía judicial, queda cumplido con el instrumento extendido por el mediador en el que se acredita que la mediación culminó.[1411]

1411. CNCiv., Sala A, "Herreras, Pablo N. c. Martín Fierro SA y otros", 28/06/1999, JA, 2000-II-568. Son pocas las excepciones que allanan el camino judicial directo, cuya finalidad es lograr que se cumpla una etapa de composición voluntaria antes de entrar en la controversia directa. Por eso, la intervención de la justicia penal en la audiencia en la cual las partes arribaron a un acuerdo respecto de la cuestión a debatirse en el expediente cumple los fines perseguidos por el legislador al dictar la ley de mediación y conciliación, pues la comunicación directa entre aquéllas se habría cumplido en sede judicial, con lo cual resulta analógicamente aplicable la exención de mediación prevista en el art. 1º de esa ley (CNCiv., Sala A, "Val, Gustavo H. c. Corrales Colace, Marcela L.", 11/11/1997, LL, 1998-B, 456). Además, si bien el objetivo es lograr un mecanismo autónomo y espontáneo de conciliación, el mismo no es compulsivo, de modo que corresponde tener por habilitada la instancia judicial si, a efectos de celebrar las audiencias fijadas en la etapa de mediación, se ha intentado notificar al demandado mediante cartas documento, habiendo sido la primera de ellas devuelta sin notificar por no haber sido debidamente reclamada por el destinatario, y la segunda mereció el rechazo consignado –en forma expresa– en el respectivo comprobante, máxime si el mismo mediador que intervino dio por terminada la gestión por imposibilidad de notificar (CNCiv., Sala E, "AADI CAPIF c. New York City S. R. L. y otro", 29/11/ 1999, LL, 2000-D, 13 - DJ, 2000-2-747 - JA, 2000-II-570 - ED, 187-465). Pero si las partes están notificadas y no comparecen sino por medio de representantes, se ha dicho que tal trámite de mediación se considera incumplido, toda vez que las partes no concurren personalmente, sino sus apoderados (art. 11, Ley N° 24573) –salvo las hipótesis de excepción contempladas por la ley– pues las partes son las principales protagonistas del acto y deben entrar en la búsqueda de alternativas de solución al entuerto, sin delegar en un tercero la solución (CNCiv., Sala A, , "Avaca, Laura B. c. Almafuerte S. A. Línea 55 y otros", 15/02/1999, LL, 1999C, 36). En el mismo sentido, se agrega que el agotamiento de la instancia administrativa resulta inaplicable cuando no se ha impugnado un acto administrativo de alcance individual susceptible de ser revisado a través de tal vía, máxime cuando –como en el caso– de haber estado en el ánimo de la autoridad comunal arribar a un entendimiento con su contrario –en torno a la pretensión incoada– tiene a su disposición el trámite prejudicial de mediación obligatoria establecido en la Ley N° 24573, que culminó sin resultado positivo (CNCiv., Sala B, "Lieste, Alejandro R. c. Municipalidad de Buenos Aires", 21/11/1997, LL 1999C, 765 [41.578S] ED, 177584).
En otras situaciones que se relacionan con las causas del art. 2º de la ley de mediación y conciliación, se indica que resulta innecesario que el profesional acuda a la mediación obligatoria para procurar la regulación de honorarios y restitución de gastos efectuados por su intervención en el procedimiento de mediación, pues no se advierte obstáculo legal para que tal pretensión se sustancie por el trámite incidental (CNCiv., Sala E, "T., L. H. c. Ceballos, Gregorio A. y otro", 21/12/1999, LL 2000-F, 849).

El mediador redactará por escrito las actas de las audiencias que celebre en tantos ejemplares como partes involucradas hubiere, más UN (1) ejemplar que retendrá para sí y UN (1) ejemplar para el profesional asistente si hubiere intervenido.
En el acta se deberán consignar: nombre y apellido o razón social; documento nacional de identidad o código único de identificación tributaria, según corresponda; domicilio en el cual se practicaron las notificaciones y calidad en la que asistieron los involucrados en la controversia y los letrados de cada parte. Todos ellos deberán firmar el acta juntamente con el mediador interviniente y el profesional asistente si hubiere intervenido.
En caso de que las partes no arribaren a un acuerdo o la mediación concluyere por incomparecencia de alguna de las partes, o por haber resultado imposible su notificación, el acta deberá consignar únicamente esas circunstancias, quedando expresamente prohibido dejar constancia de los pormenores de las audiencias celebradas. En aquellos casos en que la mediación concluyere por incomparecencia o por imposibilidad de notificación, se deberá individualizar en el acta el instrumento de notificación, indicando empresa u organismo y número del instrumento a través del cual se diligenció. En caso de haberse planteado una pretensión por el requerido, se deberá hacer constar esta circunstancia a los efectos previstos en el artículo 27, segundo párrafo, de la Ley Nº 26.589 (artículo 3, Reglamentación de la ley 26.589 por Decreto 1467/2011).

a. Los sujetos y la representación. El representante que invoque el carácter de apoderado deberá acreditarlo en el momento de realizarse la primera audiencia. A estos efectos tiene que presentar el documento original del que surjan las facultades invocadas; en ese mismo acto deberá entregar al mediador copia simple de este e insertar su firma autógrafa. El mediador verificará la personería invocada, el domicilio del poderdante y que el apoderado cuente con facultad para acordar transacciones, debiendo reservar el mediador una copia de dicho poder.

En líneas generales, el temperamento del párrafo es facilitar que se demuestre la intención real de provocar una instancia de negociación, pero no ha estado en la intención del legislador facultar a los jueces a valorar posibles exenciones a la obligatoriedad de la mediación previa a todo juicio distintas de las que contiene el art. 2º de la Ley N° 24573, sin que ello implique cercenar el deber de interpretar las situaciones concretas cuando el supuesto de hecho traído a decisión no se encuentra previsto normativamente (CNCiv., Sala B, "Gómez, Rosa c. Transportes Quirno Costa S. A.", 08/09/1998, La Ley, 1999B, 281 DJ, 1999247 JA, 1998IV489).

De no cumplirse con estos recaudos el mediador podrá intimar a la parte al cumplimiento, otorgándole para ello un plazo de cinco (5) días hábiles judiciales; de no ser cumplidos una vez vencido este, se considerará que existió incomparecencia en los términos del artículo 28 del Reglamento Nº 1467/2011.
La comparecencia por apoderado solo procede en casos excepcionales, pues en mediaciones de conflictos intersubjetivos es preciso requerir la presencia individual. Son ellos quienes podrán definir la continuidad de la etapa, la suspensión o su término.
En este acto las partes deben denunciar su domicilio real y constituir domicilio en la ciudad autónoma de Buenos Aires, en donde se notificarán todos los actos vinculados al trámite de mediación y sus consecuencias.

Artículo 21 (Incomparecencia de las partes. Causal de justificación de la inasistencia). Solo se admitirá como causal de justificación de la incomparecencia de alguna de las partes razones de fuerza mayor debidamente acreditadas y expresadas por escrito al mediador, quien deberá dejar constancia de lo sucedido en el acta respectiva. En caso de no haber justificado su inasistencia antes del cierre del acta y al solo efecto de evitar la imposición de la multa prevista en el artículo 28 de la Ley Nº 26589, la parte incompareciente tendrá CINCO (5) días hábiles, contados a partir de la fecha de la audiencia, para manifestar y acreditar por escrito ante el mediador las causas de su inasistencia (Reglamentación 1467/2011).

La incomparecencia injustificada genera la aplicación de multa. El mediador debe informar esta circunstancia a la Dirección Nacional de Mediación y Métodos Participativos de Resolución de Conflictos adjuntando el acta y el instrumento de notificación a la parte incompareciente en su versión original.

La mencionada Dirección Nacional, para la eventual aplicación de la multa prevista en el artículo 28 de la Ley Nº 26.589, deberá controlar la documentación presentada, verificar que del instrumento surja inequívocamente la fehaciente notificación y, previo dictamen jurídico, emitir el certificado de imposición de multa e intimar de pago a la parte incompareciente en el domicilio que conste en el instrumento de notificación.

Una vez notificado de la multa el incompareciente podrá hacer efectivo el pago, con lo que se dará por finalizado el trámite, o hacer un descargo por vía de recurso de reconsideración en los términos previstos en los artículos 84 y subsiguientes del "Reglamento de Procedimientos Administrativos, Decreto Nº 1759/72 T.O. 1991". Si la Dirección Nacional hiciere lugar al recurso se tendrá por finalizado el trámite.
En caso de no verificarse el pago de la multa en tiempo y en forma, o habiéndose agotado la vía recursiva, el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos procederá a su ejecución por vía judicial mediante el procedimiento previsto en el artículo 500, inciso 2), del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. De no haberse promovido acción judicial del proceso de mediación, se ejecutará el mencionado certificado ante la Justicia Nacional en lo Contencioso Administrativo Federal (Artículo 23, Reglamentación 1467/2011).

b. Observadores: El proceso de mediación encuentra reglamentada una opción ministerial de casi nula aplicación. En efecto, el artículo 24 esteblece que se podrá comisionar agentes mediadores para observar las audiencias que se celebren, previo consentimiento de las partes y cuidando de no alterar o inhibir su desarrollo. El mediador observador redactará un informe que elevará al órgano de control.
c. Relación entre el formulario de requerimiento y la demanda: La mediación obligatoria se formaliza mediante la presentación de un formulario ante la mesa general de entradas, donde se sortea el mediador y se asigna un juzgado. El conciliador recibe dos ejemplares del formulario, para devolver al interesado uno, con su sello y firma; en el juzgado, se reserva posteriormente el legajo hasta la oportunidad en que se presente alguna actuación derivada del procedimiento de mediación.
Cuando ello ocurre, y se concreta la demanda, cabe interrogarse cuál es el alcance que tienen las pretensiones resumidas en el formulario, y cómo se interpreta su relación con las que la demanda contiene, teniendo en cuenta para ello que no podrán existir cuestiones llevadas al proceso que no hayan tenido oportunidad de deliberación ante el mediador.

A veces el problema es menor, como al indicarse que la circunstancia de que el monto reclamado en la demanda judicial sea superior

al que se somete a mediación no determina la obligación de realizar una nueva mediación, pues la fijación de los motivos y del monto reclamado durante ese proceso obligatorio no puede transformarse en un límite a la posibilidad de encarar la futura acción judicial del modo y por la suma que más convenga al peticionante.[1412]

Artículo 14 (Entrega de la documentación al mediador). En el caso previsto en el artículo 16, inciso b), de la Ley Nº 26589 y dentro del término de cinco (5) días hábiles contados desde la fecha del sorteo, el reclamante deberá entregar en la oficina del mediador el comprobante de pago del arancel y los dos (2) ejemplares del formulario de requerimiento, con la intervención de la Mesa General de Entradas. El mediador, o quien lo reciba en su nombre, le entregará al presentante una constancia con su sello, firma, fecha y hora de recepción. El mediador establecerá una franja de dos (2) horas diarias para la realización de este trámite y puede autorizar expresamente a una o más personas de su oficina. La autorización, debidamente suscripta por el mediador y el o los autorizados, deberá exhibirse en lugar visible.

Si el requirente no cumpliere con esta disposición deberá abonar nuevamente el arancel previsto y solicitar en la Mesa General de Entradas el reinicio del trámite.

Artículo 14 (Gastos administrativos y costos de notificación). En los casos previstos en el artículo 16 de la Ley Nº 26589, la parte requirente, al momento de solicitar la intervención del mediador o de entregarle la documentación, deberá abonar a este, en concepto de gastos administrativos, el monto que establezca el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos más el costo que insuma cada notificación a realizar. Si no se

1412. CNCiv., Sala J, "Pace, Eduardo Daniel c. Alescio Solis, Claudio Omar", 25/11/1999, ED 188-83). En el mismo sentido se agrega que no cabe ningún reproche a la conducta de la actora que en la demanda modificó el monto de la pretensión originariamente consignado en el formulario de mediación pues, dada la finalidad de la ley de mediación, esta pudo interpretar que la exigencia de un monto menor al posteriormente reclamado facilitaría la negociación en aras de lograr una solución rápida y extrajudicial, sin que ello le impida promover la acción judicial por el monto resultante del contrato celebrado con el demandado (CNCiv., Sala H, "Milisenda y Crespín L. c. Lambre, O.", 23/09/1997, LL 1998-B, 95).

También se explica que es improcedente el planteo de nulidad de una mediación por haberse omitido describir el objeto del reclamo en el formulario de inicio, si no se advierte perjuicio actual y concreto al ejercicio de defensa del nulidicente, toda vez que este fue debidamente citado y pudo solicitar que se subsanara la cuestión así como conocer la índole de lo reclamado en una audiencia posterior (CNCom., Sala E, "Rey López, Angel y otros c. Alpargatas S.A. y otros", 06/09/2000, LL 2001-E, 506).

diere cumplimiento a estos recaudos, el mediador suspenderá el curso del trámite hasta que sean satisfechos (Reglamentación 1467/2011).

De lo expuesto se puede colegir que cuando ha fracasado la mediación, el contenido de la demanda posterior debe ser congruente con lo conversado en la instancia previa. En su caso, el tribunal deberá intimar al actor a que efectúe el ajuste correspondiente, o rechazarla *in limine* en los términos del artículo 337 del Código Procesal por carecer de objeto jurídicamente proponible.

d. Audiencias de mediación. El trámite de mediación se desarrolla en días hábiles judiciales, salvo acuerdo en contrario de las partes intervinientes y el mediador, el cual se instrumenta por escrito. Es obligación del mediador celebrar las audiencias en sus oficinas; si por motivos fundados y excepcionales tuviera que convocar a las partes a un lugar distinto, debe hacer constar tal circunstancia en el acta respectiva, además de consignar los fundamentos que justifican la excepción.
Cuando la cantidad de participantes a convocar a la audiencia superare el mínimo exigido por la reglamentación para habilitar las oficinas del mediador y este lo considere necesario, aquella deberá realizarse en un lugar distinto, lo que será solventado anticipadamente por la parte requirente, excepto que ello se acordare de diferente modo (texto según art. 19, Reglamentación N° 1467/2011).

e. Plazo de la mediación: El plazo para realizar la mediación será de hasta sesenta (60) días corridos a partir de la última notificación al requerido o al tercero. En el caso previsto en el artículo 6º (mediación optativa en desalojo o ejecución de deudas) el plazo será de treinta (30) días corridos. En ambos supuestos el término podrá prorrogarse por acuerdo de partes (art. 20, Ley N° 26589).
En el supuesto de acordar las partes una prórroga del plazo de la mediación, se dejará constancia de dicha circunstancia en el acta que firmarán las partes, los abogados que los asistan y el mediador (art. 18, Reglamentación N° 1467/2011).

Cuando se sancionó la Ley N° 24573, pareció demasiado extenso para una práctica que normalmente podía conseguir resultados con anterioridad. Sin embargo ha sido un plazo prudencial y adecuado a las circunstancias, que ha logrado cobertura bastante al permitir la prórroga por acuerdo entre partes.
De todos modos era el tiempo establecido en modelos comparados como el de Colombia y no ha generado inconvenientes para la celeridad perseguida en todo el sistema para resolver conflictos (judicial y extrajudicial).

La voluntad de los interesados provoca efectos sobre situaciones procesales consumadas, por eso se advierte que, si en un intento de acercamiento, las partes han accedido en el ámbito del tribunal a transitar por la mediación voluntaria en el marco de la Ley N° 24573, con la finalidad de buscar soluciones alternativas que exigen –por la naturaleza del conflicto familiar– un tiempo probablemente prolongado de evolución, la jurisdicción no puede ignorar las gestiones llevadas adelante en dicha sede y desconocer los efectos suspensivos a tales actos sobre el curso de la caducidad. La conclusión contraria no es correcta desde el punto de vista procesal, no se compadece con el carácter estricto de la perención de la instancia como así tampoco es saludable en el marco de la credibilidad de un sistema que pretende favorecer otras formas de solución de conflictos.[1413]

Lo mismo sucede en materia de inhabilidad provocada, pues dado que, en materia de causales de recusación y excusación de los mediadores, hay remisión a las previsiones del Código Procesal para los mismos supuestos de oponerse a la actuación de los magistrados, corresponde aplicar lo dispuesto en los arts. 14 y 18 de dicho ordenamiento procesal en lo atinente a la oportunidad del ejercicio de tales facultades.

La Ley N° 26589 ha precisado el procedimiento al indicar que son causas de excusación de los mediadores, que obligan al mediador a excusarse, bajo pena de inhabilitación, todos los casos previstos por el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación para la excusación de los jueces. También deberá excusarse durante el curso de la mediación, cuando advierta la existencia de causas que puedan incidir en su imparcialidad. Cuando el mediador hubiera sido propuesto

1413. CNCiv., Sala I, "A., S. c. V., L. E.", 30/04/1998, LL 1999-E, 959, J. Agrup., caso 14.323.

por el requirente, el excusado será reemplazado por quien le siga en el orden de la propuesta (artículo 13). La norma siguiente precisa las causales y el procedimiento diciendo: Artículo 14: Las partes podrán recusar con causa a los mediadores en los mismos supuestos mencionados en el primer párrafo del artículo 13, dentro de los cinco (5) días de conocida la designación. Cuando el mediador hubiera sido designado por sorteo, se practicará inmediatamente nuevo sorteo. Cuando el mediador hubiera sido propuesto por el requirente, el recusado será reemplazado por quien le siga en el orden de la propuesta. Cualquiera de las partes podrá recusar al mediador durante el curso de la mediación, cuando advierta la existencia de causas sobrevinientes que puedan incidir en su imparcialidad. Si el mediador no aceptara la recusación la cuestión será decidida judicialmente.

El número de entrevistas se fija de acuerdo con las necesidades que el caso revele. Si las partes llegan enquistadas con la forma predispuesta (por no ser voluntaria la instancia) las primeras reuniones deben eliminar esa resistencia, tratando de lograr un clima propicio para la negociación.

La actitud voluntaria protege la eficacia del sistema y propicia la colaboración, además de mantener en manos de las partes la iniciativa de acuerdos probables y mejorar las posibilidades para que el mediador pueda convertir las posiciones antagónicas en posiciones de reciprocidad.

Sin duda, los mediadores actuando en un contexto compulsivo difícilmente podrán lograr niveles aceptables de confianza comparables a los que reconoce la mediación voluntaria.

f. Finalización. Con el cierre del procedimiento se satisface el imperativo contenido en la Ley N° 26589; las contingencias procesales que pusieron fin al juicio no perjudican el derecho del actor a tener por habilitada la vía contenciosa, con independencia de la incidencia que el transcurso del tiempo pudo eventualmente haber generado en el elenco de defensas oponibles por los demandados y su incidencia en la relación jurídica.[1414]

1414. CNCiv., Sala B, "Gómez, Rosa c. Transportes Quirno Costa S. A.", 08/09/1998, LL 1999-B, 281 DJ, 1999247 JA, 1998IV489). El requisito exigido por la Ley N° 24573 consistente en acompañar la constancia de que existió mediación para iniciar la vía judicial, queda cumplido con el instrumento extendido por el mediador en el que se

En todos los casos los demandados deben haber sido convocados al trámite de mediación, de modo que si uno de ellos fuera omitido o se lo cita como tercero, es necesario reabrir la etapa conciliatoria. Hay que aclarar que el objeto de la mediación es dar solución al conflicto sin condicionar la actitud procesal que pueden asumir las partes, por ello en caso de que el requerido opte por tomar la iniciativa y plantear la demanda no se pedirá una nueva mediación, pues el conflicto ya fue sometido a ella sin resultados positivos.[1415]

De manera que el sentido de la norma apunta a integrar la etapa con quienes debieran ser sujetos pasivos de la pretensión, antes que el caso inverso. Con más claridad se advierte en el problema de la reconvención, porque el artículo 27 segundo párrafo de la ley después reforzado en el reglamento, aclara que la falta de acuerdo también habilita la vía judicial para la reconvención que pudiere interponer el requerido, *cuando hubiese expresado su pretensión durante el procedimiento de mediación y se lo hiciere constar en el acta*.

---

acredita que la mediación culminó (CNCiv., Sala A, "Herreras, Pablo N. V. Martín Fierro SA y otros", 28/06/1999, JA, 2000-II-568).

Cabe agregar que el objeto de la mediación no debe necesariamente ser idéntico al plasmado en el escrito de inicio de dicho proceso (CNCiv., Sala E, "Laham, Carlos c. Sociedad Mercado de Abasto Proveedor SA", 16/03/1999, ED, 188-148). Inclusive, se sostiene que es improcedente el planteo de nulidad de una mediación por haberse omitido describir el objeto del reclamo en el formulario de inicio, si no se advierte perjuicio actual y concreto al ejercicio de defensa del nulidicente, toda vez que este fue debidamente citado y pudo solicitar que se subsanara la cuestión así como conocer la índole de lo reclamado en una audiencia posterior (CNCom., Sala E, "Rey López, Angel y otros c. Alpargatas S.A. y otros", 06/09/2000, LL, 2001-E, 506).

La etapa es necesaria como recaudo o presupuesto de habilitación de la instancia judicial, que es donde se debe acreditar el tránsito preliminar de la mediación; por eso, si queda concluida la mediación por cualquiera de las causas enunciadas en la ley, inmediatamente se habilita la instancia judicial; mas si luego de promovido el juicio pertinente este concluye por perención, ello no implica desconocer eficacia a la mediación como presupuesto de la acción, pues aquella resolución solo puso fin al proceso de que se trata, y no podría extender sus efectos a la etapa previa no contenciosa, que fue íntegramente cumplida (CNCiv., Sala B, "Gómez, Rosa c. Transportes Quirno Costa S.A.", 08/09/1998, LL, 1999B, 281 DJ, 1999246 JA, 1998IV489).

1415. CNCiv., Sala D, "Campbell, Andrea P. v. Utilísima Satelital UTE", 07/06/1999, JA 2000-II-682.

Sin embargo, la disposición no puede entenderse abarcativa de las contrademandas sustentadas en aspectos directamente relacionados con los reclamos contenidos en la demanda. En consecuencia, el requerido que recibe una demanda tiene aumentado el marco de excepciones dilatorias previstas en el artículo 347 del Código Procesal cuando articula como defensa la ausencia de etapa de mediación.

Aunque resulta improcedente la petición de obtener una nueva audiencia de mediación con el argumento de que dicho instituto tiene por finalidad avenir a las partes, cuando el peticionante no asistió –deliberadamente– a la audiencia original.[1416]

Es decir, precisando el ámbito de la excepción, ella solamente es admisible cuando quien aparece demandado no ha tenido oportunidad cierta y concreta de asistir a las audiencias de conciliación. Sin embargo, la exigencia de transitar efectivamente por la mediación debe ser analizada desde otra perspectiva.

En efecto, una cosa es la "mediación obligatoria" y otra "la obligatoriedad de concurrencia a la mediación".

Explica Leandro Vergara que

> ... la ley solo obliga a concurrir a una mediación y toda la obligación termina con su asistencia. Es decir, si un participante quiere, puede llegar a una mediación y dar seguidamente por terminada la audiencia de mediación. En cuanto al acto en sí mismo, tiene como la más esencial de las características: la voluntariedad. No es posible acordar nada en una mediación si voluntariamente sus participantes no lo desean. Un mediador, objetivamente, no está ni en posición ni en condiciones de sugerir una decisión. La actividad de un mediador no tiene ni un solo vestigio de *imperium* que pueda presionar a las partes para que acepten algo en contra de su voluntad. Para decirlo de un modo rápido y sin rodeos, solo existe una mediación: la mediación voluntaria.[1417]

En estos términos, el tránsito obligado que se puede plantear debe confrontarse con los principios de las nulidades proce-

1416. CNFed. Civ. y Com., Sala I, "Ip Medical S.A. c. Ospica", 21/08/2001, DJ, 2001-3-949.

1417. Vergara, Leandro, "La ley de mediación y un fallo sobre su inconstitucionalidad", LL 1999-A, 357.

sales. Esto es, si cada uno de ellos permite retrotraer las etapas del proceso hasta el punto donde se encuentra el vicio.[1418]

g. Intervención de terceros: Si al contestar la demanda se requiere la intervencion de terceros, corresponderá considerar lo dispuesto en los artículos siguientes de la Ley N° 26589.

Artículo 22 (*Citación de terceros*). Cuando el mediador advirtiere que es necesaria la intervención de un tercero, de oficio, o a solicitud de cualquiera de las partes, o por el tercero, en todos los casos con acuerdo de las partes, podrá citarlo a fin de que comparezca a la instancia mediadora. El tercero cuya intervención se requiera debe ser citado en la forma y con los recaudos establecidos para la citación de las partes. Si el tercero incurriere en incomparecencia injustificada no podrá intervenir en la mediación posteriormente.
Artículo 23 (*Audiencias de mediación*). El mediador fijará la fecha de la primera audiencia a la que deberán comparecer las partes dentro de los quince (15) días corridos de haberse notificado de su designación. Dentro del plazo establecido para la mediación, el mediador podrá convocar a las partes a todas las audiencias que considere necesarias para el cumplimiento de los fines previstos en la presente ley.

Para resolver el problema entre volver a mediación por los sujetos omitidos, o suspender el proceso hasta que ellos tomen intervención en el proceso, será necesario observar como concluyó la etapa de mediacion. Si lo fue por incomparecencia injustificada de alguna de las partes o por imposibilidad de notificación, el acta firmada por todos los comparecientes dará cuenta y prueba del resultado del procedimiento. El reclamante ejercerá su derecho a demandar, y el demandado al contestar deberá abonar una multa cuyo monto será equivalente a un cinco por ciento (5%) del sueldo básico de un juez nacional de primera instancia y cuya modalidad de percepción se establece por vía reglamentaria. Con esto se impide la vuelta a la etapa de mediación y que se ejerza como excepción

1418. Por eso se sostiene que, aun cuando el procedimiento de mediación no fuera realizado en debida forma por haberse omitido dar intervención en él a uno de los codemandados, resulta excesiva la declaración de nulidad de todo lo actuado, pues ello tornaría inútil la actividad jurisdiccional ya desplegada, en desmedro de los principios de economía y celeridad procesal (CNCiv., Sala H, "Gómez, Irene c. Instituto San Roberto Arzobispado de Buenos Aires y otros", 20/02/1998, LL 1999-D, 750 [41.648S] ED 178-150).

preliminar una omisión provocada por quien eludió la etapa obligatoria sin dar justificación alguna.
En cambio, si el requerido concurrió a la mediación y no denunció el alcance de la pretensión presentada a eventuales terceros, cuya necesidad de estar en la etapa de mediacion podía acordarse entre los comparecientes, dicha omisión se debiera valorar como conducta procesal (art. 163 inciso 6, CPCC).
En este sentido, la jurisprudencia que interpretó el caso en el marco de la Ley N° 24573 dijo:

> Si el procedimiento previo de mediación se sustanció sin la citación de uno de los litisconsortes pasivos, y el mediador no la dispuso oportunamente conforme lo establecido por el art. 8° de la ley 24.573, no impide que el magistrado ordene la integración de la litis, tal como lo indica el art. 89 del Código Procesal, pues esta norma mantiene plena vigencia a pesar de la sanción y promulgación de la ley citada.[1419]

297.3 La etapa de mediación como excepción procesal

Las nulidades procesales acceden con el cumplimiento de ciertos requisitos. Uno de ellos exige que el vicio esté prescrito por la ley, calidad que se cumple en autos al estar dispuesto en el artículo en comentario.

Empero, si bien es cierto que *procede la nulidad porque existe un texto expreso que la consagra*, también lo es que el error tiene que ser: a) trascendente; b) no puede estar consentido el vicio; c) quien da lugar a la nulidad no puede requerir una decisión sobre el error y, d) debe causar indefensión.

Es verdad que la mediación es obligatoria y que el acto exige la concurrencia personal de las partes, con el fin de que el encuentro entre ellas permita debatir sin resentimientos sobre los puntos probables de un acuerdo que solucionen sus diferencias ocasionales. Pero también lo es que la obligatoriedad no constituye una exigencia ritual que se desentiende de los actos que la audiencia de mediación verifica. De modo tal que si el excepcionante no insistió oportunamente en la comparecencia de mi parte, y entendió que las afirmaciones de los in-

1419. CNCom., Sala E, "Tempone, Carlos D. c. Tempone, Néstor O.", LL 03/03/1998, 1999-F, 754 [42.079-S] - ED 179-347.

tervinientes en el acto de la mediación eran suficientes para verificar la ausencia de acuerdos eventuales, no tendría sentido acordar efectos paralizantes del proceso, si quien excepciona lo hace con la sola voluntad de postergar el tratamiento sobre el fondo.

De hacerlo con esa intención, evidentemente la defensa obraría como un supuesto de abuso en el proceso.

En este aspecto se argumenta que es improcedente la pretensión formulada en sede judicial de la instancia de mediación con sustento en la imposibilidad de asistir que tuvo el peticionante, si durante dicho trámite no intentó justificar su incomparecencia[1420]. Además, *¿es trascendente el vicio?* Evidentemente no, salvo que se plantee manifestando con lealtad y buena fe que se quiere intentar una conciliación.

297.4 Principios procesales aplicables al trámite de mediación

Se destacan inmediatamente en la evolución del instituto, principios procesales que operan a pleno en el desarrollo del procedimiento de mediación. La celeridad resulta quizás una de las bondades más evidentes, si tenemos en cuenta el breve tiempo que insumen las tratativas de solución.

Cuando se implementó el proyecto, sostenía el Decreto N° 1480/92 que la mediación se iba a insertar en un grupo más amplio de medidas tendientes a la "gran" reforma judicial argentina, y en estas, el Anteproyecto de Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación tuvo pensado el régimen alternativo en el artículo 310 apartado B, por el cual se indicó que "el juez podrá disponer la sumisión de la cuestión a mediación por un plazo que no exceda de cuarenta y cinco días".

Luego, la reforma procesal se hizo esperar, y recién con la Ley N° 25488, apenas modificó el sistema de conciliación y mediación en el proceso.

> En los Centros de Mediación norteamericanos los reclamos se resuelven en una o dos audiencias que no toman más de tres semanas con un desarrollo aproximado de hora y media por acto celebrado. Algunas estadísticas señalan que sobre 4.000 pleitos un 82% logra conciliar.[1421]

1420. CNCiv., Sala E, "Leal, Blanca A. c. Falcoff, Jorge O.", 08/06/1999, JA, 2000-III-600.

1421. Tapia, Graciela y Greco, Silvana, "Herramientas para la mediación. Secuencia comunicacional" en *Revista Libra*, Nº 1, *op. cit.*, p. 17.

El principio de *economía procesal* luce en el cuadro sus perfiles más eficientes. No solo por la economía de esfuerzos que significa concentrar en pocas audiencias numerosos actos que llevaría el proceso común; sino además, por la economía de costos, al ser absolutamente reducido el nivel de inversión para acceder a la mediación, o por los gastos y honorarios que eventualmente signifique.

La rapidez aparece nuevamente otorgando una gran eficacia al servicio prestado, porque aun sin haber logrado el acuerdo, jamás su tránsito puede ser absolutamente inútil.

La *informalidad* es otro de los beneficios que reporta. Esta facilidad para alcanzar el mecanismo, unido a la simplicidad del esquema son elementos indispensables para reflejar un acercamiento más directo con las necesidades sociales.

A veces, el intrincado camino que tiene el laberinto judicial lleva a una esquiva aproximación de la gente hacia el proceso, como si la maquinaria fuese de uso exclusivo para técnicos o poderosos.

La ausencia de una justicia verdadera de menor cuantía trae un nuevo contingente para alentar y expandir el uso de la mediación. También promedia una ética del sistema a partir de la confidencialidad y conservación del secreto que perciben los participantes del encuentro.

El punto inicial del mecanismo supone la voluntaria aceptación de un tercero neutral que intentará armonizar el conflicto de partes. Estos, a su vez, al admitir la colaboración del mediador, saben que no podrán argumentar las "confesiones" recíprocas del procedimiento cumplido si, eventualmente, se frustrara la vía y debieran dirigir la contienda ante la justicia común. No se tolera el beneficio abusivo de una espontaneidad efectuada en miras a un proyecto particular.

Finalmente, a nadie escapa que a través de la mediación se descongestiona la actividad tribunalicia liberando a los jueces de tareas que con la intervención de expertos no jurisdiccionales en resolución de disputas, encuentran un marco de mejor seguridad y eficacia.

297.5 Formas de la mediación

Es evidente que lo más destacable de la mediación es su metodología para abordar la resolución del conflicto. Por ello, la naturaleza del mismo condiciona la apertura del sistema.

Por vía de principio, todos o casi todos los problemas intersubjetivos podrían encontrar respuesta desde la mediación, sin embargo, en la diversidad de medios alternativos para solucionar controversias, este mecanismo pondera posibilidades mejores cuando se dan algunas condiciones específicas.

Para algunos, la mediación resulta recomendable cuando:

> … a) En el litigio la relación entre las partes constituye un elemento importante; b) las partes quieren conservar el control sobre el resultado y sobre el procedimiento; c) no existe una gran disparidad de poder; d) la causa del conflicto es la mala comunicación; o e) cuando existen cuestiones técnicas muy complejas.[1422]

La pauta está dada, en consecuencia, por el objeto a mediar y por las partes, contingentes que permiten referir a dos grandes campos: 1) la mediación patrimonial y 2) la mediación familiar.

No obstante, existe un sector intermedio que vincula los intereses de partes con las materias protegidas, como son las acciones derivadas de la vecindad, del usuario de bienes y servicios, del miembro perteneciente a grupos sociales (*v. gr.* empleado de una corporación; alumno universitario; etc.), entre otras posibilidades.

La mediación patrimonial opera sobre el difícil territorio de las relaciones comerciales. Evidentemente, habrá situaciones de imposible tramitación como los casos de concursos (negociación de la junta de acreedores, por ejemplo); dolo o fraude en la relación denunciada; etcétera, pero quedará en la inteligencia del juez participar al mediador de los asuntos que bajo su tutela puedan remediarse.

La mediación familiar aparece como una alternativa procesal para los cónyuges que encuentran, de esta forma, un régimen asistencial que disuade la carga conflictiva que llevan al proceso.

> El artículo 31 de la Ley N° 26589 comprede entre los conflictos de mediación familiar a las controversias patrimoniales o extrapatrimoniales originadas en las relaciones de familia o que involucren intereses de sus miembros o se relacionen con la subsistencia del vínculo matrimonial, a excepción de las excluidas por el artículo 5° inciso b) de la presente ley. Se encuentran comprendidas dentro del proceso de mediación familiar las controversias que versen sobre: a) Alimentos entre cónyuges o derivados del parentesco,

1422. Wilde, Zulema y Gaibrois, Luis Mauricio, *op. cit.*, p. 22.

> salvo los provisorios; b) Tenencia de menores, salvo cuando su privación o modificación se funde en motivos graves que serán evaluados por el juez o este disponga las medidas cautelares que estime pertinentes; c) Régimen de visitas de menores o incapaces, salvo que existan motivos graves y urgentes que impongan sin dilación la intervención judicial; d) Administración y enajenación de bienes sin divorcio en caso de controversia; e) Separación personal o separación de bienes sin divorcio, en el supuesto del artículo 1294 del Código Civil (hoy derogado); f) Cuestiones patrimoniales derivadas del divorcio, separación de bienes y nulidad de matrimonio; g) Daños y perjuicios derivados de las relaciones de familia.

Atendida la cuestión, fácil es colegir que, utilizando el sistema, a las partes les pertenecen las soluciones que alcancen, sin que nadie se las imponga ni los obligue.

Al respecto Gladys Alvarez sostuvo que

> ... era indispensable tener presente que cuando apareciese el componente de violencia en forma potencial o manifiesta, sería necesario efectuar distinciones en el tratamiento aplicado de la mediación, toda vez que difería el enfoque según fuera violencia entre esposos, hijos, ancianos, incesto, etc. Cada categoría merece una consideración particular y aspectos que han de indagarse cuidadosamente. [...] Obviamente, ni todos los casos, ni todos los individuos con problemas familiares son aptos para la mediación, más aun en los casos de violencia doméstica.[1423]

297.6 El perfil del mediador

Se enumeran como necesarios e imprescindibles las capacidades siguientes para ser un buen mediador: a) confiable; b) buen oyente; c) perceptivo; d) conocedor del conflicto; e) poseedor de una seria intención de ayudar; f) hábil para la comunicación; g) imaginativo; h) flexible; i) neutral; j) imparcial; k) paciente; l) de buen humor; ll) persuasivo; m) sigiloso (respeta la confidencialidad y las normas éticas que le impiden violar cualquier secreto); n) creativo; o) capta los intereses

1423. Alvarez, Gladys, "La mediación constituye una herramienta efectiva de prevención en casos de violencia doméstica", ponencia presentada en las III Jornadas Nacionales de Profesores de Derecho, Universidad Notarial, 1994.

distinguiéndolos de las posiciones; p) conciliador; q) eficaz; r) conoce técnicas y procedimientos para conducir a la resolución del conflicto.[1424]

La aptitud para negociar, verdadero meollo de la capacidad requerida, comprende temáticas necesarias para emprender la tarea de abordaje y resolución de conflictos. El entrenamiento del mediador reporta una utilidad adicional desde que la idoneidad se complementa con la experiencia lograda sobre la materia.

297.7 Situación institucional del mediador

La mediación como instituto válido para resolver conflictos intersubjetivos evitando la intervención de la justicia ordinaria debe responder a un interrogante previo: ¿cómo se debe implementar la figura? y en su caso, ¿requiere de alguna dependencia?

Las bondades de la mediación fueron ya explicadas; corresponde ahora ver quién se encarga de llevarla a cabo para resolver el problema que significa descifrar si el sistema es o no un instituto de naturaleza jurisdiccional.

Recordemos que ninguno de estos sistemas alternativos puede ser jurisdiccional, ni la actividad cumplida por ellos un proceso; porque la jurisdicción es antes que resolución de conflictos, la verdadera garantía que preserva el Estado para la defensa y tutela de los derechos.

En la mediación hay un matiz diferencial trascendente, al no tener la metodología aplicada ningún rigor dogmático ni ser obligatoria o preferente la opinión vertida por el tercero neutral.

Desde esta óptica, pareciera innecesario buscarle naturaleza jurídica, porque la mediación ofrece un banco de prueba a la capacidad de negociación y renuncia de partes en conflicto, sin que el espacio donde se cumpla o quien lo cumpla tenga necesaria influencia o sea determinante.

En este aspecto, tal como sucede con el arbitraje y la conciliación, si pensáramos que la mediación es jurisdiccional porque resuelve controversias en base a un procedimiento libremente acordado, confundiríamos el aspecto exterior con las vivencias internas que desenvuelve el sistema.

1424. Wilde, Zulema; Gaibrois, Luis; Ceriani Cernadas, Ana y Noziglia, Alejandro, "Introducción a las técnicas de mediación y conciliación", Jornadas del 12 y 17 de agosto de 1993, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano, Buenos Aires.

El mediador no hace justicia, ni crea derecho, ni aplica precedentes jurídicos, ni emite sentencias o resoluciones; solamente aconseja, acerca y colabora al entendimiento entre partes; intercede entre pareceres opuestos pero con puntos de coincidencia que liminarmente no se tienen y es función del mediador encontrar.

La practicidad de su desenvoltura admite, en consecuencia, no adscribir para ningún orden estatal la exclusividad del desempeño institucional. Efecto que se demuestra acabadamente en Estados Unidos de América donde existen más de 650 compañías dedicadas a la solución alternativa de disputas.[1425]

¿Privatización de la justicia?, puede ser, pero si el destino final no es resolver haciendo justicia, sino acordando modalidades donde confluyen voluntades antes enfrentadas, no vemos por qué tenga que hablarse de la jurisdicción allí donde el problema es otro.

En todo caso no existe más justicia que la que tiene aceptada el consenso unánime de la sociedad, y por eso podemos hablar de un derecho a la desobediencia, o de una resistencia a la opresión.

La justicia individual que no trasciende el espacio que las mismas partes concretan no tiene que estar necesariamente unida a la participación de la jurisdicción como poder estatal.

Ahora bien, aceptada esta tesis, resta considerar cómo se implementa, porque si la mediación nace desde la iniciativa oficial para insertarla en la sociedad a través de mecanismos posibles, habrá que observar de qué forma se llega y cómo se involucran los aspectos institucionales respectivos.

> En definitiva, fue el problema del Decreto N° 1480/92 que al resolver por decreto presidencial, el interés del Estado en la institucionalización y desarrollo de la mediación como método no adversarial de solución de conflictos (art. 1º), estableció en el Ministerio de Justicia de la Nación Argentina la obligación de formular proyectos legislativos (función natural y propia en un sistema de colaboración en el ejercicio del Poder), y dictar normas de nivel reglamentario para la puesta en marcha de la institución (actividad esta de significativa importancia para evitar mortificaciones de los otros poderes, judicial y legislativo.

1425. Floyer Acland, Andrew, *Cómo utilizar la mediación para resolver conflictos en las organizaciones*, Buenos Aires, Paidós, 1993, p. 33.

Que el Cuerpo de Mediadores funcione dentro del ámbito del Ministerio de Justicia no apareja problema alguno, mientras la tarea sea independiente de la que actúa el Poder Judicial a través de sus jueces naturales.

Pero si el sistema se entromete en el proceso, aun ofreciéndole una herramienta válida y probadamente eficaz, será menester considerar el medio por donde ingresa y cómo llega a instalarse. Es decir, al juez se le puede ordenar por ley –*ex post facto*– que utilice la mediación en aquellos procesos donde entienda auspiciosa su participación; también un decreto podría generar consecuencias procesales de recepción inmediata (*v. gr.* suspensión de procesos contra el Estado, etc.); o una resolución ministerial acercar ideas para solucionar cierta crisis manifiesta en otro órgano de poder.

La colisión aparece cuando el Poder Judicial recibe implementado el mecanismo y los jueces interpretan que hay injerencia en el ámbito de sus poderes y facultades.

La Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en su acuerdo del día 14 de octubre de 1993, debió decidir el pedido del Ministerio de Justicia para designar juzgados de familia y patrimoniales donde realizar la experiencia piloto.

Se observó en el debate la polémica que planteamos para el estudio. Algunos jueces estimaron que la forma como debía obrar el mediador significaba vulnerar el núcleo de atribuciones que el código procesal le asigna. Por ejemplo, las facultades de conciliación; sosteniéndose que, de acuerdo con la instrucción ministerial mencionada, y ante la falta de ley de mediación expresa, cualquier juez podría desligarse de sus deberes haciéndolos cumplir por otra persona que, precisamente, no depende del Poder Judicial.

En tal dirección se agregó que

> … el cuerpo de mediadores debe salir del área del Ministerio de Justicia e ir a la órbita del Poder Judicial para los supuestos de mediación judicial como ocurre con cualquier experto, pues el mediador es un conductor del proceso pero piénsese por analogía en el juez americano que no dicta sentencia porque tiene un *jury* y sin embargo es el conductor del proceso el que lleva el procedimiento dentro del juicio y piénsese también en el poder que tiene ese juez y de la seguridad que lo rodea. ¿Qué seguridad existe en que los mediadores van a conducir el proceso sin alterar la

> igualdad de las partes? La justicia a través de sus órganos es la que debe determinar los requisitos que los mediadores deben reunir.

La presencia del mediador fue tomada, inclusive, como un rol del ejecutivo a través de funcionarios por ella capacitados dentro de la limitación exclusiva y excluyente de un poder independiente.

Lo cierto es que el temperamento opositor al proyecto no tuvo más argumentos que el temor de los jueces a perder un espacio que nunca ejercieron eficazmente: la conciliación, la pacificación estricta sin necesidad del sofisma procesal que culmina con la sentencia.

Lo hasta ahora expuesto respecto de la metodología de actuación del mediador releva de mayores comentarios, al estar justamente fuera del proceso su actividad central. No sustituye ninguna función jurisdiccional, solamente coadyuva en la búsqueda de soluciones factibles y opina sobre conveniencias. Pocas veces sugiere o recomienda, apenas acerca intereses opuestos con el consejo autorizado de su experiencia e idoneidad.

Tales actitudes, supuesta presencia y mecanismo de participación, no importan injerencias extrañas en el proceso; menos aun de roles contrapuestos con la independencia entre poderes.

No hay agravio a investidura alguna, sino un complemento útil a la eficacia del servicio de pacificación entre los hombres que en parte alguna se reserva al dominio exclusivo del Poder Judicial.

> El debate parlamentario de la Ley N° 24573 reiteró la polémica. El dictamen de minoría en el Senado de la Nación, al respecto, fundamentó que la obligatoriedad de la mediación contraría una de las características fundamentales de la institución cual es la voluntariedad. Al respecto, debe suponerse que si no existe en las partes una "voluntad negociadora" dispuesta a ceder pretensiones a cambio del reconocimiento de otras por la contraparte, no habrá mediación posible. Es más, la obligación de las partes de exponer sus pretensiones a un tercero y de "soportar" todo el trámite de una mediación que no están dispuestas siquiera a considerar y menos aun a aceptar, solo dilataría la intervención judicial, cuestión de vital importancia ya que en modo alguno puede restringirse al justiciable su acceso a la jurisdicción [...]. Párrafo aparte merece el carácter intervencionista del proyecto dado por intromisiones injustificables del Poder Ejecutivo en el Judicial. De la simple lectura de su articulado, aquél refleja que todo lo relativo a la

persona del mediador queda en manos del Ministerio de Justicia. Ya en el artículo 1º se dice "que las partes quedarán exentas del cumplimiento de este trámite si acreditaren que antes del inicio de la causa existió mediación ante mediadores registrados por el Ministerio de Justicia", vale decir que ni siquiera es posible evitar el trámite de la mediación obligatoria demostrando que se intentó, sin éxito, evitar el pleito, por ejemplo, a través de un intercambio postal o telegráfico entre las partes y sus letrados, o que hubo reuniones previas entre ellos.

En la exposición del miembro informante (senador Jorge J. Cendoya) se dijo también que el proyecto no solamente violentaba el principio básico establecido en la Constitución Argentina de la división de poderes, y el mismo art. 109 que prohíbe al Poder Ejecutivo entrometerse en el conocimiento de causas judiciales, sino también, fundamentalmente, al artículo 18 que consagra la garantía inmediata de acudir a la jurisdicción para dirimir las cuestiones entre partes.

Con iguales críticas, aunque variando argumentos, el senador Romero Feris sostuvo que se estaba frente a un proyecto "teñido por la ambición acaparadora del Poder Ejecutivo".

Inclusive, en la discusión parlamentaria de la Ley N° 25287 que amplió el plazo de vigencia de la Ley N° 24573, el senador Villarroel sostuvo como miembro de la comisión, que no había firmado el dictamen porque perseguía el rechazo de la mediación al existir impugnaciones de inconstitucionalidad respecto de esa norma, indicando que "algún tribunal también se había pronunciado en el mismo sentido".

Se refería al fallo que sostuvo que el art. 116 de la Constitución Nacional confiere al Poder Judicial el poder y el deber de impartir justicia sin dilaciones, de modo que no parece razonable el establecimiento con carácter previo de un mecanismo objetivamente dilatorio, como lo es la previa sujeción a mediación obligatoria ubicada en el ámbito del poder administrador por disposición de la Ley N° 24573.[1426]

Allí también se dijo que, el establecimiento por ley de un régimen de mediación previa en el orden de la justicia nacional no es inconstitucional de por sí, pero sí lo es la modalidad establecida por la Ley N° 24573, en cuanto le otorga carácter obligatorio y ubica al órgano

1426. CNCom., Sala B, "Baterías Sil-Dar S. R. L. c. Barbeito, Walter", 29/10/1998, LL 1998-F, 468, con nota de Bidart Campos, Germán, LL 1999-A, 360, con nota de Vergara, Leandro - DJ 1998-3-1088 - JA 1998-IV-491 - ED 180-312).

mediador en la órbita del Poder Ejecutivo, con las características de un tribunal administrativo.

Además, la mediación integraría una etapa constitucional del proceso si sus órganos formaran parte del Poder Judicial o fueran designados por el juez competente, y no como se encuentra dispuesto.

297.8 El acuerdo como resultado de la mediación

No existe una mediación pura que catalogue los resultados sobre la base del modo como interviene el tercero decisor. Son variadas las resonancias que se obtienen de acuerdo con las materias sobre las que trabaja y las personas que entrevista.

Citamos ya que las soluciones pueden ser totales o parciales, inmediatas o proyectadas en el tiempo; etcétera, pero también, la mediación puede utilizar las demás formas resolutivas de conflictos, en cuyo caso la formulación final acepta estas posibilidades:

En la mediación ordinaria, el funcionario da una recomendación que puede traducirse en las bases de un acuerdo. De no conseguir ese término consensuado, puede emitir opinión a título de dictamen que no resulta obligatorio para las partes. También, los interesados sometidos a dicho dictamen, pueden acordar la obligatoriedad del mismo.

Una variación del tema se proyecta en la mediación por el *ombudsman*, que a través de su forma metodológica investiga problemas singulares de la sociedad, aconsejando a los organismos públicos para que tuerzan o corrijan los desvíos administrativos que provocan la crítica del ciudadano.

Finalmente, se puede mediar a través de técnicos o expertos neutrales sobre cuestiones que requieran una capacitación especial.

298. La conciliación

Conciliar supone avenimiento entre intereses contrapuestos; es armonía establecida entre dos o más personas con posiciones disidentes. El verbo proviene del latín conciliatio, que significa composición de ánimos en diferencia. En cada una de estas precisiones está presen-

te la intención de solucionar pacíficamente el problema que afrontan voluntades encontradas; arreglo que puede lograrse dentro o fuera del mismo proceso, y antes o después de haberse promovido.

El interrogante que plantea la conciliación cifra en la utilidad que presta a la función jurisdiccional respecto de la eficacia que de ella se espera. En efecto, si conciliar es pacificación rápida, podría colegirse que en ese acto estaría ausente la justicia del caso. La decisión concertada obraría sobre la base de regateos y conveniencias particulares ajenas absolutamente a la protección del derecho que la jurisdicción tiene en espíritu principista.

La renuncia bilateral ha sido tradicionalmente cuestionada, y hasta se afirmó que debía ser desalentada, porque al Estado le interesa que la justicia se cumpla en toda su extensión, y la conciliación esconde, en realidad, un mercado en donde gana el que más regatea.

La posición minimiza el valor de la figura, pero la réplica histórica es concisa y demuestra la conveniencia de su instauración con ciertas adaptaciones necesarias que será oportuno establecer.

298.1 Modalidades

La conciliación puede ser *procesal* e instalarse en el curso de un proceso en trámite o en vías hacia ello; o ser *preprocesal*, y en su caso, estar fuera de la noción jurisdiccional para meditarse como mecanismo alternativo de composición a través de personas o instituciones debidamente respaldadas.

a. La *conciliación preprocesal*: Suele denominarse también conciliación extrajudicial porque tiende a resolver el conflicto antes de llegar a la esfera litigiosa.
   Se trata aquí de observar la actuación de fórmulas compositivas a través de la gestión que encaminan mediadores-conciliadores designados por las partes de común acuerdo o seleccionados de organismos debidamente institucionalizados.
   La tercería en el conflicto no otorga carácter jurisdiccional al procedimiento encaminado, porque el conciliador toma intervención por la voluntad directa de las partes y no de la voluntad del Estado que lo predetermina como juez natural.

De igual manera, el conciliador que obra fuera del proceso no ejercita heterocomposición alguna, por cuanto esta tiene lugar –al decir de Alvarado Velloso–

> … en el caso de ausencia de acuerdo entre las partes respecto de la persona del tercero que habrá de resolver el conflicto: ello ocurre en el proceso judicial, el cual puede incoar el pretendiente aun en contra de la voluntad del resistente, quien no obstante quedará ligado a aquel por la simple voluntad de la ley.[1427]

Los buenos oficios que ponga el conciliador para solucionar equitativamente el conflicto no tornan lo actuado en proceso, sino que es un mero procedimiento voluntario que persigue atenuar temperamentos extremados procurando limar sus asperezas favoreciendo proposiciones de autocomposición.
En definitiva, la solución depende siempre de lo que las partes resuelvan, y no de la fórmula que el mediador propicie.
Sin embargo, el fenómeno no registra esta única característica en tanto siendo un derecho transigible las partes en diferencia pueden acordar que el tercero tenga incidencia y facultad resolutiva, la cual podrán acatar sin derecho a recurso alguno, o admitiendo que su proposición sea de simple acercamiento a los intereses enfrentados generando una alternativa más de solución pacífica.
De acuerdo con ello, la conciliación extrajudicial presenta estas modalidades:

- Como actividad de buenos oficios de un tercero que se limita a intentar el acercamiento entre las partes, en base a la prudente actitud de los hombres sabios, cuya actitud no se expone en recomendaciones de obligatorio seguimiento.
- Como mediación, la conciliación se manifiesta en la actividad y diligencia que realiza el tercero ofertando proposiciones de arreglo que las partes pueden o no seguir. A diferencia del anterior, este dirige la disputa y persigue el acuerdo, pero no decide *per se*, por cuanto la solución de la controversia permanece en lo disponible de las partes.

1427. Alvarado Velloso, Adolfo, "La conciliación como medio para solucionar conflictos de intereses", *Revista Uruguaya de Derecho Procesal*, Nº 3, 1986, p. 328.

- No deben confundirse estas actitudes disuasorias con la actividad que ejercitan árbitros y amigables componedores, porque ellos tienen un ámbito diferente bosquejado desde las formas del juicio. De alguna manera son jueces de conciencia que resuelven por su saber, entender, prudencia y técnica dispuesta, siendo sus pronunciados, justamente, enjuiciamientos que los contradictores deben respetar por el sometimiento voluntario oportunamente realizado.

La conciliación extrajudicial analizada en el concierto jurídico que ofrece el derecho comparado muestra posibilidades de distinta gestación. A veces se impone como condición prejudicial y es obligatoria en cierto tipo de cuestiones y procesos; en otras, pervive en la disposición de los interesados, es facultativa, pero efectiva y útil para resolver sin la crisis y fatiga jurisdiccional, problemas de singular relieve y presencia.

La obligatoriedad de la conciliación antes del proceso motiva fervorosas opiniones en contrario. Unos sostienen que se constituyen en obstáculos verdaderos al acceso a la justicia sin limitaciones de tipo alguno y que su ineficacia queda demostrada por las numerosas legislaciones que abandonaron su curso –preventivo o preprocesal– para instalarlo dentro del trámite litigioso. Otros, en franca contradicción, señalan que el derecho comparado es manifiesto portavoz de la confianza que se tiene a este instituto, ya sea en África, Asia o la misma Europa y Estados Unidos donde cada cual establece la vía con la intención de instituir en las comunidades un cuerpo idóneo para resolver conflictos menores de tipo civil o penal en los casos en que las partes tengan la disponibilidad del derecho. Asimismo tienden a descongestionar el laboreo jurisdiccional y a obrar como agentes interesados en la búsqueda de carriles rápidos para solucionar controversias.[1428]

De su lado la conciliación voluntaria, anterior al proceso, ha germinado en instituciones de múltiples finalidades en la mira de acercar soluciones a conflictos planteados por interpretaciones de los derechos del consumidor, intereses difusos, asuntos de familia, laborales, etcétera.

1428. Cappelletti, Mauro, "Appunti sul conciliatore e conciliazione", en *Rivista Trimetrale di diritto e procedura civile*, Milán, Giufrè, 1981, p. 53.

La misma inspiración, pero en un marco de competencia indiscriminada, asumen organismos parajudiciales como los Colegios de Abogados, ombudsman, etcétera.

b. La conciliación procesal: La conciliación inserta en el ámbito del proceso desenvuelve una modalidad específica de los fines que inspira el Derecho Procesal: conciliar sin sacrificio de intereses. La pacificación provocada por el activismo judicial en base a la audiencia fue y es un mecanismo dirigido a atenuar ánimos exacerbados, evitando la prolongación de un pleito que tiene respuestas anticipadas sin necesidad de obtenerlas de la sentencia definitiva.
Posicionar la conciliación como acto del proceso, oportuno y eficaz, persigue justamente acertar ese destino de solucionar controversias sin anudar las diferencias que llevan a proseguir el estado litigioso.
Por otra parte, la presencia del juez en la audiencia contrae sensibilidades distintas en la actitud de los partícipes; no es ya puro voluntarismo el que decide la composición, sino un elemento de prudencia y consejo que, sin generar prejuzgamiento, permite conocer cierta postura ante los hechos que afronta.
Asimismo, instalada en el proceso el juez puede ordenar o no la comparecencia al avenimiento, porque si las partes no pueden obligarse con relación al objeto de la controversia, tanto como si fuese prohibida la disposición por no ser materias transigibles, sería inútil e inoficioso propiciar la vía.
Creemos que este es el justo camino para la conciliación, un acto poder para el juzgador, y un derecho absolutamente dispositivo para las partes.

298.2 Resultados de la conciliación

Establecido el carácter del acto conciliatorio, observemos qué resultados pueden obtenerse. Propiciada como etapa del proceso la concertación amigable se transmite en posibilidades diferentes como son las tres formas típicas de la avenencia: el desistimiento, la transacción y allanamiento; mientras que si la audiencia se da en el plano de un

proceso ejecutivo existen modalidades parecidas como la quita, espera, remisión o novación de la deuda.

Cualquiera de estas formas convenidas responde a decisiones propias de quien las asume. Si se manifiesta como reconocimiento de una parte a la otra podrá hallarse un allanamiento expreso o sometimiento voluntario a las pretensiones del actor; si fuese un acuerdo que tiende a evitar el proceso (*v. gr.* quita, espera, desistimiento, etc.) la declaración consecuente del juez homologando el acto determinará el sentido jurídico asignado a la autocomposición.

Cada supuesto interroga el alcance que corresponde dar a esa consecuencia (resultado de la conciliación) en relación con la actividad que cumplen las partes y el juez. Esta condición demuestra que cuando se habla de conciliación no se piensa en el sentido estricto del término, sino en un sentido más amplio que tolera la declinación de los intereses, el sometimiento absoluto y la misma transacción o renuncia recíproca a posiciones precedentes irreductibles.

Tal situación confrontada con las realidades de la *praxis* incide para comprender por qué la conciliación es posible en asuntos de probable transacción.

Es claro que lo que se prohíbe es el arreglo por transacción de derechos indisponibles, pero sumamente útil ante procesos posibles de desistimiento o culminación voluntaria. Asimismo, para deducir eficacia y ejecución inmediata al acuerdo alcanzado es preciso dotarlo de la autoridad que le agrega la sentencia homologatoria; condición que nos permite entrar a una dificultad hasta ahora doctrinariamente insuperable.

298.3 Oportunidad para la audiencia de conciliación

El tiempo dispensado para celebrar la audiencia conciliatoria tiene gran importancia porque incorpora el requisito de la oportunidad adecuada con los fines que se intentan conseguir.

Los distintos sistemas que fueron dispuestos para establecer la conciliación como etapa del proceso atendieron esta cuestión de tanto significado, de modo tal que aparecen como formas de ella:

a. La *actividad preventiva*, instalada como facultativa para las partes al tener un órgano del Estado dispuesto a componer el

conflicto sobre la base de aproximar con sus buenos oficios los intereses que colisionan (*v. gr.* juez de paz, conciliadores, etc.).

b. La *actividad prejudicial*, establecida como requisito de admisibilidad de la demanda, donde se obliga a las partes a deducir sus pretensiones ante un juez de la conciliación o ante el mismo que deba conocer sobre la razón material del proceso, quien intentará arreglar la controversia sin llegar a la sentencia definitiva.

c. La actividad celebrada en *cualquier etapa del proceso* generalmente normada como actitud discrecional del juez, o disponible a la petición de las partes. De esta manera se convierten en meras facultades ordenatorias poco vistas en la práctica.

d. *Actividad obligatoria* de cierto tipo de procesos. En nuestro país los juicios de divorcio y nulidad de matrimonio, por el art. 34 inciso 1º apartado final resuelve que en la providencia que ordena el traslado de la demanda se fijará una audiencia a la que deberán comparecer personalmente las partes y el representante del ministerio público, en su caso. En ella el juez tratará de reconciliar a las partes y de avenirlas sobre las cuestiones relacionadas con la tenencia de hijos, régimen de visitas y atribución del hogar conyugal.

   Igual temperamento tiene la audiencia preliminar que se fija en el proceso de alimentos, donde se hace comparecer personalmente a las partes y al representante del ministerio pupilar, si correspondiere, a fines de propiciar el juez un acuerdo directo que, eventualmente, homologaría en ese acto (*v. gr.* art. 639).

e. Actividad desplegada *antes de abrir a prueba el litigio*. Así lo establecen ordenamientos procesales que utilizan el acto como tentativa de conciliación y despacho saneador (*v. gr.* Brasil, Uruguay), y no fue desconocido en nuestra legislación por cuanto lo tuvo dispuesto la Ley N° 14237, se renovó con la Ley N° 24573 y actualmente se aplica en el código federal por el art. 360.

Nosotros pensamos que esta es la oportunidad precisa e indicada, y por eso alentamos el uso adecuado de esta facultad judicial en la audiencia preliminar, no solo porque favorece la presencia del mismo órgano jurisdiccional que lleva la dirección del proceso, sino porque en esa audiencia será posible adoptar otro tipo de medidas saneadoras

que agilicen la prosecución del juicio, si no fuese alcanzado el objetivo de pacificación concertada.

298.4 El procedimiento en la audiencia

Sin importar el tiempo o el lugar donde la conciliación fuese intentada, distintos matices problematizan concretar el acto sin arriesgar su eficacia ulterior. Uno de ellos, quizás el principal, se asienta en la necesidad o conveniencia de encontrarse las partes asistidas mediante abogados.

Cuando el avenimiento se propicia antes del proceso, parece lógico indicar que el requisito es innecesario a no ser que una de las partes tuviere patrocinio en cuyo caso, a fines de resguardar la igualdad de armas, tendría que aportarse el equilibrio restaurador.

Esta actitud de prudencia no debe interpretarse como una modalidad de asistencia legal basada en la condición económica de quien la necesita o requiere, sino como una medida técnica que deviene necesaria para evitar ventajas indeseables.

En sistemas donde la audiencia se implementa como un acto anterior de la demanda (preprocesal, obligatoria o facultativa) la ausencia de formas y el carácter específico que reúne la modalidad a la cual se convoca, permite sostener que los abogados no resultan teóricamente imprescindibles en tanto la dirección y orientación parte del conciliador. Pero si afinamos el concepto y nos despojamos de cierta ilusión teórica comprenderemos, inmediatamente, que no hay mejor mediador que el abogado, el cual operando en su rol preventivo, consejero, impide la discusión entre ánimos caldeados por la circunstancia que los encuentra, logrando persuadir al cliente hacia el buen entendimiento de sus ventajas y oposiciones.

Esta participación letrada, enderezada hacia los buenos oficios diligentes con la télesis que inspira la audiencia, señala otra característica en aquellos procesos donde la conciliación no está reglamentada específicamente.

Cuando la audiencia se formula ritualmente, no existen problemas para conocer sus reglas; habitualmente establecidas sobre cimientos de simplicidad e informalidad pero obligando el comparendo personal de los interesados.

En cambio, impuesta como etapa del proceso, cabe reflexionar sobre la posibilidad de agregar expresiones escritas que formulen proposiciones de acuerdo, o dejen la iniciativa de ellas a la deliberación que surja de la audiencia y el juez actúe en su calidad de conciliador.

La informalidad del encuentro debe primar en las relaciones que se traben en ella; si acuden las partes con proposiciones escritas, corresponderá al juez analizarlas en su contenido para resolver su admisibilidad formal y someterla a consideración de la contraparte. De lo contrario, restar el compromiso que el director tenga con la finalidad de la audiencia para ejercer, con moderación y prudencia, la promoción de la vía pacífica que resuelva con paz y seguridad la diferencia que motivara el proceso.

La misma noción que importa el acto obliga a sustanciarlo en solo un acto. No es conveniente el fraccionamiento, sea ya por el principio de concentración como por la celeridad que debe impulsar todo proceso. Por ello, si las conversaciones auspician posibilidades de arreglo, solo la disponibilidad de las partes permitirá suspender el curso normal de los actuados. De otro modo, debe el juez proveer lo que en derecho corresponda.

Va de suyo que la presencia personal del juez en la audiencia y la homologación del acto convenido son resortes que validan lo obrado y justifican la conciliación en sí misma.

298.5 Efectos del acto conciliatorio

De acuerdo a los resultados que se obtengan, es posible dividir las cuestiones en dos posibilidades diversas. En primer término corresponde atender qué efectos cursa la conciliación cuando se frustra el objetivo tentado; y en segundo lugar, cuáles son las consecuencias que surgen si hubo avenimiento.

Respecto de la primera posibilidad, nadie puede dudar de la conveniencia de intentar la conciliación, porque si es *preprocesal*, servirá para que las partes concreten sus pretensiones futuras y conozcan, de alguna manera, qué probables alternativas de composición tengan en perspectiva. Si fuese jurisdiccional, la ventaja inmediata está en el conocimiento que toma el juez del problema que deberá afrontar y de quiénes son las partes encontradas. El expediente perderá la frialdad

de su contenido para convertirse en un juego de emociones y sensaciones conocidas, tendrá una cara a recordar y una inteligencia a deducir. El comportamiento de las partes no siempre se advierte con precisión de las lecturas de alegaciones, siendo menester convenir que la inmediación consigue mejores resultados por la conexión directa con los hechos, y con las personas que le dieron vida.

Por otra parte, si la conciliación no fuese alcanzada, la misma audiencia debe servir para depurar la materia en controversia, fijar los hechos en discusión, incorporar otros que no fueron motivos atendibles al tiempo de promover la demanda, propiciar los medios de demostración más precisos y convincentes, etcétera.

Por su parte, si fuese lograda la avenencia entre las partes deberá el juez encuadrar la figura concertada con las previstas al efecto por el Código Civil (renuncia, transacción, quita, espera, remisión, novación, etc.) y las que obren correspondientes en el Derecho Procesal (allanamiento, desistimiento, transacción).

> En ese sentido, se ha dicho que, de la interpretación armónica de los arts. 644 del Código Procesal y 2º inc. 2º, de la ley de mediación y conciliación 24.573, cabe concluir que la cuota alimentaria fijada en el proceso judicial tiene vigencia desde la presentación del formulario de mediación, pues como este proceso es el primer acto que permite exteriorizar la necesidad del actor, la dilación en el acceso a la jurisdicción no puede perjudicarlo en el reconocimiento del alcance de sus derechos. De lo contrario, tal proceso se erigiría en una carga para aquél que desalentaría su predisposición a negociar frente a la premura de dar por concluido tal trámite previo en miras a franquear el acceso al juicio.[1429]

298.6 Naturaleza del acuerdo

Ahora bien, este laboreo de precisión nos lleva a delimitar el terreno donde se instala la autocomposición, porque si atendemos únicamente lo hecho por las partes, estaremos presenciando un negocio jurídico de carácter privado que el juez homologa dando satisfacción a una pretensión compartida por litigantes.

1429. CNCiv., Sala K, , "L., A. M. L. c. S., A. A.", 17/09/1998, LL 1999-F, 790 [42.216-S] - ED 182-108.

En cambio, si priorizamos el suceso mismo de la audiencia, la participación del órgano jurisdiccional y las partes, y en conjunto, la unidad que inspira la mecánica de la conciliación, tendremos que concluir que la avenencia es el producto de un acto procesal.

La diferencia transporta a la teoría general del Derecho Procesal un problema que incide en la resolución que merecen los actos que desenvuelven voluntades de quienes los realizan y que tienden a producir efectos jurídicos a partir de la convalidación judicial.

Sin embargo, Palacio ha dicho que

> ... la eventual diferencia solo se traduciría, en definitiva, en la mayor o menor relevancia que la ley otorga a las declaraciones de voluntad de las partes para producir determinados efectos jurídicos en el proceso, es decir, en una mera cuestión de medida que, como tal, no logra alterar la identidad esencial existente entre todos los actos procesales provenientes de las partes.[1430]

Nosotros hemos compartido esta posición, estimando que desde la absoluta distancia que tomó el Derecho Procesal del Derecho Civil para lograr su identidad científica, hasta la simple confrontación respecto a que los actos requieren de la actividad jurisdiccional para tomar eficacia, queda en claro que los actos de composición voluntaria (allanamiento, desistimiento, transacción, conciliación) solamente tienen validez una vez que el juez los acepta, otorgándoles definitivamente implicancia jurídica.

La cosa juzgada es el atributo que consigue un avenimiento homologado, y tiene ejecutoriedad si fuese desconocido en sus términos o incumplido por alguna de las partes.

298.7 La conciliación en el Código federal

La audiencia prevista en el artículo 360 es el pórtico de la etapa probatoria, por eso suele denominarse "audiencia preliminar". La historia muestra que no es esta la primera vez que se articula en el sistema procesal de la Nación un acto como el presente, porque se reconocen muchos antecedentes, donde encontramos el artítulo 23 de la Ley N° 14237, que tenía la finalidad de fijar los hechos litigiosos y determinar la prueba a producir; luego el Decreto-Ley N° 23398/56 derogó esta disposición y

1430. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil, op. cit.*, 1977, T. IV, p. 21.

otras concordantes, restableciendo la mecánica del código anterior que tenía similar redacción a la de nuestros actuales artículos 379 y 384.

Más tarde, la Ley N° 17454 mantuvo una audiencia similar en los artículos 639 y 651, y la Ley N° 22434 incorpora el artículo 125 *bis* con iguales expectativas de mejorar los principios de economía procesal, saneamiento y fijación de los hechos controvertidos.

La Ley N° 24573 introdujo el artículo 360 con algunas variaciones que lo diferencian del que reglamenta el Código federal. Lo más importante de aquella norma fue la creación de una instancia previa de conciliación obligatoria, donde intervienen mediadores o conciliadores con título habilitante para ello. La línea continuó sin variantes en la reforma procesal de la Ley N° 25488 y con algunas variantes importantes está en la Ley N° 26589 que impacta, esencialmente, en el inciso 1 del actual artículo 360 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Es importante establecer una clara delimitación entre el alcance de los conceptos que involucran a ambas audiencias por cuanto no es extraño que se consideren con el mismo objeto, cuando en realidad tienen notas que las particularizan y deslindan, evitando que se vaya a aplicar la audiencia preliminar en casos donde no se les ha previsto o que se desarrolle tan solo la de conciliación cuando la contemplada es la preliminar.

La instancia obligatoria previa de mediación (o conciliación en asuntos laborales) se aplica en la jurisdicción nacional sin afectar la jurisdicción federal, lo que constituye una verdadera incongruencia con la estructura procesal.

La función del mediador consiste en acercar a las partes y no en resolver el conflicto cual si fuera un juez que sobre ellas dispone el derecho aplicable. El mediador trabaja para ayudar a que los eventuales contendientes descubran los verdaderos temas involucrados en la disputa y las resuelvan por sí mismas.

El informalismo circundante determina que solo se tengan en cuenta algunos pocos principios de organización y administración, sin que ninguno de ellos importe constituir un procedimiento determinado.

Las características salientes de la institución provienen, esencialmente, de la libre decisión de las partes para someter su crisis a la sabiduría de un mediador. Esta asignación no delega derecho alguno, el que en definitiva, los mismos interesados resuelven. Por eso, tal como fue anticipado, el rol del mediador se limita a proponer a las partes soluciones

posibles, quedando en poder de las mismas la decisión final. El mediador no resuelve el pleito, sino que coadyuva a que las partes lo hagan.

La informalidad es otra particularidad, sin perjuicio de algunas modalidades pactadas de común acuerdo (*v. gr.* plazos y términos, patrocinio letrado, etc.).

La confidencialidad estricta tiene muchas finalidades: Persigue en algún caso que las partes conserven el manejo de la situación crítica sin que ella rebase los límites que los mismos interesados disponen. De esta forma, el mediador colabora únicamente porque son los contendores quienes dominan el centro de gravedad del conflicto. En otras, el secreto de las actuaciones responde en aras de no entorpecer la independencia judicial.

a. Contenido de la audiencia

El actual planteo conciliatorio en la audiencia preliminar lo dispuso en su tiempo la Ley N° 25488 que derogó el artículo 125 *bis* y modificó el artículo 360 dándole un contenido similar al actual cuyo texto corresponde a la Ley N° 26589.

La audiencia preliminar prevista se compone de varias etapas a través de las cuales transcurren la conciliación, el alegato de partes, la prueba de confesión, el proveimiento de las demás medidas de prueba, la formación de cuadernos en caso de considerarlos útiles y necesarios; y tiene una nueva oportunidad para declarar la cuestión como de puro derecho.

Lo interesante del caso resulta de la metodología dispuesta para celebrar cada audiencia. Ninguna de ellas es un encuentro formal a cumplir para despachar una instancia del juicio, todo lo contrario, la audiencia preliminar persigue que sea el juez quien, de manera indelegable, asuma el deber de dirigir el proceso; mientras que las audiencias de conciliación o mediación deben ser tomadas por funcionarios debidamente matriculados ante los organismos de control que aseguran la idoneidad de ellos para desempeñarse.

b. Presencia ineludible del juez en la audiencia

La suerte de la audiencia va de la mano con la presencia del juez en la misma. La historia de la institución muestra el fracaso de los ob-

jetivos que en cada oportunidad se persiguió, por no asumir el magistrado el rol de conducción oportuna del litigio, acompañado por la desidia de partes y abogados que han aceptado transitar esta etapa como si fuera el simple paso formal por una etapa más del proceso.

El actual dispositivo no es contundente para afirmar la obligación de estar presente en la audiencia; solo dice que si el juez no se hallare presente no se realizará la audiencia dejándose constancia en el libro de asistencia.

De ello surgen dos interpretaciones posibles:

a. Que la audiencia no se puede jamás realizar sin la presencia del juez, porque el art. 360 establece un deber congruente con el art. 34 inciso 1º (asistir a la audiencia preliminar);
b. que la audiencia se realice con la anuencia de las partes, teniendo en cuenta que el deber de inmediación que se instala es para el juez y no existen sanciones consecuentes; mucho más frente a la vigencia del principio procesal que sostiene que todas las nulidades del proceso son relativas, es decir, que admiten convalidación cuando el defecto no es trascendente.

Ahora bien, si una de las partes pretende la presencia del juez no debe pedirla con anticipación (como decía antes el art. 34 inciso 1º que requería el planteo con una anticipación mínima de dos días) porque es un deber indelegable; solamente, cuando advierte que el acto pretende celebrarse con quien no reviste la condición de juez de la causa debe dejar constancia en el libro de comparecencia que se retira del acto por esa ausencia.

> En consecuencia, como dice Colerio, una audiencia preliminar llevada a cabo sin la presencia del juez es también susceptible de ser atacada de nulidad por quien no consintió esa falta, atento carecer el acto de un requisito indispensable, como es la presencia del juez.[1431]

c. La conciliación procesal

La conciliación inserta en el ámbito del proceso desenvuelve una modalidad específica de los fines que inspira el Derecho Procesal: conciliar sin sacrificio de intereses. La pacificación provocada por el activismo judicial en base a la audiencia fue y es un mecanismo

1431. Colerio, Juan Pedro, en *Reformas al Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Falcón, Enrique M. (coord.), Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2002, p. 163.

dirigido a atenuar ánimos exacerbados, evitando la prolongación de un pleito que tiene respuestas anticipadas sin necesidad de obtenerlas de la sentencia definitiva.

La conciliación como acto del proceso, oportuno y eficaz, persigue justamente acertar ese destino de solucionar controversias sin anudar las diferencias que llevan a proseguir el estado litigioso. Por otra parte, la presencia del juez en la audiencia contrae sensibilidades distintas en el ánimo de las partes, no es ya puro voluntarismo el que decide la composición, sino un elemento de prudencia y consejo que, sin generar prejuzgamiento, permite conocer cierta postura ante los hechos que afronta.

Asimismo, instalada la audiencia como un acto del proceso, le facilita al juez ordenar la comparecencia al avenimiento, porque si las partes no pueden obligarse con relación al objeto de la controversia, tanto como si fuese prohibida la disposición por no ser materias transigibles, sería inútil e inoficioso propiciar la vía.

Creemos que este es el justo camino para la conciliación, un acto poder para el juzgador, y un derecho absolutamente dispositivo para las partes. Una vez más el acto procesal que supone la conciliación podría aparejar una contradicción de sus propios términos y finalidades.

Si el avenimiento se formula como un proceso natural e independiente sería ilógico considerar que obre como tal, ya que la decisión de acudir a un juez para solucionar una diferencia de intereses supone el fracaso anterior de negociaciones tendientes a evitar justamente el litigio.

Sería tanto como decir que la conciliación es un proceso que tiende a eliminar el proceso ulterior, circunstancia que destaca la dificultad para entenderla como proceso independiente.

En su lugar, si la conciliación se interpreta como acto procesal puede colegirse una finalidad clara y precisa: alcanzar un acuerdo voluntario en la diferencia de pretensiones sin necesidad de agotar una instancia judicial que, generalmente, es larga y fatigosa y no responde al espíritu inquieto del hombre ansioso por lograr el reconocimiento del derecho.

299. El arbitraje

La sola denominación de arbitraje supone para el intérprete un proceso distinto al clásico. Sin embargo, sería apresurado establecer,

ab initio, semejante singularización. Ocurre que la institución toma cuerpo en las más antiguas disposiciones de derecho, y aun, en las mismas voluntades humanas que preferían concordar sus entredichos en base al consejo de otra persona de confianza.

Por eso, ya las inscripciones babilónicas[1432] como los relatos bíblicos y el sistema romano tenían referencias sobre el arbitraje. Tanto como las Leyes de Partidas, en especial la tercera que decía "Contiendas tienen entre sí los hombres algunas veces y las ponen en manos de avenidores, y la carta de avenencia llámanla compromiso".

> En verdad, la historia de la humanidad nos muestra la recurrencia hacia el modismo, y esos juicios remotos eran observados con los dioses griegos al designar a París para resolver sobre la belleza de Venus, Juno y Minerva. O entre los hebreos, que según el texto del Génesis debía interceder ante la crisis suscitada entre Jacob y Laban. O en la Atenas regida por las Leyes de Solón que hablaba de arbitrajes privados y públicos, entre otros antecedentes remotos.[1433]

La personificación en un tercero para resolver los conflictos humanos, en principio, pareciera definir la situación como un proceso donde las partes deciden poner en manos de aquél la respuesta al problema que las enfrenta.

Esta perspectiva goza de una ventaja práctica para el esclarecimiento; pero es confusa en orden a la naturaleza y fundamento de la institución.

Si recordamos que la vida misma de la jurisdicción proviene de la autodeterminación de los hombres que, al organizarse para vivir en sociedad, deciden entregar al Estado la potestad de tutelar los conflictos intersubjetivos, surgiría que no tendríamos diferencias sustanciales con el proceso jurisdiccional, propiamente dicho.

Entonces, las respuestas han de provenir de un análisis diferente que despeje las incógnitas del científico y propicie un entendimiento simple al que interesadamente incursione por la disciplina.

Es menester abordar las cuestiones evolutivamente. Porque la historia y los sucesos irán mostrando cómo los hombres fueron difi-

1432. Cfr. Muller Stadt, George, *Historia del derecho internacional público*, trad. del alemán por Francisco F. Jardón Santa Eulalia, Madrid, Aguilar, 1961, p. 22. También: Briseño Sierra, Humberto, "Arbitraje Nacional e Internacional", en Ponencias Generales del II Encuentro Panamericano de Derecho Procesal y XII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Rosario, 1983, p. 27.

1433. Vicente y Caravantes, José, *op. cit.*, T. II, p. 467.

riendo sus enfrentamientos a partir de resoluciones que evitaran, precisamente, la contienda frontal.

Si en un primer momento la Ley del Talión avanzó en la utilización desmedida de la fuerza; posteriormente la autocomposición y la heterocomposición cubrieron las posibilidades para sanear la discordia.

En efecto, la primera evita el conflicto por la decisión personal de quien la toma. No hay interés o motivo suficiente que entienda bastante para litigar. No hay controversia directa y el proceso se resuelve en base a mera pacificación.

La heterocomposición significó dos situaciones trascedentes: por un lado, el nacimiento mismo del proceso judicial tal como hoy lo entendemos; por otro, la posibilidad de remitir hacia un tercero diferente al que el Estado propicia (juez) la respuesta al conflicto planteado.

Este es el nacimiento estricto del arbitraje, y se compadece con la etimología que la palabra tiene. Esto es *adbiter*, formada por la proposición *ad*, y *arbiter*, que significa tercero que se dirige a dos litigantes para entender sobre su controversia.

299.1 Los principios generales del arbitraje

Ante todo es una institución práctica para descongestionar la intensa labor de los tribunales. Como tal podría formularse como un mecanismo alternativo de la jurisdicción, precisamente porque la base del arbitraje está en el acuerdo de partes que voluntariamente requieren de su metodología.

El trámite puede concertarse; no así ciertas materias que escapan a la órbita de los derechos libremente transigibles, los cuales, ante el conflicto, deben sustanciarse ante la justicia ordinaria por afectar directamente al interés público.

Como el proceso arbitral, por vía de principio, no tiene posibilidades cautelares, ni de ejecución, el ámbito tolerado para su desarrollo sería el de un proceso de conocimiento, auxiliado por la jurisdicción judicial para lograr dichas medidas. Además, como se debaten conflictos, ese procedimiento será contencioso.

Los árbitros no integran, como regla general, ninguna organización estatal, por tanto, sus integrantes no son auxiliares de la justicia ni funcionarios públicos.

En síntesis, la esencia que materializa la posibilidad del arbitraje radica en el principio de libertad y disposición de las partes para elegir la vía donde resolver sus diferencias y conflictos.

Tiene sustento contractual (lo que no supone decir que deba regirse por disposiciones sustanciales) porque depende del consentimiento de ambos contradictores, o del acuerdo concertado al efecto. De todos modos, esa libertad tiene límites insuperables provenientes del orden público centrado en ciertas materias que devienen indisponibles para los interesados (no podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción –art. 737, CPCC–).

Por lo demás, las soluciones provenientes de la institución no son sentencias típicamente dispuestas, sino laudos, dictámenes, o resoluciones, según lo hayan pactado las partes o provenga de normas preestablecidas el efecto jurídico que ellas han de tener.

299.2 El arbitraje voluntario

La decisión de componer diferencias por esta vía presupone dos situaciones posibles. De un lado, la actitud preventiva de auspiciar el modelo sin que exista conflicto alguno, es decir, que se formaliza el compromiso de someter toda cuestión de intereses contrapuestos a la resolución de árbitros, y esa concertación se formaliza documentalmente (cláusula compromisoria) al tiempo de formalizar el contrato base.

Por otra senda, corre la posibilidad de solucionar el conflicto ya existente mediante un tercero neutral ante quien se presenta el problema emergente. En este caso la potencialidad del caso suscita que el acuerdo se denomine compromiso en árbitros o compromiso arbitral, y por lo general, es más detallado y preciso en cuanto a los límites y alcances que se desean de la función encomendada.

299.3 El arbitraje forzoso

En el caso, las alternativas van entre las cuestiones que legalmente reconocen el tránsito obligado por este camino de aquellas otras que derivan de la concertación anterior de las partes, que al ser

voluntaria, evita el desconocimiento de la convención y obliga o fuerza a recurrir a los árbitros.

Las normas procesales no son ejemplificativas de este paso forzoso, aun cuando detallan el régimen y las materias que se permiten. No obstante, algunas provincias argentinas (Santa Fe y Córdoba) establecen el arbitraje forzoso, a excepción de que todos los interesados acepten la intervención de la justicia ordinaria para: a) los juicios declarativos generales entre parientes dentro del cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad; b) los juicios de cuentas complicados y de difícil justificación; c) la determinación de las bases necesarias para hacer posible la ejecución de la sentencia cuando esta así lo disponga; d) las demás cuestiones que expresamente determine la ley (cfr. arts. 417, Santa Fe y 470, Córdoba).

En cambio, el arbitraje forzoso voluntario origina el deber de ejecución de las partes a someterse al compromiso arbitral. Sea la cláusula compromisoria la que vincule a las partes; sea el compromiso celebrado ante el conflicto padecido, en ambas situaciones se habla de un arbitraje legal porque el acuerdo libremente pactado se convierte en ley para las partes y obliga a su cumplimiento, por aquello de que los contratos deben celebrarse, interpretarse y ejecutarse de buena fe.

299.4 El arbitraje jurídico y de equidad

La actuación de los terceros provoca, en estos casos, una modificación en los hechos que condiciona los actos posteriores. Está claro que en el primer tipo de arbitraje se aplica un ordenamiento jurídico determinado, de modo tal que la idea central reposa en esta lectura: el árbitro interpreta y ejecuta una disposición legal.

Pero esta actividad no supone, necesariamente, que exista un conflicto o una controversia, sino, simplemente, de utilizar ese remedio preventivo y expedito, que le otorga la posibilidad de obtener una respuesta inmediata a un problema perentorio.

Vinculado con ello, puede originarse esta modalidad de arbitraje solamente en los casos que puedan ser objeto de transacción (conc. art. 737, código federal), y mientras ellos puedan ser resueltas por la estricta regla ofrecida en un orden jurídico preestablecido. Es decir, que el árbitro adquiere una semejanza notoria con la figura del juez.

Frente a ella, cuando el juez actúa en conciencia asume el carácter de un amigable componedor; resuelve el asunto por la equidad y honradez que le manda su íntimo convencimiento, y su leal saber y entender. Esta facultad de obrar determina una de las diferencias más esenciales que existen con el esquema anterior, al tener éstos que observar los trámites de derecho y sentenciar con arreglo a las prescripciones de la ley.

Es probable que esta última expresión del arbitraje cuente con la ventaja, manifiesta, de vivir los acontecimientos del presente. Circunstancia inevitable a la hora de confrontar las bondades de un sistema que permite resolver identificado con los problemas del hoy y con las necesidades del tiempo al que acude. La dinámica y adaptación del juez de equidad –que tan bien expusiera Calamandrei– adapta el conflicto por encima de las rigideces técnicas y de las frialdades legales. Esa ductilidad resulta impermeable a ciertos hábitos jurídicos (*v. gr.* estar fuera del problema, resolverlo en base a silogismos puros, aplicación estricta del marco predispuesto, etc.), dando al árbitro una ventaja insoslayable sobre las estructuras, y un inconfundible apoyo a la justicia de "rostro más humano".

299.5 El arbitraje interno e internacional

Son modalidades específicas que dependen exclusivamente del tipo de documento que genera la constitución y procedimiento arbitral. Significa que si el desarrollo está creado por normas vigentes (ejemplo: las dispuestas por el Código Procesal) el arbitraje se denomina interno o doméstico; mientras que cuando se rige por convenios internacionales hay que distinguir entre los terceros designados *ad hoc* de aquellos que integran instituciones que poseen reglamentos propios y competencias específicas.

La diferencia es importante porque evita caer en el error de asignar características o *nomen juris* de uno u otro sistema, siguiendo la pauta de las personas en litigio o de la materia envuelta en disputa.

En nuestra disciplina conviene tener presente este trazado porque la pauta para discernir cuándo habrá arbitraje y proceso internacional, o árbitros locales y procedimientos internos, dependerá de las reglas que apliquen los tribunales constituidos.

300. Los procedimientos alternativos

En la línea de encontrar alternativas al proceso, suelen aplicarse los modelos que desarrolla Estados Unidos que tienen la ventaja de simplificar el desarrollo y exigir condiciones de idoneidad cuando se abre el curso procesal completo.

Estos esquemas se explican en un estudio muy informado del profesor Julio César Cueto Rua.[1434] La confrontación más notable que encuentra entre los sistemas posibles para resolver conflictos se halla en la situación que tiene el juez respecto del objeto procesal. En efecto, así como el proceso civil romano que ha influenciado toda la construcción latina, admite por vía de principio que el problema es "cosa de partes" donde el juez encuentra respuestas luego de una serie de actos que verifica al final del tiempo tenido para desarrollar las diversas etapas establecidas; el *common law* no participa del temperamento, priorizando la presencia del juez desde los primeros actos, logrando de esta manera mutar los roles porque el decisor dirige desde el comienzo.

También la modalidad escrita ha sido una larga fatiga del sistema latino, porque impide al juez ver cara a cara a las partes y demás partícipes del proceso, lo sustrae de las vivencias internas del sentimiento y la percepción humana, y lo que es más importante, le dificulta la rapidez natural que debe tener toda crisis que necesita resolverse.

Puede ser que el triunfo ostentado hasta el presente por la escritura provenga de los riesgos que fueron señalados en su opuesto: el sistema de la oralidad. Menciona Cappelletti que

> ... no se puede negar que el contacto directo del juez con las partes (y con sus defensores) y con los testigos, lleva consigo una cierta dosis de riesgo para la imparcialidad u objetividad del juez. A las razones objetivas y *sin rostro* de la verdad y de la justicia, podría él ser inducido a anteponer aquellas otras, conscientes o inconscientes, de la simpatía o antipatía hacia una parte en daño o en favor de la otra; o podría quizá inclinarse a preferir las razones de la parte culta a las de la parte inculta; o de la parte noble a la de la parte plebeya; y así sucesivamente discurriendo. El moderno sistema de la oralidad, en el cual las partes, los defensores

1434. Cueto Rua, Julio, *Nuevos procedimientos para la solución de disputas en los Estados Unidos*, LL 1991-B, p. 785 y ss.

> y los testigos hablan, más que escriben, al juez en la audiencia pública, y en el cual, por tanto, la audiencia viene a constituir el momento más importante (y también el más dramático) del proceso, presupone, como ha escrito un agudo jurista austríaco –Gustav Demelius– a fines del siglo último, un *magnus judex*, un "gran juez" o por lo menos un juez hábil, inteligente, sobre todo honesto. La razón histórico-sociológica del triunfo, en el medioevo, del sistema de la escritura, ha de verse probablemente en la falta, precisamente, en aquellos tiempos de una 'gran magistratura'.[1435]

La presencia del juez "dentro" del conflicto es la visión contemporánea del suceso, y en Estados Unidos se desenvuelven diversos procedimientos para la solución pacífica de los entuertos. Obviamente, referimos al "juez" no en la dimensión que aceptamos cuando vimos la noción de función jurisdiccional, sino en la contemplación de aquel tercero con autoridad, que participa con firmeza y decisión en los problemas que se le encomiendan resolver.

La diferencia está en que se trata de mecanismos extrajudiciales muy distintos, de gran elasticidad ritual y facilidades para el acceso; todo ello, sin perjuicio de modismos perfectamente jurisdiccionales que orientan la solución a partir de la metodología utilizada para incidir en las voluntades de partes en controversia.

300.1 El *mini trial*

Aunque la denominación suponga referirse a un "pequeño juicio", en realidad se trata de un sistema de encuentro voluntario entre intereses contrapuestos cuyos operadores directos son los abogados de las partes.

El *mini trial:*

> … consiste en un procedimiento informal mediante el cual las partes interesadas (o sus representantes de más elevada jerarquía en el caso de sociedades anónimas) toman conocimiento íntimo y detallado de la disputa mediante su concurrencia a reuniones organizadas por los respectivos abogados de las partes.[1436]

1435. Cappelletti, Mauro, *El proceso civil en el derecho comparado, op. cit.*, p. 50.

1436. Cueto Rúa, Julio, *Nuevos procedimientos para la solución de disputas en los Estados Unidos, op. cit.*, p. 785.

La ventaja de esta opción obra en la medida de la capacidad de los letrados para exponer sus respectivas pretensiones, donde se advierte más la destreza y habilidad para alcanzar puntos de coincidencia que la razón jurídica que pueda derivar en el éxito de una postura extrema. Es una negociación, propiamente dicha, pero adaptada a una costumbre formal que comienza con la presentación del caso ante los interesados directos. El abogado del actor indica el foco litigioso que su parte reconoce, sosteniendo las verdades normativas que a su entender le propician un resultado venturoso. Señala las pruebas que acuden en su mérito, las que son principalmente documentales y, finalmente, otorga tiempo suficiente a su interlocutor para oir sus razones.

Este, habitualmente, no discute posiciones, sino exhibe contrapruebas de su derecho –también instrumentales–. Logrado el comparecimiento y producidas las alegaciones, todos los reunidos procuran encontrar los acuerdos liminares donde el conflicto no subyace. La conversación es informal, realista y con un preciso balanceo de las partes entre posibilidades y riesgos.

La reunión no tiene tiempos, y depende muchas veces del tipo de probanza a concretar. Como no se busca acordar definitivamente, tampoco tiene el curso dispuesto un tiempo de celebración.

> La clave de la fórmula se encuentra en la oportunidad que suministra a todos los interesados de ganar una visión esclarecida y fundada de la disputa, con percepción de la fortaleza y debilidad de las pretensiones contrapuestas de las partes. El realismo resultante permite acercar las pretensiones y encontrar una solución mutuamente satisfactoria.[1437]

Como vemos, es un mecanismo extrajudicial que destaca el rol del abogado negociador.

300.2 El oyente neutral (*neutral listener*)

Esta figura se presenta con similares descripciones del arbitraje voluntario. Es un tercero neutral, libremente elegido por las partes en discordia, que goza de la confianza de ellas por sus impecables antecedentes o por el conocimiento directo que sobre el mismo tengan. El "oyente neutral" recibe de cada interesado una propuesta a sugerir al oponente.

1437. Ibídem, p. 786.

La tarea del tercero consiste en evaluar las reales posibilidades de cada oferta de conciliación o transacción sobre las cuales podrá intentar convenir un acuerdo final, el que se suscribe después de reuniones donde acordar las modalidades respectivas.

La confidencialidad y reserva caracteriza el procedimiento.

Informa Cueto Rúa que

> ... las propuestas se formulan en un contexto de sencillez e informalidad. En el modelo de *neutral listener* elaborado por el *Center for public resources*, se sugieren criterios de actuación como los siguientes:
>
> a. Si la cifra propuesta por el reclamante es menor que la cifra propuesta por la reclamada, se acepta como debida la cifra menor más la mitad de la diferencia;
> b. Si las cifras se encuentran separadas por una cierta diferencia determinada de antemano (*v. gr.* 10%) las partes instruyen al oyente neutral para que medie entre las partes y procure un arreglo amistoso de la diferencia;
> c. Si las propuestas de las partes exceden el porcentual de diferencia aceptado, las partes pueden acordar la presentación de una nueva propuesta al oyente neutral.[1438]

La actuación no obliga a las partes, solo las persuade de la conveniencia. El oyente neutral sugiere y recomienda, circunstancia por la cual está obligado a callar cuanto sabe del conflicto, encontrándose amparado por el secreto profesional si fuese convocado a declarar en un proceso ordinario que debatiese el conflicto que él no pudo conciliar. Sus honorarios se convienen entre las partes, y los gastos causídicos, por lo común, se reparten en el orden causado.

300.3 El dictamen por expertos

Se trata de un sistema similar al de nuestro juicio pericial, con la diferencia de que se basa en un acuerdo anterior que resta completar por pequeñas diferencias que las partes deciden resolver sobre el dictamen que emita un experto determinado (*neutral expert factfinding*). Este pronunciamiento puede ser indicativo u obligatorio conforme se hubiere dispuesto, pero en ambos casos puede utilizarse la opinión ante la Corte.

1438. Ibídem, p. 789.

El artículo 476 del código federal lo destaca como prueba complementaria de la pericia, y en procesos internacionales, a veces, se lo entiende en el cuadro de los amigos del tribunal (*amicus curiae*).

Es común este tipo de intervenciones en casos de propiedad intelectual, registro de marcas y patentes, diseños industriales, etcétera, donde se acepta el criterio que los expertos emitan sobre el punto en esclarecimiento.

300.4 El *adjudicator*

Algunas veces el conflicto reconoce proyecciones que pueden afectar la imagen pública de alguna de las partes. Es posible, también, que las diferencias provoquen revelaciones inconvenientes que los contradictores persigan ocultar en provecho de sus respectivas intimidades.

En estos casos, cuando las partes no quieren que la controversia trascienda (porque, por ejemplo, se divulguen descubrimientos o conocimientos científicos cuya posesión por terceros afectaría la ventaja competitiva de alguna de las partes) la decisión de la crisis se confía al *adjudicator*.

> Este recibe bajo compromiso de consideración confidencial y reservada la petición y la prueba instrumental de cada una de las partes. En consecuencia, cada una de las partes ignora lo elegido por la otra y la información técnica suministrada. En base a dichas presentaciones, el adjudicator resuelve la disputa. Esta resolución no obliga a las partes. Su valor se encuentra en que ella suministra una nueva base para la negociación de un arreglo o transacción. El adjudicator suele participar de esas negociaciones como una suerte de mediador.[1439]

300.5 El arbitraje delegado

En Estados Unidos los jueces tienen posibilidades concretas de someter sus causas o parte de ellas al examen y decisión de un tribunal arbitral. Generalmente, la derivación se efectúa en litigios de menor cuantía y participan en carácter de árbitros los abogados del condado.

La presunta crisis constitucional del sistema, al evitar que los jueces naturales de la causa intervengan derivando su competencia a

1439. Ibídem, p. 790.

quienes no tienen facultades jurisdiccionales, no obstante, se ha declarado no afecta la supremacía de la carta fundamental.[1440]

La experiencia parece extenderse con particularidades que definen cada organización judicial. Por ejemplo, el Estado de California permite que, en ciertos asuntos, si el actor elige el procedimiento arbitral, el demandado se encuentra obligado a aceptar esa jurisdicción.

300.6 Juicio por jurado sumario (*summary jury trial*)

Explica Cueto Rúa que

> … el llamado *summary trial* es un procedimiento utilizado simultáneamente con la mediación. Su introducción en la práctica forense norteamericana se debe en gran medida a los esfuerzos del juez federal Thomas Lambros. Consiste en la formación de una suerte de jurado (*mock jury*), integrado por personas incluidas en las listas generales de jurados potenciales. Este jurado ficticio (*mock trial*) está facultado para dictar un veredicto, pero este no es obligatorio. Se lo utiliza para dar a las partes litigantes una idea razonablemente precisa del probable criterio que aplicaría un jurado de verdad si el caso hubiera sido sometido a su consideración. También permite ganar un conocimiento preciso de la posición de las partes.[1441]

Las características salientes son:

a. Cuando existen discrepancias sustanciales entre las partes y sus abogados, sobre la magnitud de los daños acaecidos;
b. cuando promedian agudas divergencias entre los abogados acerca de la probable actitud del jurado que intervendrá en el caso cuando llegue el momento de aplicar a los hechos del caso, conceptos jurídicos nebulosos, tales como "razonabilidad";
c. cuando una de las partes carece de una percepción realista del valor del litigio;
d. cuando una de las partes desea firmemente la sumisión del caso al conocimiento de un jurado.

También en este procedimiento la intervención de expertos sin jurisdicción depende de la voluntad judicial.

1440. Caso "Smith vs. Wissler", 350 U.S. 858; Cueto Rúa, Julio, *Nuevos procedimientos para la solución de disputas en los Estados Unidos*, *op. cit.*, p. 790, nota 1.

1441. Cueto Rúa, Julio, *Nuevos procedimientos…*, *op. cit.*, p. 790.

El esquema básico, continúa diciendo Cueto Rúa, es el siguiente:

Primero: se elige el jurado utilizando las listas comunes de personas llamadas, eventualmente, a serlo como jurados (*ventre*);
Segundo: los abogados de cada una de las partes litigantes presentan sintéticamente sus respectivos casos ante el jurado así seleccionado y ante el juez interviniente, utilizando alrededor de una hora para efectuar su presentación;
Tercero: los abogados solo pueden invocar los hechos acerca de los cuales se han producido prueba (*discovery*) y exhibir documentación o algún otro tipo de evidencia material;
Cuarto: los abogados conservan su facultad de formular objeciones acerca de la prueba invocada o producida, pero los jueces se inclinan a aceptar su recepción para permitir al jurado la formación de un juicio más elaborado;
Quinto: al término de la audiencia (*trial*), el juez interviniente suministra al jurado instrucciones abreviadas;
Sexto: el juez entrega al jurado un formulario con preguntas sobre los hechos cuestionados; sobre la responsabilidad de las partes; y sobre el monto de los daños y perjuicios;
Séptimo: las respuestas del jurado no obligan ni a las partes ni al juez. Su única finalidad es suministrar a los litigantes elementos de juicio adecuados que faciliten la comprensión del caso, medir responsabilidades involucradas y calcular el probable desenlace del litigio;
Octavo: para facilitar un acuerdo transaccional en estos casos, es común que los jueces intervinientes requieran la presencia en la audiencia de los propios interesados para facilitar su evaluación realista del litigio y sus posibilidades, positivas y negativas;
Noveno: tanto el juez interviniente como los abogados de las partes se encuentran facultados para interrogar a los miembros del jurado acerca de su percepción y evaluación del caso y de la prueba. Ello permite formarse una idea más precisa acerca de la suerte del litigio si este hubiera de ser resuelto mediante la intervención de un jurado verdadero.[1442]

301. Proceso y procedimientos

El proceso judicial es garantía de tutela jurídica para los conflictos entre personas. Tiene principios y reglas que pueden acomodarse a las necesidades del caso, sin alterar la igualdad entre los contradictores,

1442. Ibídem, p. 791.

pero jamás deberán alterar las garantías judiciales pues de hacerlo no sería propiamente un proceso.

En orden a los valores se prefiere la justicia resuelta conforme a la Constitución dejando de lado las formas y solemnidades. Esta unidad teleológica, estática si se prefiere la caracterización de Podetti,[1443] no impide que la regulación adjetiva imponga procedimientos con modalidades y efectos distintos que deriven de la naturaleza del conflicto entre partes, o de la finalidad inmediata que persigan, o de los intereses que procure, etcétera.

Las clasificaciones elaboradas en doctrina son numerosas, sin llegar a conformarnos ninguna de ellas a pesar de la maestría con que se las explica. Ocurre que en todas, o casi todas, se parte de conceptos que eluden la noción básica que insistimos como fundamento: si el proceso es una garantía, esta se encuentra solo afincada en la consagración de sus elementos. De otro modo no hay proceso, ni se es un tipo de proceso.

Por ejemplo, suele distinguirse entre procesos judiciales y arbitrales, a cuyo fin se toma como ejemplo lo dispuesto en el Libro VI del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación que regula el proceso arbitral.

> Carnelutti lo adopta como un equivalente del proceso civil dado que la litis se compone por obra de las partes mismas;[1444] pero la fundamentación del autor reposa en el modo de resolver conflictos, y no a una categorización especial de procesos.

El problema tiene su origen en la confusión terminológica, habitualmente encontrada, referida a utilizar como sinónimo los vocablos "proceso", "contienda", "litigio", "controversia", "juicio", "procedimiento", "causa", "asunto", etcétera. Cada uno de ellos tiene una significación propia, pero en lo que a nosotros interesa, importa reafirmar que el proceso, además de aquella unidad ontológica destacada, tiene la característica de ser un conjunto de actos secuenciales que conducen hasta la sentencia, donde la forma orquestada para que ellos sucedan depende del procedimiento asignado.

1443. Podetti, Ramiro, *Teoría y técnica del proceso civil, op. cit.*, p. 183.

1444. Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal civil, op. cit.*, T. I, p. 109.

Ahora bien, el proceso requiere de la jurisdicción y de la acción que ejercen los sujetos; si alguno de los elementos falta, no hay proceso. Por ello, el juicio arbitral no es un proceso, sino un enjuiciamiento donde la tarea del árbitro opera sobre una plataforma previamente concertada, sea contractualmente por convenio entre partes, o legalmente cuando exista una norma que disponga su implementación. Asimismo, el planteo supone inexistencia de jurisdicción, y como tal, no hay proceso sino procedimiento.

De todas maneras, a los fines de una clasificación, es posible presentar una síntesis legal y otra doctrinaria:

301.1 Clasificación en el derecho positivo

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación establece los siguientes procesos:

1. De conocimiento, divididos en ordinarios y sumarísimos, tras la derogación del juicio sumario por la Ley N° 25488. En otras legislaciones, el grado de conocimiento superior se adopta como juicio pleno u ordinario; el acotamiento del conocimiento y la reducción probatoria se asume como juicio sumario; y el enfoque único al objeto a resolver, se conoce como proceso sumarísimo.
2. De ejecución, sean de sentencias o de títulos ejecutivos o especiales (prendarios, hipotecarios, comerciales o fiscales).
3. Especiales, clasificados en interdictos, declaraciones de incapacidad e inhabilitación, alimentos y litisexpensas, rendición de cuentas, mensura y deslinde, división de cosas comunes y desalojo.
4. Sucesorio, fraccionados en testamentarios o *ab intestato*.
5. Arbitrales, divididos en juicio arbitral, amigables componedores, o periciales.
6. Voluntarios, especificando a la autorización para contraer matrimonio; tutela y curatela; copia y renovación de títulos; autorización para comparecer en juicio y ejercer actos jurídicos; examen de los libros por el socio; reconocimiento, adquisición y venta de mercaderías.

No se ocupa del proceso cautelar en términos que lo señalen con un perfil propio, quizás por la influencia de Calamandrei quien observa que el proceso dirigido a obtener una providencia cautelar "no tiene una característica y constante estructura exterior que permita considerarlo formalmente como un tipo separado".[1445]

301.2 Nuestra clasificación

La relación procesal se puede desarrollar siguiendo pautas de gestión diferentes que responden a móviles distintos, a saber:

1. Por la finalidad perseguida los procesos pueden ser de conocimiento, ejecutivos o cautelares (precautorios).
   El primero de ellos tiende a desenvolver el juicio, propiamente dicho, donde la actividad del juez opera sobre el conflicto de intereses, esperando de él una decisión que ponga fin al estado de incertidumbre que tienen las partes en litigio.
   Cuando el *conocimiento* del magistrado sobre el material disponible es amplio y no encuentra límites en su actuación, se habla de procesos de conocimiento plenario (ordinarios, en la clasificación precedente); si el ámbito cognoscitivo se reduce, tanto como la prueba instrumentada, el proceso se denomina plenario rápido o abreviado; y si el conocimiento está acotado a un hecho específico, por razones urgentes o de especial consideración, encontramos los llamados procesos plenarios abreviadísimos o rapidísimos (sumarísimos, en el orden descripto con anterioridad).[1446]
   Por su parte, los *ejecutivos* difieren del título que porta el derecho exigible, de modo tal que la fehaciencia cartular origina uno u otro mecanismo. En todos ellos la finalidad es el cobro inmediato de una suma de dinero previamente obligada por documento. A veces el ejecutivo tiene una etapa previa de conocimiento, cuando el título no es hábil ni suficiente para robustecer su fuerza compulsoria y es necesario dotarlo de este

1445. Calamandrei, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* (trad. de Santiago Sentís Melendo), Buenos Aires, Bibliográfica Argentina, 1945, p. 32.

1446. Cfr. Fairén Guillén, Víctor, *El juicio ordinario, los plenarios rápidos y los sumarios*, Barcelona, Bosch, 1968, p. 372 y ss.

atributo en pasos preliminares. En otras, ese conocimiento deriva del mismo juicio ordinario cuya sentencia no es acatada y debe procederse a ello por la vía expedita de la ejecución. Los *cautelares* tienden a proteger el resultado eventual de la pretensión y prosperan en la medida de que quien lo pida goce de verosimilitud en su derecho (apariencia de obrar con razón en base a un título justo) y del peligro que ocasionaría demorar la medida precautoria (*periculum in mora*).

2. Por el contenido del objeto procesal, el proceso puede ser singular o universal.
   En efecto, la unidad o pluralidad de intereses[1447] bosquejan un cuadro de pretensiones que cubren las expectativas de una o más personas, respecto de un bien o de todos ellos.
   Ejemplo de proceso singular sería el desalojo, la rescisión contractual, el cobro de sumas de dinero, etcétera. Los procesos universales, en cambio, ocupan la totalidad de los bienes del individuo o la empresa (*v. gr.* sucesión, concursos y quiebras).
3. Por la estructura dispuesta, los procesos pueden ser:
   a. Comunes o especiales. Los primeros se basan en las tres etapas clásicas del procedimiento romano: a) proposición y defensa; b) deliberación y confirmación y c) decisión. Los restantes, difieren de esta estructura convalidando un mecanismo diferente. Por ejemplo, en los procesos de estructura monitoria se invierte el orden del contradictorio, pues el juez dicta sentencia con la sola proposición del actor, para recién después escuchar al demandado, abriendo paso a la controversia (eventual e hipotética).
   b. Orales o escritos, según determinen la forma de deducir la pretensión y sustanciar la litis. Aun cuando justo resulta destacar que no existe en puridad un proceso absolutamente oral o totalmente escrito, porque en ambos se transitan posibilidades de uno y otro.
   c. Contenciosos o voluntarios, a cuyo fin remitimos a lo explicado oportunamente para adoptar la jurisdicción de estos procesos.

1447. Véscovi, Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Montevideo, Idea, 1974, T. I, p. 31.

Fuera de estos agrupamientos, compilados para desentrañar con cierta comodidad el lugar donde se ubican, están aquellos procesos que pretenden organizarse con principios propios basados en la materia o disciplina que los encuentra dentro del ordenamiento jurídico.

En este sentido, la división entre proceso civil y proceso penal parece la más distante, sobre todo por el criterio dualista que mantiene la doctrina, interpretando el carácter público del segundo y el ejercicio de la acción. Sin embargo, es posible concretar ideológica y prácticamente, una serie de principios y presupuestos comunes que evitan clasificarlos como independientes.

Algo similar ocurre cuando la doctrina fracciona al proceso como administrativos, laborales, fiscales, comerciales, etcétera, donde si bien aceptamos la distinción por razón de la materia o de la institución que la moviliza, no resulta posible encontrar diferencias metodológicas y, aun más, algunos no son siquiera procesos, sino procedimientos (como los administrativos).

Capítulo XL
Los sistemas alternativos

302. Introducción

Al presentar las formas alternativas para resolver controversias, no dudamos de la eficacia manifiesta que se torna elocuente en las estadísticas producidas por la justicia nacional y provincial.

El problema que presentamos, consiste en ubicar el lugar que tienen en la ciencia jurídica, y particularmente, analizar si esos métodos diferentes al proceso judicial encuentran recepción en la teoría general del Derecho Procesal, y en su caso, si pueden darse respuestas similares.

A estos fines será preciso confrontar cada una de las bases que edifican nuestra disciplina (el Derecho Procesal) con las singularidades que respecto a ellas tienen en común los sistemas concurrentes.

302.1 Vías alternativas o equivalentes al proceso judicial

Una de las dificultades iniciales para esclarecer la cuestión se encuentra en la naturaleza jurídica que reconocen estas vías. Si se consideran alternativas del proceso jurisdiccional, de hecho son una opción de preferencia, en cuyo caso, quien pretende demandar a otro puede elegir un método de debate distinto al que le ofrece el litigio ordinario.

En cambio, hay quienes estiman que la posibilidad es solo una cuestión personal, una simple elección por una vía que, en realidad, es un equivalente del proceso común.

Otros consideran que son procedimientos que sustituyen la actuación judicial, generando un impedimento para el acceso a la justicia y, por tanto, devienen inconstitucionales, pues la resolución de conflictos es una tarea –afirman– de los jueces de la Nación.

La definición depende de la perspectiva desde la cual la cuestión se enfoque. En efecto, quienes advierten en la conciliación, en el arbitraje y demás alternativas similares, un procedimiento supletorio del proceso

común, admiten la equivalencia procesal por tratarse, en definitiva, de una forma implementada para decidir un conflicto de intereses.

El meollo del tema en análisis provoca un claro interrogante: ¿estas instituciones alternativas pretenden sustituir o colaborar con la justicia?

302.2 Características básicas a considerar

Las crisis humanas habitualmente representan una colisión con intereses de otra. Tal enfrentamiento puede tener múltiples explicaciones (escasez de los bienes de la vida; sometimiento de los débiles; ley del más fuerte; miserias del hombre; etc.) es verdad, pero la búsqueda de respuestas, por lo común, se orienta desde el concepto de lucha (bilateralidad y contradicción del proceso ordinario) donde perviven resabios de la habilidad grecorromana para utilizar el arte de la oratoria.

Consecuente natural es el ocultamiento de la verdad; cada pretensión de partes constituye una versión "acomodada" de los hechos. En suma, la difícil misión del proceso judicial para despojarse de este "método adversarial" encuentra posibilidades en otras figuras de menor encuentro conflictivo, donde la técnica de resolución y debate se concierta voluntariamente, y sin que esté ninguno de los litigantes obligado a recurrir al servicio que se ofrece, como sí ocurre con el proceso judicial.

Si tornamos la intimidación natural que los tribunales conllevan, lo que puede verificarse en cada una de sus etapas, y aun en sus ficciones irritantes (*v. gr.* juicios en ausencia, en rebeldía, notificaciones tácitas, caducidades y negligencias, etc.), para ir hacia un método que resuelva problemas sin padecimientos colaterales, estaremos en condiciones de bosquejar las ventajas e inconvenientes de cada figura posible.

El diálogo es la base de la concertación y del entendimiento. La idea es simple: debe abandonarse la discusión permitiendo soluciones a partir de actitudes voluntarias.

Comúnmente, la conciliación adscribió a los conflictos derivados de una relación contractual que requería de soluciones jurídicas; mientras que la mediación asumía el acercamiento de intereses enfrentados aun cuando desarrollaba un trámite más sacramental. El arbitraje, por su parte, era una forma similar al proceso, pero auspiciada por la voluntad concertada entre las partes.

En cada caso, como se ve, no estamos considerando la cientificidad del método sino sus bondades, de modo tal que instalar su estudio en el Derecho Procesal depende de la adecuación con los principios y presupuestos ideados para caracterizar el método judicial.

303. La teoría del conflicto

La duplicidad de intereses alimenta las cuestiones en conflicto. Cualquier aspecto de la vida de relación comprueba que la controversia se origina cuando las voluntades se enfrentan y los ánimos se exacerban multiplicando las diferencias y, consecuentemente, alejando las probabilidades de conciliación.

Si la hipótesis se da entre varias partes, el problema se agudiza, porque suelen personalizarse las pretensiones, agregando mezquindades que no miran la solución posible, sino el vencimiento desde la firmeza.

¿Cómo tratar el caso desde una perspectiva jurídica?

Habitualmente los abogados nos hemos acostumbrado a derivar hacia otros las soluciones, presentando nuestro caso como una cuestión de pretensiones. La demanda judicial resulta el camino más transitado y, por supuesto, el más cómodo para una sistemática donde el derecho tiene respuestas para todo. Sin embargo ésta es una opción falsa.

El problema se reduce al conflicto entre adversarios, por el cual no tendrán más posibilidades reales de conversar que las hipótesis infrecuentes de las audiencias. Cuando el sistema procesal es escrito, se comprende inmediatamente la verdad de lo expuesto.

Las pretensiones son el más claro ejemplo del viejo concepto que acuña al proceso judicial como un campo de batalla, donde el derecho lo obtiene quien mejor defiende sus intereses, aun cuando ellos no sean justos o razonables.

Hoy día se impone golpear el timón hacia otro rumbo. El norte se vislumbra asumiendo el conocimiento del conflicto en todos sus aspectos y dimensiones, revirtiendo la actitud del abogado que estudia el caso para someterlo al proceso.

Precisamente, se trata de considerar al litigio como la intervención quirúrgica en la atención de un enfermo: la decisión final más crítica, después de intentar otros caminos o tratamientos posibles.

El abogado es el primer comprometido en esta empresa, tiene el deber de abandonar aquellos preconceptos que llevan a entender que solo con la intervención judicial se puede lograr hacer el derecho.

Esta realidad hostil que presenta al sistema normativo condicionando las figuras de posible captación, lleva a configurar al proceso como un campo que desarrolla las mejores aptitudes de los derechos subjetivos.

Cada interviniente se posiciona en el juego de fuerzas que toma del derecho y no concibe abandonar el territorio logrado, esperando de la sentencia la consagración de una victoria eventual.

Es verdad que mediante la modificación de esta base presupuestada se persigue trasformar la juridicidad del conflicto; relegar la dimensión personal del entuerto para encontrar ventajas compartidas; olvidarse del éxito individual para solidarizar las soluciones; en fin, cuando hablamos de conocer el conflicto para negociar sobre el mismo, pensamos en la estimativa social que tienen los acuerdos que pacifican rápidamente la crisis entre partes.

Son las paradojas que la evolución del derecho muestra, al destinar sus preocupaciones esenciales para la protección del individuo y llevarlo a un estrecho cuello de botella que vierte en el juicio la herramienta habitual para sus conflictos.

La confianza en la justicia, sostén y esencia del fenómeno jurisdiccional, no queda vaciada de contenido; simplemente se trata de ocupar al abogado y a todos los partícipes en el conflicto, en una modalidad analítica que desarrolla la teoría de la negociación.

El conflicto admite orígenes diversos que se califican de acuerdo con el problema a resolver. Una crisis familiar, empresaria, etcétera, enfrenta intereses y personas que, por ello, constituyen elementos mínimos e ineludibles. Los intereses se vinculan con los individuos y se propagan cuando estos son grupos o asociaciones (*v. gr.* sindicatos).

La experiencia indica que cuando un sector no tiene definidos sus intereses, el otro término de la relación, las personas, establece la necesidad de un acuerdo preliminar que los precise. Tomando como ejemplo a las asociaciones sindicales, vemos cómo la diversidad de intereses y prioridades polariza y enfrenta a los miembros dentro de un mismo grupo, aun cuando los intereses se refieran "contra otros".

Con relación a las partes, el conflicto puede hallar interesados indirectos, además de los que actúan negociando por sí. A veces, esos vincu-

lados indirectamente son las partes verdaderamente interesadas, como resultan los grupos o personas que tienen un interés financiero o comercial emergente del resultado que se consiga entre los negociadores.

Tanta importancia tiene resolver dónde están los intereses auténticos y las partes verdaderas, que de acuerdo con su precisión podrá colegirse el beneficio probable de la concertación.

En definitiva, cuando se habla de "intereses", como al referirse a los "grupos", existe cierta tendencia a homogeneizarlos en miras a simplificar el problema, sin advertir el riesgo que ello genera al diferir las posiciones en la mesa de negociación.

Ahora bien, la negociación que está impregnando toda esta etapa de los modelos alternativos o concurrentes con el proceso judicial ¿se puede estudiar con los principios característicos del Derecho Procesal?

304. La teoría de la negociación

La negociación es un proceso que les ofrece a las partes interesadas la oportunidad de intercambiar promesas y contraer compromisos en un esfuerzo para solucionar sus diferencias y llegar a un acuerdo.[1448]

De suyo, como en cualquier encuentro voluntario destinado a resolver situaciones conflictivas, en las partes que concurren existe un ánimo especial proclive al sometimiento de fórmulas para el acercamiento. Si no existe este *animus negotiandi* es improbable que se llegue a buen puerto.[1449]

Si en el conflicto subyacen individuos con intereses contradichos, los componentes elementales para la negociación parten de estos supuestos.

En efecto, para negociar se necesitan *partes*, que pueden ser individuales o colectivas; e *intereses* sobre un problema, que oscilan conforme la diversidad del conjunto que compone.

El primer término de la relación: las personas, es el más importante, porque define el sector y consolida las pretensiones que representa o reclama.

1448. Colosi, Thomas y Berkeley, Arthur, *Negociación colectiva: el arte de conciliar intereses*, México, Limusa, 1991, p. 15.

1449. Ibídem, p. 18.

Las individualidades que actúan negociando se dan en múltiples espacios de la vida de relación, y abarcan confines poco precisos al estar dependiendo de las emociones que se entremezclan al debatir el conflicto.

La persona humana es un ser emocional que defiende naturalmente sus ideas y logros obtenidos. Cuando surge la contienda, es común que esa tendencia defensiva de lo propio se trasmita a la posición que sostenga en el acuerdo.

Esta identidad es un hecho habitual que, cuando ocurre en el proceso judicial, se presenta bajo la denominación de pretensiones y resistencias o peticiones e impedimentos.

En cambio, si la gestión negociadora proviene de grupos, la confusión en los objetivos puede darse por la heterogeneidad de los intereses.

Por ejemplo, si varios sectores laborales negocian condiciones de trabajo ante la administración pública, es posible que cada uno defienda posiciones particulares y beneficios propios. Mientras que la negociación colectiva que tiene lugar entre el Estado y los sindicatos vislumbra una agrupación más concisa, simplificando la diversidad de intereses.

El dualismo "empresa-trabajador" o "Estado-sindicatos", demuestra la globalización de la contienda y los intereses que porta cada cual.

A la empresa le importa dirigir exitosamente la institución otorgándole beneficios y progresos. Si en ella el sector de trabajo no tiene sistema de representación, la toma de decisiones, en el conflicto hipotético, es unilateral. Mientras que la presencia del sindicato o la asociación laboral torna compleja la decisión al resultar previo y necesario tomar una política o "posición" para el acuerdo.

El segundo identificador: los intereses, moviliza aspectos más próximos con el tratamiento práctico de la crisis y la forma como suele implementarse el procedimiento de negociación.

Los intereses no son otra cosa que el problema a resolver.

Sobre esta base ¿puede la teoría de la acción encontrar respaldo en esta dinámica de actuación?

305. Actitudes del negociador y soluciones posibles

Quien negocia debe saber que no hay tiempos precisos que limiten el éxito o el fracaso de la gestión. Las respuestas anticipadas

pueden resultar prematuras cuando no tienen un estudio meditado establecido después de una relación de trabajo.

El problema básico de la negociación no es el conflicto entre partes que se encuentran, sino entre las necesidades, preocupaciones y temores que padezcan y lleven al curso de las entrevistas. La colisión posible entre los intereses no descarta la presencia cierta de otros que puedan compatibilizarse.

La función primordial del negociador será encontrar esas fusiones, demostrando con sus actos eludir las situaciones personales para ocuparse centralmente del problema. Bien se dice que antes de dar respuestas debe explicarse el meollo crítico; soslayar el juicio prematuro; la búsqueda de respuestas únicas y totalizadoras; la eliminación anticipada de opciones; o la creencia de que el problema no tiene solución.[1450]

Salidas alternativas, ingenio, persuasión, razonabilidad y criterio son prolegómenos necesarios en las fórmulas de acuerdo y bajo estas condiciones:

- separar el acto de inventar opciones, del acto de juzgarlas.
- ampliar las opciones en discusión en lugar de buscar respuestas únicas.
- perseguir beneficios mutuos.
- inventar maneras de facilitarles a los otros su decisión.[1451]

306. La acción en los sistemas alternativos

El Derecho Procesal pone en la antesala teórica resolver cuánto importa la acción como actividad de las partes y, más concretamente, el significado que tiene demandar y requerir pretensiones. Es una consecuencia necesaria de la eliminación por el Estado de las formas de autotutela provocando la heterocomposición y la creación de la figura del juez y el proceso como método de debate legítimo para resolver los conflictos entre las personas. Por eso, el proceso civil germina sobre esta idea: *todo proceso se inicia a solicitud de parte*.

1450. Fisher, Roger; Ury, William y Patton, Bruce, *Sí... ¡de acuerdo! Cómo negociar sin ceder*, Bogotá, Norma (2ª ed.), 1993, pp. 11-14.

1451. Ibídem, p. 79.

Dejando de lado el problema doctrinario que la acción apareja, esto es, si es el mismo derecho subjetivo actuado el que permite crear un procedimiento de tutela; o si es un derecho propio que pretende constituir un estado de derecho contra otro donde el Estado actúa a través de los jueces creando el derecho; lo cierto es que cuando estudiamos la actuación de las partes que incitan y movilizan los métodos alternativos no se tiene en cuenta el carácter del derecho reclamado sino la calidad de la persona que pide, es decir, se analiza si quien pretende es quien puede hacerlo legítimamente o tiene impedimentos de hecho o de derecho que le dificultan la posibilidad de articular la pretensión (en suma, la acción se reduce a un problema de consistencia en la personalidad o legitimación para obrar).

Sin embargo, hay otra visión para la naturaleza que la acción proyecta. Decía Couture que

> … una teoría que trate de explicar la naturaleza jurídica de la acción (el "qué es la acción") debe partir de la base necesaria de que cualquier súbdito tiene derecho a que el órgano jurisdiccional competente considere su pretensión expuesta con arreglo a las formas dadas por la ley procesal. Este derecho es la porción mínima indiscutible de todo este fenómeno: el derecho a la prestación de la jurisdicción.[1452]

Cuando la acción se instala dentro de los derechos cívicos, esencialmente como una forma del derecho de petición, cambia la perspectiva. Es cierto que tiempo atrás Furno había referido a un derecho genérico de recurrir a los tribunales concibiendo a tal ejercicio como un derecho abstracto; pero va a ser Couture quien difundirá la importancia de esta posición sobre la base de considerar a la acción como un atributo de la personalidad y, por ende, de carácter privado.[1453]

No obstante, como al mismo tiempo, en la efectividad de ese ejercicio está interesada la comunidad, la acción cobra inmediatamente carácter público.

De este modo, la acción quedó emplazada como una garantía constitucional que asegura el derecho de acceder a la justicia sin restricciones; y proyectó otras conclusiones de importantes procesa-

1452. Couture, Eduardo, *Fundamentos del Derecho Procesal Civil, op. cit.*, p. 124.

1453. Gozaíni, Osvaldo, *Formas alternativas de resolución de conflictos*, Buenos Aires, Depalma, 1997, p. 81.

listas argentinos que instalaron la teoría de la acción como un problema extraprocesal.

Por ejemplo, Lino Palacio concentró su interés en el contenido de la pretensión;[1454] mientras Augusto Mario Morello aceptó la relatividad histórica del concepto, aun cuando destacó su inserción en el derecho constitucional (derecho de petición) y la supletoriedad que tuvo para el vacío formado, la noción de pretensión procesal. En suma, la acción para el maestro platense es "nada más que el medio técnico jurídico que posibilita el planteamiento de pretensiones procesales".[1455]

En el terreno que nos planteamos hay que observar dos cuestiones: la primera se vincula con el acceso a la justicia y la dificultad que provocan –o no– los medios alternativos. La segunda es más técnica, en la medida que si el derecho de acción supone plantear pretensiones, es sabido que las pretensiones extraprocesales no son tales porque no producen la intervención necesaria e ineludible del órgano jurisdiccional. En todo caso son simples peticiones que ordenan un método particular para exponer planteos y réplicas.

Veamos cada uno de estos casos.

306.1 El acceso a la justicia en los medios alternativos

La promoción de un pedido de actuación de árbitros o mediadores, por ejemplo, no supone la inmediata articulación de un proceso judicial. Sí genera un procedimiento propio y singular donde existe un tercero que resolverá el conflicto procurando mediante sus oficios encontrar una respuesta acordada.

Pero la dinámica de actuación no es un tema de la teoría de la acción: en todo caso, tendremos que analizar si la función jurisdiccional es resolver las controversias que ante ella se susciten aplicando el derecho objetivo o provocando soluciones justas basadas en criterios flexibles de interpretación.

El problema está en ver si los métodos alternativos son un impedimento para el acceso a la justicia.

Como ya hemos dicho, si la opción es tal y sin condicionamientos, la elección por una vía extraprocesal o judicial no significa gran cosa,

1454. Palacio, Lino, *Manual de Derecho Procesal Civil*, p. 111.

1455. Morello, Augusto, *La acción, la jurisdicción y el proceso, op. cit.*, p. 517.

pues la preferencia se basa en la libertad de elegir el método de debate que la parte o las partes entiendan mejor para sus intereses.

El dilema aparece cuando el Estado hace la preferencia y establece como obligatorio el tránsito por las vías concurrentes, tal como ocurrió con la mediación y la conciliación laboral en la Capital Federal.

Por eso si una de las características más importantes que tiene la mediación consiste en la confianza que las partes obtienen sobre un sistema que les permite aligerar su carga de tensión, eliminar cierta animosidad hacia la contraparte –a quien se deja de observar como adversario–, logrando eliminar la enemistad para convertirla en un medio de acercamiento y pacificación; y siendo que la "confianza" no se impone, parece insostenible tolerar la obligatoriedad dispuesta por la ley.

Es este uno de los puntos de mayor fricción y resistencia por los operadores jurídicos –jueces y abogados, especialmente– los que se reflejan en el debate parlamentario.

En efecto, sostuvo el senador Cendoya (en la exposición como miembro informante del dictamen de minoría) que "... la mediación debió haber sido voluntaria y, en todo caso, en la órbita del Poder Judicial, cuyas facultades aparecen violentamente desconocidas en el proyecto que estamos considerando y que ha merecido críticas de todos los sectores".

Entre las que cita conviene recordar lo manifestado por la Asociación de Abogados cuando expresa que

> ... debemos advertir sobre proyectos de reformas del derecho adjetivo, que prevén su incorporación (de la mediación) con el carácter de obligatoria y como previa a todo juicio, contrariando una de sus características que es la voluntariedad y limitando la oportunidad de la gestión al momento previo a la Litis [...] Cualquier tarea que no sea la de proponer a las partes soluciones posibles para que éstas decidan, implica desnaturalizar el instituto [...] y a nuestro juicio, la sanción de esta ley no va a contribuir a la realización de la paz por intermedio de este servicio metajudicial, sino a incrementar la litigiosidad.

Fue notoria también la disidencia de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales al estimar que era compulsiva la puesta en marcha del proyecto.

La doctrina, aun quienes respaldaron la mediación, se opuso a la obligatoriedad; algunos indicando que era una forma de compeler a las partes contra su voluntad provocando, quizás, una consecuencia

nefasta para el instituto; otros resistiendo la "no voluntariedad" al operar como un contrasistema.

Con más dureza se ha dicho que

> … el desprestigio o "aborto" de la mediación, como se la ha pergeñado, depende de lo que se haga de ahora en más, pues la ley, basada en el "proyecto Barra", no tiene como finalidad la implementación de un método alternativo de resolución de conflictos ampliamente acreditado, sino que solo se busca descongestionar el Poder Judicial, llevando al Estado a desertar de uno de sus ámbitos esenciales: el impartir justicia, tal como se hiciera en otras áreas como salud, educación, seguridad, etc. […] Es necesario señalar que el sistema creado (obligatorio previo a todo juicio) no tiene parangón en el derecho comparado, por lo que solo se lo podría definir como "criollo" utilizando la calificación vertida por William E. Davis.[1456]

Lo cierto es que el sistema se estableció, bajo el simplismo de sostener que debía ser obligatoria la instancia de mediación porque

> … si lo hacemos voluntario, evidentemente al no existir esta cultura, poco podemos decir de la eficacia que va a tener este procedimiento. Debemos enseñar cuál es el camino a seguir sin que esta obligatoriedad se interprete como una violación al derecho de defensa en juicio, porque muchos también van a decir que al ser obligatorio, evidentemente, lo estamos sacando de la jurisdicción normal y, en consecuencia, está siendo violado su derecho de defensa en juicio.[1457]

En Diputados el argumento se presentó como "incentivo de la obligatoriedad […] a fin de que también sirva a otro objetivo que se persigue, consistente en disminuir los pleitos y el trabajo que pesa sobre el Poder Judicial".[1458]

Se agregó que "…el proyecto resuelve el primer problema con la obligatoriedad de la mediación, pero admitiendo que se trata de una promoción cultural por llamarla de alguna forma…".

1456. Embón, Horacio Santiago, *La mediación obligatoria previa a todo juicio* (Ley 24.573). Su perspectiva. La Ley Actualidad, 5 de diciembre de 1995.

1457. De la exposición del senador Branda, miembro informante del dictamen de mayoría al considerar el proyecto sobre mediación y conciliación. Cfr. *Antecedentes Parlamentarios*, La Ley, 1995, N° 9, p. 263 parág. 39.

1458. Diputado Durañona y Vedia, miembro informante de la mayoría, en *Antecedentes Parlamentarios, op. cit.*, p. 299, parág. 141.

Con mejor fortuna se explica que

> ... la mediación obligatoria con carácter tan generalizado como se la incluye en el presente proyecto no tiene antecedentes en el derecho comparado. No obstante, se justifica la adopción del sistema, dado el fundamento de emergencia judicial que se aduce, con calidad de procedimiento temporario hasta que se sancionen nuevos Códigos Procesales que contemplen la figura definitiva.

Nosotros vamos a cambiar el ángulo de observación de esta polémica que parece mirar, exclusivamente, el problema de si existe injerencia o no del Poder Ejecutivo en el Judicial, y si promedia con ello una instancia previa perjudicial para el acceso a los jueces.

Debe diferenciarse la cuestión del "acceso a la justicia" del "acceso a los jueces", o dicho en otros términos, no es el mismo interrogante resolver si un trámite anterior a la traba de la litis, o para formular la demanda, constituye un obstáculo para el acceso irrestricto a la justicia (*v. gr.* la famosa polémica sobre el reclamo administrativo previo; o el depósito de capital, intereses y costas para la admisión del recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en la provincia de Buenos Aires; etc.); respecto del otro acceso, vinculado con la eficacia de la justicia, en el cual se pone al servicio del justiciable una serie de medios y de funcionarios para que vinculados procuren alcanzar un resultado satisfactorio a sus respectivas pretensiones (*v. gr.* puede ser a través de la conciliación, la transacción o la misma sentencia).

Si el beneficio es para las partes, no vemos posible cuestionar las bondades de los medios alternativos, aun cuando se imponga como un procedimiento previo.

Esta distinción fue formulada hace mucho tiempo ya por Cappelletti en aquel ciclópeo trabajo que se dio en llamar el "proyecto florentino sobre el acceso a la justicia" (en el que trabajaron más de un centenar de juristas, sociólogos, psicólogos, economistas, antropólogos e historiadores, que después de cinco años, publicaron la obra en 1979 que consta de cuatro volúmenes en seis tomos). Cuando el discípulo de Calamandrei abordó el tema, sostuvo que existían evidentes ventajas para las partes y para el mismo sistema judicial si los conflictos se solucionan extrajudicialmente. "La actual congestión de los tribunales y el costo excesivamente alto de los juicios pueden ser los

motivos para que un procedimiento ágil, como es la conciliación, beneficie de especial manera a las partes".[1459]

La diversidad de medios, nuevas formas y alternativas para resolver conflictos, son de suma importancia ante una sociedad menesterosa de una justicia efectiva, hoy sobrecargada de tareas, muchas de ellas no específicas.

Pero debemos tener cuidado con la aparición de posibilidades judiciales o extrajudiciales que ofrecen soluciones a la controversia, para que no dispersen la competencia natural que deben mantener los órganos jurisdiccionales.

Quizás más que un problema de "acceso a la justicia" nuestra sociedad padezca una crisis de confianza en el sistema, circunstancia por la cual, parece necesario implementar un cambio rotundo, copernicano, que propicie dos fines esenciales: a) recobrar la confianza de los hombres en la justicia, y b) conseguir la especialización del sistema judicial de modo que este se extienda a todas aquellas personas que la necesiten, acoja sus demandas y las ponga en condiciones de obtener los beneficios que los más avanzados derechos sustantivos han conferido y vienen confiriendo al hombre (*v. gr.* derechos difusos, nuevos derechos y garantías de la Constitución Nacional, etc.).

En síntesis, los remedios paralelos al proceso judicial logran un sistema que no es grosero ni colisiona con el derecho de petición y acceso a la justicia. *Acceso no es entrada, es desarrollo, protección, seguridad y satisfacción sin resentimiento*.

Claro está que para llegar a esta conclusión es preciso sostener que: a) la solución del conflicto no es una sentencia; y b) la función del tercero no es jurisdiccional.

a. Solución extrajudicial

El procedimiento encausado dentro de los medios alternativos no es un proceso; técnicamente el juicio es otra cosa, se vincula con la actividad gnoseológica del juez destinado a subsumir los conceptos jurídicos que las partes han desarrollado en los actos del procedimiento desde la postulación de sus pretensiones.

1459. Cappelletti, Mauro y Garth, Bryant, *El acceso a la justicia*, La Plata, Colegio de Abogados de La Plata, 1983, p. 94.

Además, si relacionamos el acto con el inicio de la causa, estamos en idénticas condiciones: la causa (como proceso) ya existe y está en marcha. Ahora, si fue pensado como expediente la situación varía, pero seguimos en un cuadro de pertenencia jurisdiccional.

b. La actuación no es jurisdiccional

Con ello, queremos expresar que si la función del mediador, conciliador o árbitro no es jurisdiccional (es decir, no resuelve con carácter obligatorio) las actuaciones debieran estar absolutamente fuera del proceso.

Es probable que esta haya sido la intención del legislador cuando sancionó la ley de mediación, solo que por la redacción establecida, la idea aparece difusa.

En consecuencia, al pertenecer la actividad del mediador a una etapa del proceso, resulta incongruente que los funcionarios que la activen se encuentren fuera del Poder Judicial.

Es cierto que el modelo que en el código procesal tiene aparece el juicio de árbitros o el mismo arbitraje privado, donde se permite esta delegación en terceros, pero allí se aclara que la intervención se da "en el proceso" y con motivo de él; mientras que en la mediación creada hay una situación diferente: alienta la pacificación extrajudicial desde un medio judicial.

306.2 El derecho a ser oído

En el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, el acceso a la justicia se interpreta como el *derecho a ser oído*. Fundamentalmente la garantía se sostiene en los artículos 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al igual que en las disposiciones 9, 10, 14 y 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.[1460]

Desde esta perspectiva, cualquier vía abierta para la defensa de los derechos u obligaciones debe garantir la igualdad de condiciones para la presentación del caso y la producción probatoria, debiendo esperar del procedimiento encausado una solución efectiva que consagre el derecho a tener un *proceso debido*.

1460. Al igual que en los artículos 5, 6, 7 y 13 de la Convención Europea de Derechos Humanos y otros Tratados y Convenciones sobre Derechos Humanos que consolidan el temperamento. Cfr. Albanese, Susana, *Garantías Judiciales*, Buenos Aires, Ediar, 2000, p. 21.

Sostiene Albanese que

> … el principio de la tutela efectiva, dijo la Comisión Interamericana, puede traducirse en la garantía de la libre entrada a los tribunales para la defensa de los derechos e intereses frente al poder público, aun cuando la legalidad ordinaria no haya reconocido un recurso o acción concreto. También dijo que la incertidumbre o falta de claridad en la consagración de los requisitos de admisibilidad de una acción puede constituir una violación a ese derecho fundamental. El recurso sencillo y rápido amparado por la Convención Americana impide que el acceso a la justicia se convierta en un desagradable juego de confusiones en detrimento de los particulares.[1461]

Basados en esta inteligente apertura que, de alguna manera, crea nuevos derechos procesales (en sentido estricto, son garantías), no podría dudarse que los medios alternativos responden al precepto que manda escuchar a quien lo requiere, teniendo en cuenta que el derecho a la jurisdicción no se elimina, pues en realidad solamente se posterga a elección y preferencia de las partes.

307. La jurisdicción en los sistemas alternativos

Con la jurisdicción comienza un problema bastante difícil de superar para permitir que los sistemas alternativos tengan un fundamento en este pilar de la ciencia procesal.

En efecto, el planteo tradicional afirma que la jurisdicción nace como una forma política de organización del Estado, donde la sociedad reclama el imperio del orden, la justicia y la equidad, privándose del ejercicio de componer por sí misma los conflictos suscitados. Al dejar en manos del Estado y sus jueces, les delega el poder de resolver las controversias humanas, al mismo tiempo que reposa en ellos la confianza que tiene hacia la jurisdicción.

La transferencia supone eliminar las posibilidades de autotutela, quedando el monopolio del juzgamiento en los magistrados del Poder Judicial. Sin embargo, la derivación no es absoluta, en la medida que la sociedad mantiene sistemas de autocomposición y autodefensa donde resuelve *per se* las dificultades a superar.

1461. Ibídem, p. 25.

Por ello, la doctrina prefiere ubicar a la mediación y a la conciliación, por ejemplo, en el terreno de las figuras autocompositivas[1462] en la medida que no hay propiamente actividad del juzgador o del tercero.

En los hechos, la función de cada uno es diversa, como lo recuerda Alcalá Zamora: *el árbitro*: impone; *el mediador*: propone; *el conciliador*: aconseja; *el juez*: hace justicia y decide por sus propias convicciones. De este modo la heterocomposición, que es la función constitucional que se tiene asignada a los jueces, y ejercer así: *la jurisdicción*, no aparece bien delineada en las formas alternativas para la resolución de conflictos.[1463]

Si tenemos en cuenta que los elementos que la componen se integran con funciones tales como:

- *Notio:* o poder de conocer en un asunto determinado por las partes.
- *Vocatio:* o poder de emplazar a las partes para que justifiquen sus derechos.
- *Coertio:* o poder del juez para imponer sanciones disciplinarias e imponer por la fuerza el cumplimiento de sus decisiones, diferentes a la sentencia definitiva.

1462. Zepeda, Jorge, "Conciliación y arbitraje. Presente y futuro" ponencia presentada en las XVII Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal, celebradas desde el 18 al 20/10/2000, en Costa Rica, p. 17. El ponente sostuvo en el informe presentado que "la mediación y la conciliación son típicamente autocompositivas, con lo cual coincide Gómez Lara. Este calificativo corresponde al propósito que persiguen, con independencia del procedimiento conforme al cual se desenvuelvan, de la sede en que se adelanten y del carácter del tercero que intervenga en la sustanciación: lo que verdaderamente importa es que la solución del conflicto sustantivo depende de la voluntad de las partes, y que éstas hacen su propia justicia, aun con el riesgo de que la misma no sea 'justa', pues acaso ellas mismas piensen que *meglio una magra transazione che una grassa sentenza*".

1463. Ídem. Agrega Zepeda lo siguiente: "Que haya un procedimiento formalmente –que no es *estructuralmente*– similar al de un arbitraje irritual es irrelevante, tanto más cuanto que ni el de la conciliación ni el de la mediación se integran en caso alguno por la *serie de instancias proyectivas* que caracteriza al proceso de acuerdo con el pensamiento de Briseño Sierra, con quien coincido plenamente, si bien he sostenido que también los proveimientos jurisdiccionales tienen carácter proyectivo; que se generen o puedan generarse dentro del proceso –judicial o arbitral– tampoco les aproxima a la heterocomposición en virtud de que ni una ni otra son elementos de la serie procesal, aunque –como meros procedimientos– se inserten en el proceso; y que intervenga un tercero no les acerca a la figura heterocompositiva pues aquél no ejerce potestades directoras del proceso, sino atribuciones de conducción de un procedimiento, ni soluciona el conflicto por sí y de manera coactiva, en lo cual –dirección del debate y decisión del conflicto pretensional– radica precisa y exclusivamente la jurisdicción".

- *Iudicium:* o poder de resolver con carácter definitivo el conflicto que las partes le presentaron a su decisión.
- *Executio:* o poder de emplear la fuerza, a pedido de la parte beneficiada, para que se cumpla la sentencia dictada.

En cada caso veremos que existen aproximaciones de facultades entre terceros y jueces, pero elementos indelegables en aquellos como la ejecución propiamente dicha.

Ahora bien ¿este conjunto de poderes permite nominar como *jurisdiccionales* las funciones de los terceros que actúan como mediadores o conciliadores? ¿Pueden llamarse opciones jurisdiccionales a la conciliación, mediación, arbitraje y sus diversas combinaciones?

Es evidente que el problema aparece en la prioridad que se quiera significar al término *jurisdicción: o el juez aplica la ley; o resuelve controversias intersubjetivas*.

En este marco, es preciso apuntar otros principios: *nemo iudex sine actore*, por el cual el proceso y, en consecuencia, la actuación del juez proviene de la actividad de las partes.

307.1 No hay proceso iniciado de oficio, solo procede a pedido de parte

El marco que explica las nociones precedentes contrae una de las cuestiones más debatidas. Resulta claro que si el arbitraje, la mediación o la conciliación se miran como decisiones voluntarias, libremente concertadas, sus fundamentos pueden tener naturaleza contractual y estar regidos, de alguna manera, por disposiciones sustantivas. La atención aquí se presta al modo como se origina la intervención.

En cambio, quienes atienden a la forma como se resuelve el conflicto, tienden a señalar la naturaleza jurisdiccional del acto, argumentando en favor de ello, la presencia clásica de los tres componentes del proceso (partes y tercero imparcial).

No son éstas las únicas posiciones, interceden otras que pretenden demostrar aciertos y errores de una y otra, y por lo común, responden a explicaciones criteriosas de las leyes que contienen y regulan cada uno de los medios alternativos.

307.2 Los medios alternativos tienen base contractual

Esta teoría forma parte de la discusión sobre la naturaleza jurídica del arbitraje, y se sostiene en los efectos que produce la denominada cláusula compromisoria.

Se instala en el momento preciso de la concertación, y significa una renuncia voluntaria de las partes a recurrir al proceso jurisdiccional, procurando que la eventual controversia sea resuelta por un juez comisionado por ellos, y con un procedimiento que también ellos podrán acordar.

La exclusión del juez en el conflicto interhumano importaría una consecuencia importante en orden al mandato que profiere al culminar la comisión, porque no es una sentencia, *lato sensu*, sino un acto que adquiere el nombre de laudo, el cual solo es jurisdiccional si un acto del Estado lo reconoce como tal. Es decir, lo vuelva ejecutivo.

Intrínsecamente, el laudo no compromete el derecho subjetivo de las partes, por cuanto ellas podrían convenir el sometimiento con reservas e insistir en la promoción del problema ante la justicia estatal.

307.3 Los medios alternativos ejercen jurisdicción

La base que sustenta esta idea reposa en la función que ejercita el tercero designado por las partes y en la finalidad buscada por los interesados.

Dado que el tercero discernido no representa a las partes y es imparcial respecto del objeto debatido, el Estado tiene interés en auspiciar su labor de gestión y procura de la pacificación. La noción se basa en la idea de impartir soluciones con los mismos criterios que hace la jurisdicción. Por eso, autores de la talla de Serra Domínguez, Ramos Méndez y Carreras, entre otros, dicen que la tarea misma del árbitro trasluce la propia esencia de la jurisdicción encarnada en un sujeto que *ius dicit* y que no es el Estado. "Lo único que exige la dinámica es que sea un tercero con relación a las partes el que consagre el derecho de estas".[1464]

1464. Ramos Méndez, Francisco, *Derecho y proceso, op. cit.*, p. 299; Carreras, Jorge, "Contribución al estudio del arbitraje", Ensayo de derecho comparado, en *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, Barcelona, 1953, pp. 118-138; y en la obra de Fenech, Miguel, *Estudios de Derecho Procesal*, Barcelona Bosch, 1962, p. 433 y ss.

La obligatoriedad que asume el laudo lleva a despejar las críticas virtuales hacia la manifestación del fallo (o dictamen) por lo cual no importaría que la función no tuviese la soberanía natural del ejercicio jurisdiccional, porque la cuestión versa, en esencia, sobre la resolución de la controversia y la tipicidad de las tres partes propias del proceso judicial: partes y juez imparcial.

En esta línea, sostiene Morello que

> … el arbitraje voluntario constituye una manifestación de la justicia privada. Por efecto de esa convención la jurisdicción de derecho común experimenta una prórroga convencional hacia los árbitros. Ello traduce una completa sustitución de la jurisdicción del Estado en otra jurisdicción creada por las partes pero reconocida y estimulada por el Estado. Que en verdad tiene la misma eficacia que la sustituida y en razón de disposiciones legales que la estatuyen y reglamentan […] no se pude hablar aquí de jurisdicciones antagónicas, contradictorias, toda vez que las dos son aceptadas y eficaces ante la ley. Antes bien, se trata de jurisdicciones complementarias.[1465]

307.4 Otras opiniones

En realidad, más que posicionamiento específico en orden a la cuestión, se trata de opiniones dirigidas a desvirtuar una u otra teoría. Es el caso de Calamandrei, quien luego de señalar a los árbitros como auxiliares del juez, sostiene que existe cierta identificación entre el laudo y la sentencia, porque quienes los emiten recorren idénticos caminos, en el sentido vulgar del raciocinio del juicio lógico y proposicional; sin embargo tal similitud no supone la asignación de jurisdicción porque el laudo por sí solo no tiene ejecutoriedad. Ella solamente la consigue apenas homologado el acuerdo por un juez estatal a quien se somete la aprobación del dictamen.[1466]

En cambio, Carnelutti sostiene que "la composición de la litis obtenida mediante el arbitraje no tiene carácter público, aunque pueda adquirirlo mediante el decreto de ejecutoriedad del laudo

1465. Morello, Augusto, *Contrato y proceso, aperturas*, Buenos Aires, Platense-Abeledo Perrot, 1990, p. 213.

1466. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal civil, op. cit.*, T. II, p. 20.

pronunciado por el pretor; por eso el arbitraje se considera aquí como un subrogado procesal".[1467]

En la misma línea de tercerías, aparecen Montero Aroca, Ortells Ramos, Gómez Colomer y Montón Redondo, para quienes el arbitraje es una institución que debe caer dentro de la órbita del Derecho Jurisdiccional, pero no es jurisdicción o Poder Judicial; porque como fórmula heterocompositiva apropiada para resolver conflictos intersubjetivos de intereses jurídicos, participa de buena parte de los caracteres de la institución que conforma la otra posibilidad, es decir, de la Jurisdicción. "No es desacertado –agregan– en este sentido, mantener una postura jurisdiccionalista".[1468] Pero si lo es, debe formularse su debida adecuación al derecho de acceso (acción) al órgano arbitral, así como definir con precisión al proceso arbitral, porque ni el órgano tiene por qué preexistir, ni tiene por qué poseer el instrumento necesario para que los árbitros ejerzan su función (proceso), preconstituido legalmente.

307.5 Nuestra posición

Los enfoques abordados, lejos de animar polémica o permitir acercamientos a una u otra, permiten establecer distancias respectivas al no ser tan diametralmente opuestos ni centrar sus epígonos en cuestiones trascendentes para explicar la naturaleza jurídica, esto es, la esencia misma que refleja el fenómeno de los medios alternativos para la resolución de conflictos.

Plantear la cuestión desde una óptica contractualista nos instala en el orden civil de la problemática. Reduce la visión al simple hecho del acuerdo entre partes y sobre los efectos que de él se esperan. En esta directiva, solamente podríamos referir al arbitraje privado y su naturaleza obraría en los límites precisos del principio dispositivo. Inclusive, serían válidas las conclusiones dichas en el capítulo anterior respecto a la mediación.

En efecto, el arbitraje, en este caso, no podría ser jurisdiccional, ni la actividad cumplida un proceso. Lo primero porque la jurisdicción es una garantía que reporta el orden constitucional de un Estado

1467. Carnelutti, Francesco, *Instituciones del proceso civil, op. cit.*, T. I, p. 116.

1468. Montero Aroca, Juan; Ortells Ramos, Manuel; Gómez Colomer, Juan-Luis y Montón Redondo, Alberto, *Derecho Jurisdiccional*, Barcelona, Bosch, 1989, T. II, 2ª parte, p. 717.

permitiendo que los individuos tengan la posibilidad de resolver sus conflictos ante un tercero imparcial, designado por el Estado en uno de sus Poderes –Judicial, o Tribunales Administrativos, en su caso– e independiente de la simple voluntad de las partes.

Lo segundo, porque también el proceso es en sí mismo una garantía. La real posibilidad del justiciable de contar con un mecanismo de tutela previamente establecido y conocido por todos, que es anterior al conflicto mismo, y por tanto, pervive a las fórmulas que las partes se quieran atribuir.

En todo caso habría un procedimiento, pero enmarcado en el perímetro de los derechos disponibles, dentro de los cuales, justamente, no se encuentran las formas y solemnidades del proceso judicial.

Tampoco es jurisdiccional la función del árbitro. Y en esto es preciso insistir en la diferencia que debe hacerse para reconocer cuando hay jurisdicción (como poder - deber del Estado) y cuando función jurisdiccional (por ejemplo, las que realiza la administración pública al resolver situaciones críticas del administrado).

Si no existen esas condiciones de preconstitución del órgano, independencia e imparcialidad será, en la práctica, imposible de atender funciones jurisdiccionales en los árbitros. Lo mismo ocurre en la mediación y en la conciliación extrajudicial.

Ahora bien, la distinción trazada entre una y otra teoría puede sintetizarse en los rasgos predominantemente sustanciales sobre los aspectos puramente formales o procesales. Es decir, mientras una apunta a la constitución u origen del instituto; la otra se dirige a explicar el funcionamiento y sus reglas adjetivas.

Lo cierto es que, así enfrentados los conceptos, es posible hallar soluciones y respuestas a ambas situaciones. En efecto, la naturaleza constitutiva del arbitraje no puede ser punto de arranque para establecer su esencia, porque puede originarse en el acuerdo de voluntades libremente concertadas (arbitraje voluntario) o bien, ser fruto de una disposición legal o contractual según lo imponga el ordenamiento jurídico.

Asimismo, definir por las formas no es buen indicativo, ni otorga seguridad alguna. Si el proceso arbitral pudiera pensarse jurisdiccional porque, en suma, resuelve conflictos intersubjetivos en base a un procedimiento selectivo, caeríamos en el error de confundir el aspecto exterior con las vivencias que se desenvuelven internamente. Un

árbitro no hace justicia, ni crea derecho, ni genera mandatos imperativos; solamente pacifica.

De manera coincidente sucede con la mediación, porque el tercero solo intercede entre las partes buscando coincidencias; y el conciliador celebra sus acciones merced a buenos oficios y sobre la base de la pura transacción.

El modo de cumplir el oficio tampoco vincula condiciones jurisdicentes. Ya sea el arbitraje de derecho (donde el tercero aplica normas jurídicas) o de equidad (cuando actúa decidiendo según su saber y entender), en ningún caso puede asimilarse al juez que tiene imperio y autoridad, fuerza legítima para resolver y ejecutar lo juzgado.

¿Qué es entonces el arbitraje? ¿Es jurisdiccional la mediación o la conciliación?

Ante todo son instituciones prácticas destinadas a descongestionar la intensa labor de los tribunales. Como tal podrían ser presentadas como mecanismos alternativos de la jurisdicción, precisamente porque la base de ellos está en el acuerdo de partes que voluntariamente requieren la respectiva metodología. Las formas se pueden pactar, y actuarán solamente en aquellas materias transigibles. La posibilidad de resolver preventivamente con medidas cautelares es dudosa.

Tanto árbitros como mediadores no forman parte del poder judicial, ni son funcionarios y menos aún magistrados. Es cierto que algunos los presentan como auxiliares de la justicia, pero no compartimos ese pensamiento.

En síntesis, la esencia que contiene las formas alternativas para la resolución de controversias está en el principio de libertad y disposición de las partes para elegir la vía donde resolver sus diferencias y conflictos.

Tiene sustento contractual (lo que no supone decir que deba regirse por disposiciones sustanciales) porque depende del consentimiento de ambos contradictores, o del acuerdo concertado al efecto. De todos modos, esa libertad tiene límites insuperables provenientes del orden público centrado en ciertas materias que devienen indisponibles para los interesados (no podrán comprometerse en árbitros, bajo pena de nulidad, las cuestiones que no pueden ser objeto de transacción –art. 737, CPCC–; exclusiones del artículo 2º de la Ley N° 24573, por ejemplo).

Por lo demás, las soluciones provenientes de la institución no son sentencias típicamente dispuestas, sino laudos, dictámenes, o resolu-

ciones, según lo hayan pactado las partes o provenga de normas preestablecidas el efecto jurídico que ellas han de tener.

308. El proceso en los sistemas alternativos

El concepto de proceso jurisdiccional es bastante confuso en la sistemática como la doctrina lo explica. A veces, se lo analiza como el procedimiento que permite actuar como herramienta de los derechos sustanciales; en otras, se agrega el concepto de "debido" para asignarle una condición constitucional que responde al concepto formal de cómo debe tramitar un litigio para que no alteren ni afecten los derechos de las personas; y también suele interpretarse a partir de los principios y presupuestos que caracterizan el método judicial implementado para el debate entre las partes.

Alvarado Velloso dice acertadamente que

> … la mayor parte de la doctrina, clásica y posterior, siempre procuró definir al debido proceso sobre conceptos negativos (*no es debido proceso aquél que…*), estimando que el verdadero alcance termina, siempre, como un derecho a la jurisdicción, esto es, el respeto supremo a la regla lógica que desarrolla el proceso judicial: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie de perfecta igualdad ante una autoridad que es un tercero en la relación litigiosa.[1469]

En otras palabras: el debido proceso no es ni más ni menos que el proceso que respeta sus propios principios. Está claro, en consecuencia, que el proceso tiene principios incanjeables como el debate entre partes, frente a un tercero, en perfecto pie de igualdad entre ellas, con el mismo derecho a alegar y probar, y a tener una sentencia fundada en derecho en el menor tiempo posible, de acuerdo con la celeridad que ellas mismas impongan y el juez impulse cuando fuere menester.

También existen presupuestos insuperables para acceder al proceso, como la legitimación y el interés para obrar; además de los requisitos particulares de admisión formal.

1469. Alvarado Velloso, Adolfo, "El arbitraje: solución eficiente de conflictos de intereses", en *LL* 1986-E, 1008.

Todo ello conformará un procedimiento típico, inconfundible, estructurado por etapas, y con un sistema dialéctico sostenido en los principios de bilateralidad y contradicción permanente.

¿Se pueden aplicar iguales principios y presupuestos a los medios alternativos para resolver controversias? Creemos que no.

308.1 Diferencias en el método de debate

Los medios alternativos de resolución de conflictos son, generalmente, informales y sin aplicar una técnica predispuesta. Se trabaja sobre las habilidades del tercero, quien suele reunir a los interesados en una o varias audiencias para que se enfrenten "cara a cara", pongan de relieve sus posiciones, puntos de conexión y distancia, obrando el gestor del problema tras la solución del caso, sin tener que recurrir a determinados procedimientos verificatorios (esto es, que a nadie se le pide que demuestre que tiene razón), ni que la opinión que se vierta pueda obligar a alguna de ellas.

Como se aprecia, cada sistema o método parte de una premisa diferente. No se trata de conciliar intereses opuestos que miran una misma situación (contractual o de hecho); sino de encontrar una respuesta pacífica, una alternativa flexible que no tenga el marco preciso de la perspectiva analizada, pudiendo conseguir resultados absolutamente diferentes al cuadro típico que califica la pretensión y su resistencia.

Es decir, por esta vía se puede flexionar el objeto querido, propiciando aperturas y opciones tan válidas como las que obran el derecho con que se actúa. En consecuencia, no se aplican principios consabidos del proceso judicial, tales como el encuadre preciso entre demanda y contestación; obligación del juez de respetar esa congruencia, verificación de presupuestos *de iure* y *de facto*, etcétera.

Cada figura tiene una modalidad que se diferencia por la metodología que implementa, lo cual no obsta a que, muchas veces, suelen confundirse los sistemas de resolución de disputas (por ejemplo, entre mediación y conciliación). La idea es consensuar partiendo del diálogo permanente.

Precisamente, el acuerdo, la concertación amistosa, el encuentro entre extremos distantes, son posibilidades de reflexión que alcanzan

un término medio conforme, donde ambos contendientes se muestran satisfechos.

Esta búsqueda por respuestas equidistantes y equilibradas en las que no existan culpables ni derechos sacrificados tiene origen en la más antigua formación de los estamentos sociales.

Recordemos que desde la organización familiar, atravesando los clanes, los predominios tribales, la autoridad del señor feudal, y demás representantes de una personalidad moral influyente, muestran cómo fue evolucionando la armonía de la sociedad y cómo se valoraba la conveniencia de vivir en una comuna sin graves perturbaciones.

Obsérvese esta singularidad, porque al memorar el origen de la jurisdicción no podremos olvidar que los jueces actúan, justamente, para evitar que sea la justicia privada la que resuelva los conflictos de la sociedad. Por eso, las mayores diferencias están en los métodos de resolución de controversias alternativos y el *proceso judicial*.

En efecto, la litis mantiene aquella performance de lucha donde quien obtiene sentencia favorable, más que razón tiene victoria, como si el litigio fuese un campo de batalla. El juez, magüer las facultades y deberes que se potencian en los nuevos códigos adjetivos, persisten con sus actitudes pasivas; son decisores a la hora de dictar sentencia, y recién allí conocen la médula del conflicto; a veces, tan siquiera saben quiénes son las partes porque quizás jamás lleguen a verlas.

El juez es un tercero imparcial e independiente, y llega a tal extremo el principio que suele confundirse con la absoluta distancia respecto del problema a sentenciar. Su pronunciamiento tiene por tanto la insípida decisión del neutral desinteresado, que mal que nos pese, porta más de ficción actuada que de realismo jurídico; en suma, la dura constatación de que los jueces son fugitivos de la realidad.

En cambio, los métodos alternativos encuentran en quienes desempeñan el oficio habilidades particulares que no se relacionan necesariamente con el conocimiento jurídico. Su sabiduría es técnica, ellos saben cómo aproximarse al conflicto, sus destrezas y aptitudes les facilita con gran entrenamiento alcanzar el encuentro entre puntos críticos de confrontación entre las partes.

El mediador no resuelve, solamente sugiere caminos, alternativas. Tampoco asesora, ni dictamina, es únicamente un tercero que

intercede entre los contradictores para ayudarlos a encontrar un acuerdo mutuamente satisfactorio.

El conciliador aviene intereses contrapuestos; difumina ánimos en diferencia; pacifica en sentido lato, procurando renuncias recíprocas con un beneficio común.

El árbitro tiene más parecidos con la actuación del juez, pero su origen difiere pues depende de la institución concertada o legal que decide la vía.

Estas singularidades adicionan un consecuente inmediato. Mientras el proceso ordinario sostiene sus decisiones en la aplicación del derecho positivo o judicial; los sistemas alternativos reconocen la fuerza de voluntades comunes; es un trato de buena fe que las partes admiten como mejor camino para una síntesis final.

Este rumbo hacia un proceso sin conflictos permite sugerir la conveniencia de instaurar un rumbo novedoso para la solución a eventuales desencuentros entre los miembros de una sociedad. No se trata de que "todos" sepan que el conflicto existe, como ocurre en el principio de publicidad que consagra el Derecho Procesal tendiente a elevar el dicho de la "justicia de cara al pueblo"; sino de ofrecer confidencia y reserva, para obtener en la intimidad necesaria un hallazgo común de coincidencias.

Ahora bien, la técnica puede ser un elogio para las aptitudes y habilidades que cimentan la idoneidad del tercero que interviene; pero nada tienen que ver con la naturaleza jurídica del proceso. En todo caso, el capítulo del entrenamiento podrá derivarse a otras áreas del saber jurídico, pero nunca en el Derecho Procesal.

308.2 Nuestra posición

Es evidente, a esta altura de los comentarios, que alentamos el uso de los medios alternativos para la resolución de conflictos. Nuestra duda está en aplicar los principios formativos del Derecho Procesal a cada uno de estos métodos, teniendo presente que se los reconoce más por los beneficios que reporta un sistema de debate diferente al proceso judicial, que por las proximidades que tiene la intervención de un tercero frente a las partes en conflicto.

La simple resolución del problema no habilita a considerarlos como equivalentes jurisdiccionales, o sustitutivos de la función juris-

diccional, o mecanismos supletorios del proceso común; sencillamente porque el método actuado *no es un proceso*; el tercero que actúa *no tiene jurisdicción*, y la entrada a estos sistemas alternativos es una cuestión que puede afectar el acceso a la justicia

Por ello, consideramos que la ciencia jurídica tiene una nueva disciplina que podrá nominarse como "Gestión de conflictos", "Administración de conflictos", "Formas alternativas para la resolución de controversias"[1470] dejando al Derecho Procesal la etapa de revisión que, efectivamente, garantizará el debido proceso.

1470. Denominaciones que tienen alguno de los ciclos de orientación profesional correspondientes al plan de estudios de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.