





## EL SISTEMA PROCESAL CIVIL ADVERSARIAL



COLECCIÓN  
EL SISTEMA PROCESAL CIVIL ADVERSARIAL

---

**LIBRO VI**  
**EL DISEÑO NORMATIVO**  
**DEL CÓDIGO MODELO**  
**(PRIMERA PARTE)**

---

OMAR A. BENABENTOS  
MARIANA FERNÁNDEZ DELLEPIANE



FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO  
DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS

*Benabentos, Omar Abel*

*El diseño normativo del Código Modelo : primera parte / Omar Abel Benabentos ; Mariana Fernández Dellepiane. - 1a ed - Rosario : Ediciones AVI, 2024.*

*135 p. ; 21 x 15 cm. - (El Proceso Civil Adversarial / Omar A. Benabentos ; Mariana Fernández Dellepiane ; 6)*

*ISBN 978-987-1924-61-5*

*1. Derecho Procesal. I. Fernández Dellepiane, Mariana II. Título  
CDD 347.05*

Imagen de tapa: Les avocats, 1870-1875. Honoré Daumier.

Puesta en página y diseño de tapa: [dggvoutlook.com](http://dggvoutlook.com),

para la Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas.

Italia 877, Rosario, Santa Fe, Argentina.

[fundeciju@gmail.com](mailto:fundeciju@gmail.com)

Hecho el depósito que previene la ley 11.273.

Derechos reservados.

La reproducción en todo o en parte sin previa autorización de los autores y el editor es violatoria de derechos reservados. Toda utilización debe ser solicitada con anterioridad.

Impreso en Talleres Gráficos Fervil S.R.L., Rosario, Santa Fe Argentina.

## INDICE GENERAL

1. Datos históricos. El nacimiento del Código Procesal General Modelo para la Justicia no penal de Latinoamérica . . . . .	1
2. Apuntes iniciales sobre las normas que integran el Código General Modelo para la Justicia no penal de Latinoamérica . . . . .	7
3. Escogencia de las normas que expresan la política procesal que inspira al Código Modelo y la explicación de su abordaje en los Libros Quinto y Sexto . . . . .	11
4. Libro 1. De las declaraciones y principios que rigen este código. Normas escogidas y sus notas . . . . .	13
5. Libro 2. Los sujetos del proceso. Normas escogidas y sus notas . . . . .	29
6. Libro 3. Las actuaciones procesales. Normas escogidas y sus notas . . . . .	51
7. Libro 4. Del comienzo, desarrollo y terminación del proceso . . . . .	69
8. Continuidad del examen normativo del Código Modelo en el libro VII . . . . .	145
Bibliografía . . . . .	147



# 1. EL NACIMIENTO DEL CÓDIGO PROCESAL GENERAL MODELO PARA LA JUSTICIA NO PENAL DE LATINOAMÉRICA.

## DATOS HISTÓRICOS

La ideología garantista y el esquema teórico que sostiene al sistema dispositivo adversarial integró su propuesta científica con la expresión codificada contenida en el *Proyecto de Código General Modelo de proceso para la Justicia no Penal de Latinoamérica* (o, como venimos denominándolo, el Código Modelo o el Proyecto).

La carta de presentación de este formato que, también en lo normativo, es innovador y disruptivo, se produjo en el año de 2016 en el marco del *XXVII Congreso Panamericano de Derecho Procesal* celebrado en la Ciudad de Panamá. Allí, el Instituto Panamericano de Derecho Procesal le brindó su valioso aval y lo convirtió en *el proyecto oficial para la reforma de la justicia no penal en Latinoamérica*.

A partir de ese trascendente hito, el Código Modelo emerge como una alternativa tangible y superadora para reformular desde una óptica democrática, liberal y republicana, los modelos de procesamiento y el modo de impartir justicia en la región.

La formalización del proyecto estuvo precedida de una meditada y extensa elaboración. A partir de un esquema inicial (de la autoría de ADOLFO ALVARADO VELLOSO) y que fuera depositado en el Congreso que el Instituto Panamericano celebró en la Ciudad de Lima, Perú, en el año de 2010, comenzó nuestra propia gesta de elaborar una codificación procesal civil *puramente dispositiva y netamente adversarial*.

El generoso gesto de ALVARADO VELLOSO permitió a la comunidad científica que nos aglutina contar con una base concreta para abocarnos durante los siguientes seis años a una tarea intelectual que fue asumida con ferviente entusiasmo. Nos persuadimos de la imperiosa necesidad de instalar un paradigma codificado que *sustituyera totalmente al modelo publicista* que, sin embargo y pese a su tantas veces mentada ineficacia, hoy impera hegemonícamente en las legislaciones procesales civiles de la América hispana y luso parlante.

El diagnóstico que emitimos fue unánime e idéntico al sostenido en el plano teórico: responsabilizar a los deficientes formatos normativos y a una justicia ejercida verticalmente como las causas (no las únicas, por cierto, pero sí muy decisivas) que generaron el profundo descrédito de los justiciables hacia ese modelo de procesar y resolver -caduco y cada vez más deslegitimado- pero que desde hace décadas les toca padecer.

El renacer de la democracia política y su correlato operado en lo jurídico, sentaron la idea liberal expuesta en especial en libro tercero: que un Estado que se precie de ser *de derecho* debe *acotar* el ejercicio del poder (en todas y en cada una de las castas gubernamentales). Esa nueva mirada fue la que impregnó y consagró el modelo horizontal que hoy luce en *las codificaciones procesales penales: acusatorio-adversarial* y propició *la humildad que exhiben los jueces penales en la región*.

También dejó al desnudo una flagrante contradicción que marcamos un y otra vez: mantener vivo un proyecto diferente alentado por el *activismo judicial* que se auto arrogó un exótico privilegio de casta: quedar excluidos del saludable *recorte del poder estatal* al amparo de la inconsistente tesis de que, para conducir y fallar las causas que involucran los conflictos civiles, los jueces sólo podían acceder a la verdad objetiva de los hechos y arribar a la justicia si estaban munidos de fuertes poderes de dirección, de prueba oficiosa, para fijar los enunciados fácticos en conjunto con las partes y apelando al método de la ponderación para aplicar el derecho al caso concreto.

Se instaló ese mito jamás verificado con la confrontación empírica: que la conjunción de estas herramientas les permite a los jueces no penales dirigir el proceso con riendas cortas y brindar la única respuesta correcta, posible y justa, en la heterocomposición de los conflictos que deben atender.

Pues bien, a esos enunciados que no gozaron (ni gozan) de una confirmación seria en la realidad, no puede concedérsele validez epistémica y científica. Por el contrario, lo que sí evidencian es una absurda reivindicación de esquemas instalados en el sensible ámbito donde los ciudadanos, envueltos en un conflicto litigioso, ponen en juego ante la autoridad judicial los bienes más preciados por los cuales luchan procesalmente.

Este irreal contexto y las peligrosas tesis de conceder "*aumento de mayor poder al poder*" tuvieron un costado positivo: operaron como un formidable aliciente para involucrarnos con mayor urgencia en la tarea de plasmar una propuesta codificada que pusiera coto a un estado de situación que no daba para más.

Frente a un horizonte que se oscurecía día a día y que prohió un *derecho procesal de excepción*, validando acríticamente institutos inconstitucionales e inconventionales, que ya impugnamos pero aquí los mentamos otra vez: las *medidas autosatisfactivas*, la *sentencia anticipada*, la *supresión de las reglas de carga de la prueba*, las *cargas probatorias dinámicas*, la *colaboración procesal en busca de la “verdad”*, la *amenaza de graves sanciones a las partes que no asisten a las audiencias* o el *castigo por excederse en el derecho de la defensa de los intereses de su parte*, entre otros engendros, profundizó la errónea dirección de la oleada reformista y nos colocó en la postura de levantar un “dique normativo” para contenerla cuanto antes.

Las estadísticas de las que ya dimos cuenta en otros libros reflejan que el modelo normativo *neoinquisitivo* concebido para atender los conflictos no penales *fracasó estrepitosamente*; y esta tangible realidad sugiere dar una piadosa vuelta de página y dejar de lado los esquemas de procesamiento y juzgamiento que *son parte del problema y no de su solución*.

Estamos ante un punto de inflexión que nos lleva a apelar a fórmulas radicalmente diferentes, como las que instala el Código Modelo. Afortunadamente, contamos ahora con una formidable herramienta que aspira a poner fin a *décadas de atraso científico* y corregir los rumbosos senderos legislativos que nos llevaron a *la lamentable realidad que describimos*.

En un preciso informe realizado por quien fuera el Presidente del Instituto y, además, Presidente de la Comisión Revisora, el Dr. HUGO BOTTO OAKLEY, de Chile, da cuenta del fructífero y exigente tránsito que conllevó esta empresa. También refleja cómo se urgió su concreción en los últimos años por las acuciantes razones que llevamos expresadas.

Sintetiza BOTTO OAKLEY

“Durante el ejercicio de mi presidencia en el Instituto Panamericano de Derecho Procesal (período 2012-2016) pudo concretarse, al fin, un antiguo anhelo de todos los miembros de la entidad: brindar al foro de Latinoamérica un proyecto modelo para normar un Código General del Proceso *definitivamente alejado del sistema inquisitorial* que está situado desde siempre al margen de las garantías constitucionales, que rige inexplicablemente en nuestros países para todo tipo de enjuiciamiento no penal y, sobremanera, en materia civil, donde en la mayoría de los casos se litiga a base de intereses transigibles.

Y esto se logró merced al esfuerzo sostenido en el tiempo de ADOLFO ALVARADO VELLOSO, conocido jurista con peso propio en todo el continente, fundador, ex presidente del Instituto Panamericano (2005/2012), sucesor de HUMBERTO BRISEÑO SIERRA (1982/2005) y hoy *Miembro de Honor* de la institución, quien se convirtió a nuestro pedido en el principal artífice de esta obra jurídica, de cuyo contenido redactó la *Parte General* del Código, eficientemente secundado por OMAR ABEL BENABENTOS -hoy Secretario General- que se encargó de imaginar y redactar la *Parte Especial*, regulando los procedimientos en concordancia con las instituciones detalladas y normadas en lo general.

Presentado el trabajo ya terminado al Consejo Directivo de la entidad, se designó una *Comisión Revisora* del Anteproyecto integrada por el suscrito y los Profesores FRANCISCO PINOCHET CANTWELL, HUGO MUÑOZ BASÁEZ, CARLOS CASTRO VARGAS y MARIANA FERNÁNDEZ DELLEPIANE, todos con el grado académico de *Magíster en Derecho Procesal* por la Universidad Nacional de Rosario. Huelga decir que tal Comisión estudió con detenimiento el Anteproyecto y, posteriormente, contó -a su pedido- con la valiosa colaboración de las observaciones brindadas al efecto por los profesores JORGE ZINNY (de la Universidad Nacional de Córdoba, Argentina), ANDREA MEROI (de la Universidad Nacional de Rosario, Argentina), JORGE PASCUARELLI (de la Universidad Nacional del Comahue, Argentina), MAURO CHACÓN CORADO (de la Universidad San Carlos de Guatemala) y GABRIEL VALENTÍN (de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay), muchas de las cuales fueron incorporadas al texto final.

El texto que se presenta ha sido aprobado durante el XXVII Encuentro Internacional del Instituto, realizado en la ciudad de Panamá en mayo de 2016”.

Como bien lo destaca BOTTO, a partir de la efectiva puesta en marcha del Código Modelo se generó en los integrantes de la corriente garantista un inevitable desdoblamiento en nuestros esfuerzos: a la par de ratificar las premisas teóricas se adicionó la misión de difundir el contenido y las bondades del Código Modelo. De lo que se trata, en definitiva, es de concientizar al procesalismo y a los poderes públicos de la región que cuentan -por fin- con una salida normativa idónea que los llevará a saldar la antigua deuda institucional que se mantiene con los justiciables: brindarles un método de debate y heterocomposición

de los conflictos no penales que, por la *racionalidad de sus propuestas*, les devuelva la *confianza* sobre los formatos normativos y hacia la justicia civil encargada de dirimir sus contiendas.



## 2. APUNTES INICIALES SOBRE LAS NORMAS QUE INTEGRAN EL CÓDIGO GENERAL MODELO PARA LA JUSTICIA NO PENAL DE LATINOAMÉRICA

Las normas del Código Modelo instalan un paradigma en el que se materializa la idea de que el servicio de justicia está *puesto a favor de los justiciables y no ellos a disposición de ésta*. Se ha superado airesamente el crucial desafío de *trasvasar* la esencia de los postulados teóricos que sostiene la iusfilosofía garantista y el sistema dispositivo adversarial al formato codificado que replica satisfactoriamente el núcleo duro de nuestro ideario. Así:

- a) ubica a las partes en un *papel central* y les confiere la condición de adversarios, duales y antagónicos en pie de perfecta igualdad jurídica;
- b) suministra un método de *debate dialéctico* en el que, con toda amplitud y con cargas diferenciadas, pueden postular, defenderse, confirmar y alegar sobre los enunciados fácticos y jurídicos en los que sostienen sus respectivas hipótesis;
- c) acentúa en toda la línea la *pureza* del sistema dispositivo-adversarial que coloca en cabeza de las partes los enunciados de los hechos, el ofrecimiento y práctica de los medios de confirmación, la valoración de las premisas fácticas y jurídicas y la libre impugnación de lo decidido por el juez en su sentencia;
- d) remite al juzgador en el tránsito del procesar a una *mínima injerencia* sobre la esfera de las libertades de las partes y del derecho material que ellas disputan, prohibiendo el despacho de las *pruebas de oficio*;
- e) privilegia las alternativas *autocompositivas* sobre la decisión heterocompositiva para poner fin al litigio;
- f) impregna del *deber de justificación* -externa e interna- a la toma de la decisión final a la que arribó el juez al emitir su sentencia;
- g) diseña una propuesta *cognoscitiva* para el proceso de conocimiento con trámite ordinario, sumario y mixto con audiencia de vista de causa oral *con un diseño de cargas diferenciadas*. Así, le impone al actor sólo la carga de enunciar los hechos constitutivos de su pretensión.

En la misma línea se lo cita al demandado sólo a comparecer, para permitirle deducir, luego, las excepciones que atacan la validez de la relación procesal de un modo previo a la contestación de la demanda. Recién en esta instancia se le impone la alternativa de poder refutar los hechos que hacen al derecho material debatido y que fueron afirmados por el accionante.

La carga de la prueba queda diferida a una etapa posterior y debe recaer sobre los hechos contradichos o de demostración necesaria. Y como se dijo, el ofrecimiento y práctica de los medios de confirmación es una carga impuesta a las partes de un modo exclusivo, *prohibiéndole al juez la tarea de probar oficiosamente*. También se reformulan los medios de confirmación determinados según su grado de fehaciencia y se otorga un amplio plazo para alegar.

En suma, se crea un formato que le permite al juzgador contar con *la mayor y más amplia información* para que su fallo guarde *el máximo grado de correspondencia con lo afirmado, contradicho y probado por las partes*;

h) regula la *oralidad continua* y con un trámite mixto pero sólo para aquellos conflictos *en los que predomina el contexto fáctico*, con una etapa de postulación escrita y, con el mismo esquema de cargas separadas. Ratifica que la práctica y producción de los medios de confirmación quedan a cargo de las partes y culmina con una audiencia de vista de la causa oral en la que el juez despliega deberes de dirección, pero sin injerencia en el desarrollo de la prueba en esa instancia; y,

j) fija una axiología jurídica y ética que privilegia al *ser humano* y a sus derechos procesales fundamentales por encima de todo otro valor instrumental.

De este rápido compendio que resume los ejes de la *política normativa* puesta en marcha en el Código Modelo, surge un diseño que resulta absolutamente incompatible con el sostenido por el sistema publicista y que exhibe, también, una clara superioridad sobre los códigos verticalistas y el perfil de la judicatura activista que prohíjan.

Se trata, entonces, de pugnar por su inmediata introducción en las codificaciones positivas de la región porque, a riesgo de ser reiterativos, el hartazgo de los justiciables no admite más demoras. De suyo, esta ambiciosa empresa implica transitar por un camino muy espinoso. Por lo pronto, el desafío pasa por doblegar la natural tendencia humana de *resistirse a los cambios*. Acredita esa inercia el dato objetivo que explica -pero no justifica- que las comisiones reformadoras y los hacedores de los códigos procesales no penales en la región repliquen -una

y otra vez- recetas prescriptivas que, a pesar de contar con evidencias tangibles sobre su estrepitoso fracaso, apuntan siempre a *más de lo mismo*.

De otro lado, quizás lo más dificultoso consista en modificar el *entorno cultural* que tiene internalizada *una mirada acrítica* sobre los sistemas publicistas y el activismo del poder judicial. Esa visión complaciente con el poder -en este caso el jurisdiccional- supuso dotar a los jueces de ominosos poderes de dirección e intromisión (durante el debate) sobre *el derecho material* que se encuentra en disputa. Tomando las palabras de JUAN MONTERO AROCA: en los procesos civiles de corte publicista el juez lo puede *todo o casi todo* y la experiencia humana indica que toda vez que el justiciable se sometió a esta coerción, nada bueno pudo augurarse cuando se apostó irreflexivamente por *el poder*.

Y si con lo dicho no alcanzare, debemos finalmente combatir un universo de intereses creados que involucren a la casta judicial y a los operadores que le son funcionales. Resulta previsible que, ante la amenaza del recorte de *sus poderes*, los jueces cierren sus filas para defender una posición de privilegio alcanzada ilegítimamente. A esto se le suma la postura de los académicos que, teniendo opinión formada y favorable hacia los sistemas normativos publicistas, deberían reformular sus conceptos, y hasta dejarlos de lado si es que se produce la indeseada irrupción de un modelo incompatible con sus creencias. Y, por último, la postura de la clase política de concederles poderes a los jueces *para que ejecuten sus directivas* es una tendencia que se repite y que es propia de los sistemas presidencialistas y las democracias impuras que son una constante en la región.

Así que un diseño normativo que propone jueces con menores poderes y una mayor exigencia de justificación en sus decisiones supone un margen menor de manipulación y del ejercicio de sus eventuales influencias sobre ellos. En Latinoamérica, es un hecho objetivo que los que gobiernan pretenden *cooptar* al Poder Judicial y, en nuestro país, la Argentina, esta es una penosa e irremediable realidad.

Ahora bien, si el panorama que pintamos asume ese grado de *hostilidad científica, cultural y hasta política* ¿sería esperable que nos llevara deponer la empresa de introducir en las legislaciones procesales civiles positivas de los países de la región el formato del Código Modelo? Lo descartamos plenamente: aceptar una postura de resignación no está en nuestros planes. La musa inspiradora que debe guiarnos es la infatigable lucha que libró el procesalismo

penal de la región, una batalla cultural que -finalmente- lo llevó a la masiva sustitución de la legislación procesal penal (neoinquisitiva) por el *modelo acusatorio-adversarial* que hoy rige casi unánimemente en Latinoamérica. De modo tal que no se advierte por qué no se alcanzaría un *idéntico logro* si persistimos en instalar un diseño puramente dispositivo y netamente adversarial para que la justicia no penal atienda este tipo conflictos consagrando, de una buena vez una reforma del mismo signo con prescindencia de la índole de la pendencia que está en juego.

Es que cuando se genera un abismo entre los postulados teóricos y la penosa realidad que sufren los destinatarios del sistema, temprano o un poco más tarde, las comisiones reformadoras y las legislaturas deberán hacerse cargo de los daños provocados. Es un deber ético-jurídico que no admite demoras y que impone evadir el disvalioso *gatopardismo* expresado en las reformas procesales que *proponen cambios para que nada cambie*, si se nos permite el juego de palabras.

La reforma de la justicia civil asumida desde otro signo político-jurídico dejará atrás este círculo vicioso si, de una vez, se toma la decisión de valerse de la formidable herramienta a la que pueden apelar los legisladores regionales al trasvasar las normas del código modelo a sus códigos nacionales.

Para cerrar en este tramo: de lo que se trata es de sustituir un paradigma procesal cargado de frustraciones y desacoplado radicalmente con las mandas constitucionales y convencionales por otro que sea respetuoso de la persona humana, de sus valores, de su libertad responsable ejercida cuando le toca el papel de justiciable, en suma de ser las partes, nuevamente, las protagonistas de su conflicto litigioso y que la judicatura ocupe el papel que deben asumir los que gobiernan o deciden sobre nuestros destinos en un sistema plenamente democrático, auténticamente republicano y genuinamente liberal.

### **3. ESCOGENCIA DE LAS NORMAS QUE EXPRESAN LA POLÍTICA PROCESAL QUE INSPIRA AL CÓDIGO MODELO Y LA EXPLICACIÓN DE SU ABORDAJE EN LOS LIBROS QUINTO Y SEXTO**

El Código Modelo contiene 807 artículos. Esa notoria extensión prescriptiva nos impuso adoptar algunas decisiones sobre el modo de abordarlos. De un lado, desdoblamos nuestra faena y así, a lo largo de este *libro sexto*, que comprende desde el artículo 1 al 509 y en el próximo, *el libro séptimo*, que abarca desde el artículo 510 hasta el 807, decidimos -por razones de practicidad y para hacer más asequible su lectura- dividir el tratamiento del nivel normativo en dos libros atento a ocuparnos del examen de una gran cantidad de esas normas.

De otro lado, la Parte General del Código Modelo y la totalidad de los 691 artículos que la integran ya han sido comentados en extenso con notas de la autoría de ADOLFO ALVARADO VELLOSO (que para simplificar las identificaremos de aquí en más como “nota de AAV”)<sup>1</sup>. Luego, con la licencia de ADOLFO, hemos reproducido algunas de esas notas. Y como nos invadió la necesidad de acompañarlo en sus opiniones doctrinarias con reflexiones de nuestra autoría en las citas que generamos, y ponemos a consideración de los lectores, las identificamos bajo el título de “notas propias”.

De ese cumulo de artículos que integran la parte general hemos escogido aquellas normas que dibujan el núcleo central de la política procesal y que campea en toda la normativa: humanista, democrática, liberal y republicana, insertas en el seno de ese cuerpo codificado. Aun así, con los recortes del caso, y como ya lo llevamos dicho, nuestra labor debió ser abordada en dos libros.

A su vez adicionamos, con “comentarios propios” la Parte Especial del Proyecto (que regula los trámites impresos a los distintos procesos de conocimiento y ejecutivos y abarca desde el artículo 692 al 807). Así integramos ambos tramos del modelo pero también, por el ya mentado limite que nos impone la obra,

---

1 ALVARADO VELLOSO, ADOLFO, “Proyecto de Código Procesal General Modelo para Justicia no Penal de Latinoamérica, con correlación normativa y explicación de todas las instituciones legisladas. Fuente Código Procesal General - ACADEMIA VIRTUAL DE DERECHO <http://www.academiadederecho.org>.

nos llevó a una nueva selección de las normas que nos parecieron relevantes reproducir con la misma finalidad: dibujar la política procesal dispositiva-adversarial instalada en los distintos procesos y tramites que fueron regulados tanto para los litigios de conocimiento como los de ejecución.

Por último, tenemos presente que el Código Modelo contiene una profusa cantidad de prescripciones de carácter *estrictamente técnico*, como las que regulan la representación procesal, las partes no esenciales, la intervención de terceros, el litisconsorcio, la irregularidad y nulidad de los actos procesales, el abordaje de todos y cada uno de los medios de confirmación, los remedios y los recursos procesales, entre tantos otros institutos.

Y dejamos constancia de que en este plano, en el puramente científico, también se dibujan escenarios *muy superadores* de los regulados en los códigos publicistas. La riqueza doctrinal con la que han sido abordados nos tentó a ocuparnos de sus contenidos; pero rápidamente caímos en la cuenta de *que esa faena excedería notoriamente los fines de la obra*. Así que el lector deberá dispensarnos de optar por una selecta -y en cierta medida arbitraria- escogencia de aquellos artículos que, en nuestro entendimiento, son los que mejor reflejan la esencia del paradigma teórico y iusfilosófico sobre el que reposan.

Dicho lo anterior, de aquí en más nos abocaremos a la reseña de aquellas disposiciones selectivamente escogidas de los siete libros en los que se divide el Código Modelo, comenzando por el Libro 1.

#### 4. LIBRO 1. DE LAS DECLARACIONES Y PRINCIPIOS QUE RIGEN ESTE CÓDIGO. NORMAS ESCOGIDAS Y SUS NOTAS

Entrando ya en materia, en el Libro 1 del Código Modelo se emula la declaración de principios que lucen presentes en los códigos procesales penales acusatorios, como bien lo ilustra Héctor GRANILLO FERNÁNDEZ (ex Presidente del Instituto Panamericano de Derecho Procesal) el libro:

“contiene las pautas generales que garantizan en el Proyecto -y desde la propia ley- una *tutela judicial efectiva* que no sea mera retórica sin contenidos concretos; se conceptualiza la actividad jurisdiccional como fenómeno jurídico que sólo puede realizar el Estado; se define el proceso y se determina su objeto y se enuncian los principios que regulan la legalidad procesal así como el proceso mismo y las reglas que rigen en todo procedimiento. Finalmente, dado que uno de los primordiales objetivos del Proyecto es lograr insertarlo en la normativa vigente en nuestros países, se establecen pautas concretas para la interpretación de la ley y su aplicación en el tiempo y en el espacio”.

“No existe (en los códigos procesales no penales de corte publicista, salvo un caso aislado como el del código procesal civil peruano) un libro inicial dedicado a las *declaraciones y principios generales* y esa ausencia no es casual y sí causal. Es que la iusfilosofía que sostienen es antiprincipialista y construida sobre un derecho procesal asistémico que les impide sentar una línea coherente para explicar su articulado y la razón de ser que lo animaría. El Código Modelo, en cambio, identificó con toda claridad cuáles son esas líneas rectoras y cómo su presencia le otorga blindaje a lo normado. Así, en esa declaración inicial de principios se deja bien en claro que:

- a) la tutela judicial efectiva debe ser brindada a *ambas partes* y ésta se garantiza con la amplitud para pretender, pero también para refutar, y la misma libertad para confirmar, valorar e impugnar;
- b) la jurisdicción se activa a instancias de la parte y ese requisito hace a la esencia del sistema dispositivo;

- c) el método de debate deviene plenamente cognoscitivo por la mentada amplitud para facilitar la información sobre los enunciados fácticos y la que se desprende de los medios de confirmación, entendidos como fuente de ilustración para la toma de decisiones;
- d) el objeto del proceso es dual y su fin primario pasa por la autocomposición y su fin secundario implica la heterocomposición del litigio;
- e) los jueces deben estar sometidos al principio de legalidad, constitucionalidad y convencionalidad;
- f) ocupan un papel de mínima intervención al procesar y de máxima justificación sobre lo decidido;
- g) los principios procesales construyen positivamente la noción de *debido proceso*;
- h) las reglas técnicas se presentan como alternativas duales y completan el esquema de procesamiento y juzgamiento que se concibió normativamente.”

Dicho lo anterior, y retomando nuestras reflexiones la aproximación al análisis de las normas contenidas en el Libro 1, confirmará que los trazos centrales que encierran ese puñado de prescripciones rotuladas como declaraciones y principios soportan todo el andamiaje estructural del código.

\*

**Artículo 1. Derecho a la tutela jurisdiccional efectiva.** *Esta ley garantiza y asegura a toda persona que: 1) tendrá acceso irrestricto a la actividad jurisdiccional del Estado y que recibirá de ella, en plazo razonable y en tiempo oportuno, una efectiva protección de sus derechos o intereses ciertos o inciertos que sufran daño actual o potencial; 2) podrá acceder a esa protección en forma inmediata y gratuita, sin perjuicio del oportuno pago de costas y multas que establece la ley, cuando ello fuere así establecido por decisión judicial expresa; 3) podrá ejercer un adecuado derecho de defensa en juicio, de acuerdo con las disposiciones de este Código. A tal fin, y con toda amplitud, podrá demandar, contradecir, excepcionar, reconvenir y utilizar todo medio de prueba que sea lícito, siempre que lo ofrezca y produzca en el tiempo y con las formalidades establecidas en esta ley. Para todo ello,*

*se distribuyen separada y racionalmente las respectivas cargas que permitirán su adecuado cumplimiento y la posibilidad de suministrar al juzgador la mayor cognición posible; 4) no estará constreñida en modo alguno a declarar en juicio salvo que lo haga voluntariamente, en cuyo caso no debe mentir; 5) se presumirá su buena fe en el litigio; 6) el juez que tramite el proceso mantendrá en todo tiempo de su actuación una auténtica igualdad jurídica respecto de las partes antagónicas en el debate, sin suplir sus falencias de afirmación, prueba o impugnación ni subsanar oficiosamente sus errores, salvo aquéllos que afecten de tal modo la relación procesal que impidan el dictado de una sentencia de mérito útil sobre el fondo de la contienda; 7) el juez que sentencie el litigio no tendrá causal de impedimento o prejuicio que afecte su imparcialidad tanto respecto del objeto litigioso como de las personas que litigan o de sus letrados.*

### **Nota de AAV sobre el inciso 3**

“Esencialmente, todo proceso supone la presencia de dos sujetos (carácter *dual* del concepto de parte) que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia). Si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, *igualar* las diferencias naturales que separan de un modo irremediable a los hombres, es consustancial con la idea lógica de proceso el que el debate se efectúe *en pie de perfecta igualdad jurídica, no real*.

Tan importante es esto que todas las constituciones del mundo consagran de modo expreso el *derecho de igualdad ante la ley*, prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican clara desigualdad: prerrogativas de sangre y de nacimiento, títulos de nobleza, fueros personales, etcétera, y admitiendo otras que permiten paliar la desigualdad: el libre acceso a los tribunales de quienes carecen de los medios económicos suficientes para ello, etcétera.

En el campo del proceso, igualdad significa *paridad de oportunidades y de audiencia*; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes.

La consecuencia natural de este principio es la regla de la *bilateralidad o con-*

*tradición*: cada parte tiene el irrestricto derecho de ser oída respecto de lo afirmado y confirmado por la otra. En otras palabras: la igualdad de ocasiones e instancias de las partes. Si esto no se respeta habrá una simple *apariencia de proceso*. Pero nunca un verdadero proceso, tal como lo concebimos en esta obra acorde con el mandato constitucional”.

### **Notas propias vinculadas con el inciso 3**

Hace a la esencia de un modelo dispositivo adversarial el carácter *central asignado a las partes a lo largo del debate*. De allí que se les conceda un amplio margen de actuación para pretender, defenderse y confirmar los enunciados fácticos y jurídicos sobre los que sostienen sus respectivas hipótesis. Y para imprimir un carácter plenamente cognoscitivo al debate (otro de los valores que se persiguen en el Código Modelo), las cargas que se le imponen las cumplirán de un modo diferenciado. Es que la aportación y la refutación de hechos suponen una tarea compleja, y confirmarlos ostenta similar dificultad.

Si de lo que se trata es de brindar la mayor cantidad de información de calidad al juez para posibilitar una decisión que se corresponda con lo que surja de la causa, la tan mentada *tutela judicial efectiva* debe traducirse en una *garantía igualitaria* para ambas partes. Y esto se refleja en la plena bilateralidad que se les concede durante el procesar y la mínima injerencia del juzgador, remitido al rol de un director moderado de la contienda y con el expreso impedimento de no involucrarse con el derecho material que se discute cuyo abordaje queda reservado al momento de dirimir la disputa.

### **Nota de AAV sobre el inciso 6**

“El principio de imparcialidad del juzgador es de tal importancia que es el que logra hacer efectiva la igualdad jurídica de las partes. Indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (*imparcialidad*) ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (*imparcialidad*) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (*independencia*). Esto que se presenta como obvio -y lo es- no lo es tanto a poco que el lector quiera estudiar el tema en las obras generales de la asignatura. Verá en ellas que, al igual que lo que acaece con el concepto

de *debido proceso*, la mayoría se maneja *por aproximación* y nadie lo define en términos positivos.

En realidad, creo que todos -particularmente los magistrados judiciales- sobreentienden tácitamente el concepto de imparcialidad pero -otra vez- nadie afirma en qué consiste con precisión y sin dudas. Por eso es que se dice despreocupada -y erróneamente- que los jueces del sistema inquisitivo pueden ser y de hecho son imparciales en los procesos en los cuales actúan.

Pero hay algo más: la palabra *imparcialidad* significa varias cosas diferentes a la *falta de interés* que comúnmente se menciona en orden a definir la cotidiana labor de un juez. Por ejemplo, ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente referidos a la raza, o al color de la piel, o a las creencias religiosas, o a las opiniones políticas, o a las preferencias sexuales, etc.), independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo, no identificación con alguna ideología determinada, completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno; y a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etcétera. Y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso y evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto. Tampoco debe tener temor al qué dirán ni al apartamiento fundado de los precedentes judiciales, etcétera.

Si bien se miran estas cualidades definitorias del vocablo, la tarea de *ser imparcial* es asaz difícil pues exige absoluta y aséptica neutralidad, que debe ser practicada en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el vocablo involucra”.

### **Notas propias sobre el inciso 6**

La *imparcialidad del juzgador* no admite *medias tintas*. Toda vez que el juez suple la actividad de confirmación de las partes, esto se traduce en un grave quiebre de la igualdad procesal que les debe y se desbarranca hacia una clara parcialidad (aunque esa no fuera la intención del juez). El irrenunciable rol de *tercero* le impone conservar su *ajenidad* a todo trance. Si por vía de la prueba oficiosa el juez confirma o desestima alguno de esos enunciados fácticos esgrimidos por una parte, inexorablemente lo llevará a fortalecer a una de las dos

hipótesis que están en disputa. Su actividad coadyuvará a quien le convenía la confirmación o la ausencia de acreditación del enunciado sobre los hechos.

La hipótesis de que uno de los parciales salga beneficiado por la labor del juez -porque sería merecedor de ese auxilio- no resiste análisis alguno. Exóticamente, para el juez sería digna de su cooperación la parte que se aproxima más a la verdad acerca de cómo ocurrieron los hechos en el plano de la realidad.

La tesis que sostiene todo el activismo judicial contiene una falacia que debe ser desmontada cuanto antes. Nos apoyaremos en un ejemplo que muestra lo peligroso de adscribirse a ideas que postulan que es una función propia del juez desplazar a las partes de las cargas que son de incumbencia de estas. Así, si ese juez activista, apelando a la prueba de oficio decide *interrogar* a una de ellas, sólo puede tomar en cuenta los hechos que le son *desfavorables* para el interrogado. Luego, cuando el juez asume esa función de interrogador pasa a *beneficiar* potencialmente (nunca a perjudicar) *a la contraparte de quien quedó sometido a ese interrogatorio*.

El juez, lanzado por estos rumbosos caminos con la excusa de la búsqueda de la verdad como valor prevalente, paga un costo inadmisibles. Puesto en blanco sobre negro: cuando los códigos publicistas le permiten al juzgador (entre el racimo de pruebas oficiosas) *interrogar a las partes*, lo colocan como *ponente de la prueba de absolución de posiciones*. Y si el atribulado interrogado *confiesa un hecho*, luego el juez en su sentencia -según el razonamiento del activismo judicial- debe colocar ese hecho *como probado* y condenar a base del resultado del propio interrogatorio oficioso del juzgador.

Esa actividad bifronte del juez viola duramente el principio *óptico de parte-todo* y contradice una de las notas que hacen a la esencia de su función: arribar a la sentencia *libre de todo prejuicio* en la formación de su convicción para condenar o absolver.

\*

**Artículo 2. Concepto de actividad jurisdiccional.** *Sólo los jueces del Poder Judicial pueden realizar actividad jurisdiccional, la que está expresamente prohibida a todo otro funcionario del Estado. Se entiende por actividad jurisdiccional la que realizan todos los jueces cuando: 1) inician por acción de parte y desarrollan íntegramente un proceso con estricta sujeción a los principios y reglas que se mencionan en los arts.*

7 y 8 de esta ley; 2) emiten resolución para heterocomponer el litigio mediante una sentencia, también sujeta siempre a las precisas reglas que se mencionan en los arts. 6, 9, 10, 11 y 12; 3) ejecutan el mandato judicial contenido en la sentencia en caso de que el perdedor no cumpla lo resuelto en ella. Sin perjuicio de ello, los jueces también cumplen la actividad administrativa que les encomienda la ley.

### **Nota de AAV sobre el inciso 1**

“Se descarta por completo la iniciación de un proceso por actividad *oficiosa del juez*”.

### **Notas propias vinculadas con el inciso 1**

El sistema dispositivo encuentra plena recepción en este inciso. La parte actora dispone del libre ejercicio de su derecho de accionar que es de rango constitucional (Cn, 14) y de formular su pretensión como contenido del derecho de acción. Un proverbio, expresa gráficamente esta idea al enunciar: *no hay juez sin actor*.

\*

**Artículo 3. Concepto de proceso que rige para interpretar este código.** *Este código define al proceso como a un medio metódico y pacífico de debate dialogal y argumentativo efectuado entre dos partes antagónicas, dirigidas durante su desarrollo por un juez que les asegura, con su propia imparcialidad, un trato jurídicamente igualitario en el otorgamiento de una constante audiencia recíproca.*

### **Nota de AAV vinculada con el artículo 3**

“Debe quedar en claro que *medio* es, en su undécima acepción castellana, “cosa que puede servir para un determinado fin”. Por tanto, como *medio* que es, nunca habrá de ser considerado el proceso como *fin* por juez alguno, siendo imperativo para él el irrestricto acatamiento a los principios procesales y a las reglas de procedimiento establecidos en esta ley.

Los contendientes no actúan con armas, como lo hacían en el remoto pasado.

Se trata de un *diálogo* y no de un *monólogo*. Y diálogo es “plática entre dos o más personas que alternativamente manifiestan sus ideas o afectos”. También “discusión o trato en busca desavenencia”.

\*

**Artículo 4. Objeto del proceso.** *El objeto del proceso es: 1) primario: consiste en restablecer la paz social quebrada por la existencia de un conflicto de relevancia jurídica en el plano de la realidad; 2) secundario: consiste en lograr una adecuada heterocomposición judicial de las partes en litigio mediante su resolución contenida en una sentencia congruente, justa y motivada con argumentos razonados, no dogmáticos, convincentes y ajustados a la ley positiva. Además, la sentencia debe asegurar el mantenimiento de la paz social en estado de libertad y la plena certeza de las relaciones jurídicas. Sin perjuicio de ello, las partes son libres de autocomponer sus intereses divergentes en el modo que mejor les parezca y en cualquier tiempo y estado del proceso, siempre que el tema en discusión sea transigible conforme a lo dispuesto en la ley civil.*

#### **Notas de AAV sobre el artículo 4**

“La palabra objeto se utiliza en su cuarta acepción castellana: fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación. Es habitual leer en las obras actuales de la materia procesal que el *objeto del proceso es investigar la verdad*. Esta posición presupone que la verdad es única e idéntica en todo tiempo y lugar y para todas las personas por igual; adicionalmente, presupone que como tal verdad -única e idéntica- puede ser conocida alguna vez. Sin embargo, la simple posibilidad de que un juzgador superior revoque la decisión del juzgador inferior muestra que la verdad es un valor *relativo*.”

Si esto es correcto, ¿cómo puede implementarse un sistema judicial en el cual se imponga al juez actuante el deber de buscar la “verdad real”? De ahí que se sostenga el objetivo de declarar la certeza de las relaciones jurídicas conflictivas otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos y lograr el mantenimiento de la paz social en tanto que la gente no haga justicia por mano propia.

Por lo demás, el sintagma *verdad real* ha sido inteligentemente descrito como la verdad del Rey (no como lo que coincide con la verdad de la vida) que proviene desde el tiempo en el cual la simple sospecha -del Rey o de la autoridad real- hacía presumir la culpabilidad del sospechado”.

#### **Notas propias sobre el artículo 4**

Laudamos que se establezca sólo como un fin *secundario* del proceso su culminación por la vía de la *heterocomposición pública*. La impredecibilidad de los fallos, que lamentablemente abunda en la judicatura de la región y que genera la desconfianza de quienes los reciben (dato que ratifica que la sentencia debe verse como la última ratio en la solución de los conflictos), colabora en poco con el fin *primario* de restablecer la paz social que enfáticamente postula la norma.

El inciso segundo instala la primera de las numerosas normas dedicadas a establecer un estándar muy exigente sobre el modo y forma de fallar y anticipa la imposición de deberes funcionales encaminados en esa dirección. Se requiere que aquello que se decida sea “*congruente, justo y motivado con argumentos razonados, no dogmáticos, convincentes y ajustados a la ley positiva*”.

\*

**Artículo 6. Principio de legalidad procesal.** *Esta ley asegura a todo justiciable que el juez actuante: 1) durante el desarrollo del proceso, aplicará estrictamente y bajo pena de nulidad el procedimiento determinado al efecto en esta ley. Sin perjuicio de ello, cuando el tema en discusión es transigible; las partes pueden pactar la extensión de todo plazo aquí establecido y la supresión de alguna de las fases de la serie procedimental procesal que se describe en el art. 7.3); 2) en la emisión de la sentencia, y también bajo pena de nulidad, aplicará coherentemente al caso en litigio el sistema jurídico vigente, conforme al siguiente orden de prelación: 2.1) la Constitución nacional y los Pactos Internacionales vigentes en el país; 2.2) las leyes sustantivas, según su orden de prelación; 2.3) las disposiciones de carácter municipal, siempre que sean ley en sentido formal; 2.4) las acordadas del Superior Tribunal de Justicia y, en su caso, de los órganos competentes al efecto; 3) durante la ejecución de la sentencia, procederá de la manera más expedita posible, empleando la exacta fuerza necesaria al caso y no*

*más que ella, y procurando mantener la paz social de la mejor forma posible; 4) en todo tiempo: 4.1) respetará y hará respetar el principio de seguridad jurídica, que exige evitar la simple posibilidad de coexistencia de dos sentencias contradictorias por fallar en forma diferente dos pretensiones idénticas. A este efecto, debe actuar conforme lo dispuesto en los arts. 31 y 351. 4.2) permitirá que las partes acumulen voluntariamente pretensiones conexas, subjetiva y objetivamente.*

### **Notas de AAV sobre el artículo 6, incisos 1 y 2**

“La posibilidad de las partes de acordar la extensión del plazo o la supresión de las etapas resulta absolutamente razonable, maguer que nunca se haya reconocido en ley anterior basada en ideología autoritaria. Adviértase que si las partes pueden transigir acerca del derecho litigioso -que es *lo más* en la controversia existente entre ellas- resulta obvio que también puedan transigir acerca de cómo discutir -que es *lo menos* con relación a lo antes señalado. A su vez el orden de prelación en la aplicación de las leyes es materia constitucional. No obstante, y asumido ello, se repite en esta ley con criterio legislativo y docente y, además, porque se agregan los supuestos normados en los incs. 2.3) y 2.4), ajenos a la normativa constitucional”.

### **Notas propias sobre el artículo 6, inciso 2**

La prelación y la correspondencia de lo resuelto con respecto a la pirámide normativa dejan bien a las claras que el Código Modelo se adscribe a la corriente *iuspositivista moderna*. Esa corriente, que se inició con Kelsen, se continuó con HART, BOBBIO y FERRAJOLI, entre tantos otros positivistas, mereció ataques desmesurados por parte de los iusmoralistas y activistas procesales.

Todo iuspositivista moderno parte de la premisa de que la validez de la norma que aplicará el juzgador no debe mirarse exclusivamente por su *legitimidad en cuanto a su producción*. Kelsen siempre sostuvo que la norma que se aplique debe ser correspondiente con aquellas de jerarquía superior. Dicho esto, el juzgador debe ceñirse a la aplicación de las reglas positivas y excepcionalmente invalidarlas.

El respeto al principio de legalidad supone el sometimiento de las partes y el juez a la norma general y abstracta. Sólo si justifica de un modo objetivo la

manifiesta y flagrante *contradicción* de la norma cuestionada con principios expresos emanados del bloque constitucional se debe apelar a esta *última ratio* y declararla inaplicable. Expresado en otros términos: el juez debe ceñirse a la actividad de subsunción de la ley positiva y vigente y *encajar* en las normas que escoja del ordenamiento jurídico que lo vincula con los enunciados fácticos declarados y probados en la causa. En esa faena dispone de un *margin de discrecionalidad muy amplio*. Lejos de la retórica frase del juez como *la boca de la ley* con el que se identificaba a los magistrados del siglo XIX, lo cierto es que desde la creación de la jurisdicción como un nuevo poder del estado de derecho les fue conferido a los jueces el privilegiado mandato de impartir justicia que durante milenios se unificó en cabeza de la administración.

En todo caso, el juez de antaño tenía menos libertad para interpretar la norma jurídica, pero no por eso perdía el control sobre los hechos y la fuerza de imponer sus decisiones. No debemos confundirnos: ese juez de hace doscientos años y el juez de la modernidad tienen en común el enorme poder de declarar probados o no probados los hechos en las causas sometidas a su conocimiento. Es más, el juez actual está condicionado por unas pocas pruebas legales o tasadas y para fijar los hechos se vale de su razonamiento en general y del probatorio en particular.

En buenas cuentas, las cuestiones fácticas son las que asumen una importancia central. De allí que se justifique que la jurisdicción se ajuste al *principio de legalidad* como consecuencia natural del respeto que debe observar a las normas generales sancionadas democráticamente y cuyo acatamiento contribuye a reducir -en lo normativo- el margen de discrecionalidad del que goza la jurisdicción desde el mismo momento de su creación como el tercer poder en un estado republicano.

\*

**Artículo 7. Principios que rigen el proceso como tal.** *Los principios fundamentales que consagra esta ley y que deben ser respetados irrestrictamente en todo proceso para que pueda ser legalmente considerado como tal, son: 1) las partes deben gozar de una perfecta y no meramente aparente igualdad jurídica o procesal, en todo tiempo del desarrollo del proceso, del dictado de la sentencia y de su eventual ejecución; 2) el juez debe actuar en todo tiempo sin violencia alguna*

*y sin impedimentos que permitan poner en tela de juicio su imparcialidad e independencia respecto de las personas que litigan o del tema litigioso; 3) la serie procedimental utilizada para el desarrollo del mismo debe ser eficiente para la adecuada consecución de su objeto. Esta ley declara que, salvo pacto expreso de las partes efectuado luego de incoado el proceso, esa eficiencia se logra sólo si se cumplen ineludiblemente en todos los supuestos cuatro etapas consecutivas: 3.1) una de postulación, para que el actor afirme en ella los hechos y el derecho en los cuales basa su pretensión; 3.2.) una de negación, para que el demandado y, eventualmente el actor, respecto de los hechos afirmados por el demandado al oponer excepciones, pueda defenderse controvertiendo los hechos o el derecho a fin de generar cargas probatorias; 3.3) una de prueba acerca de los hechos controvertidos; 3.4) una de alegación a fin de motivar la convicción del juez respecto de las pruebas producidas para sustentar los hechos controvertidos; 4) todos los sujetos del proceso deben respetar la regla moral durante el debate. De tal modo, esta ley prohíbe y castiga la mala fe procesal.*

### **Notas propias vinculadas con el artículo 7**

Se insiste en el plano de perfecta igualdad en el que se coloca a las partes y que es garantido durante todo el desarrollo del proceso. Y para ratificar la plena vigencia del modelo dispositivo adversarial a lo largo del debate se identifican las cuatro etapas de la serie procedimental (postulación, negación, prueba de los hechos controvertidos y alegación). Ellas dibujan un método de debate que porta una secuencia lógica. Y no sólo eso, deja bien delimitadas y diferenciadas las cargas de postulación, eventual negación, prueba sobre los hechos controvertidos y alegación sobre su mérito, otorgando amplitud y centralidad en el debate a los justiciables.

\*

**Artículo 8. Reglas que rigen el procedimiento utilizado en el proceso.** *Las reglas que rigen y que acepta esta ley para el normal y eficiente desarrollo de un proceso, son: 1) legalidad de formas: la ley prevé el modo exacto con el cual debe realizarse cada actuación en concreto y todos los sujetos del proceso deben respetarlo y adecuarse a él considerándolo como a un acto patrón para lograr las*

*condiciones de regularidad que exige este código; 2) adquisición: el resultado de la actividad probatoria de una cualquiera de las partes que contraría su propia posición procesal no puede ser desistido por ella y se adquiere definitivamente para la otra una vez realizado; 3) concentración: el proceso se desarrolla en el menor número posible de actos procedimentales; 4) orden consecutivo: la serie procesal se compone de cuatro estadios ya definidos en el art. 7, inc. 3) y las partes deben transitarlos en ese exacto orden, sin poder alterarlos ni retroceder el camino ya transcurrido; 5) eventualidad: habiendo sólo una oportunidad para realizar cada paso de la serie procesal, deben presentarse simultáneamente en ella todas las defensas que intenta hacer valer el interesado, la segunda para el supuesto que no resulte finalmente admitida la primera y, así, sucesivamente. Del mismo modo se actúa con las excepciones, los medios de prueba y los medios de impugnación; 6) preclusión: cada acto procedimental debe ser realizado en el momento oportuno previsto en la ley y dentro del plazo acordado para hacerlo. Vencido éste, se pierde automáticamente el derecho dejado de usar y no puede efectuarse con posterioridad, salvo acuerdo de partes al respecto. De la misma forma, si antes del vencimiento de un plazo se realiza el acto para cuya efectivización se otorgó, se pierde automáticamente el resto del plazo y, con ello, la posibilidad de mejorar posteriormente lo ya realizado; 7) perentoriedad no fatal: salvo lo dispuesto para casos especiales en esta ley, toda carga procesal debe ser cumplida por la parte afectada por ella dentro del plazo fijado al efecto. No obstante, tal parte puede cumplir válidamente su carga una vez vencido dicho plazo, si la contraria no impulsó el procedimiento hacia la siguiente etapa procesal con antelación a ello; 8) publicidad: salvo casos especiales que el juez evaluará en cada oportunidad y a pedido de parte, el proceso se realiza públicamente en presencia de quien acredita sumariamente tener interés en el seguimiento de su curso; 9) inmediatez: siempre que lo soliciten las partes y toda vez que el juez lo crea menester, asume personalmente el control del desarrollo de la prueba a rendir en el proceso. Caso contrario, el secretario lo reemplaza siempre en la dirección efectiva del desarrollo de todos los expedientes en calidad de director de trámite y con recurso de reconsideración ante el juez; 10) oralidad: la ley tiende a que todos*

*los actos judiciales se realicen con un régimen de oralidad pura y que sean registrados con modernos medios digitales que permitan su fácil reproducción y eventual control por parte del superior. Hasta tanto ello sea presupuestariamente posible, la oralidad alcanzará a la mayor cantidad posible de actuaciones judiciales, comenzando por las que se generan en los litigios de menor cuantía.*

### **Notas de AAV vinculadas sobre el artículo 8 y el inciso 7**

“Los plazos *perentorios* son los que vencen por el mero transcurso del tiempo. Ellos pueden ser *fatales* o *no fatales*. Los *fatales* generan a su vencimiento la automática caducidad de la facultad o derecho para el que fueran acordados. Por el contrario, tal caducidad no es automática en los *no fatales*, por lo que la pérdida del derecho dejado de usar al vencimiento del plazo requiere expresa actividad de la contraria: o la impugnación de una extemporaneidad o el impulso del procedimiento. Y ello es así porque la perentoriedad *hace al tiempo*, en tanto que la caducidad fatal *hace al derecho*. Y no necesariamente ambos efectos deben ir unidos, cual sí lo están en la mayoría de los códigos modernos que han seguido la línea del Código Procesal de la Nación Argentina o el del Código Modelo del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal.

La experiencia de los tantos años que llevan ambos en vigencia demuestra hasta el hartazgo la inconveniencia de mantener el sistema de la perentoriedad con fatalismo, ya que genera enorme pérdida de tiempo en los tribunales cuando su personal se dedica a verificar puntillosamente en cada caso concreto si el cumplimiento de la respectiva carga se ha hecho tempestiva o intempestivamente. Y con ello se causa notable morosidad generalmente no computada pues muchas veces se exige, para proveer lo que fuere, el previo acompañamiento de la cédula de notificación respectiva.

El artículo instituye la regla de la perentoriedad sin fatalismo en el vencimiento de los plazos establecidos para el cumplimiento de las cargas procesales. A raíz de ello, un acto cumplido de un modo extemporáneo no podrá ser invalidado si su impugnación se realiza luego de ejecutado, sin que importe al efecto que la extemporaneidad no estuviera consentida. La denuncia del vencimiento del plazo debe ser anterior al cumplimiento del acto; luego del cumplimiento de la carga, ya no es posible declarar su extemporaneidad. Dicho de otro modo, el sistema no acepta “la extemporaneidad por la extemporaneidad misma”.

## Notas propias vinculadas con el artículo 8

La norma contiene una gran riqueza técnica, pero, además, consolida una postura teórica muy valiosa. Por lo pronto, deja en claro que las *reglas procesales* se diferencian de los *principios*. Son éstos los que construyen de un modo positivo el concepto de *debido proceso*. Las reglas expresan soluciones diferentes cuya adopción no afecta a la validez del debate. A modo de ejemplo, se sientan alternativas: la legalidad de las formas o un espacio de mayor libertad, la preclusión estricta o atenuada, la perentoriedad fatal o no fatal, la publicidad abierta o bajo ciertas condiciones, entre otras.

Por ser la oralidad una regla técnica, puede postularse por ella pero permite no apegarse de un modo irrestricto a esa consigna. También puede no ser admitida para todo tipo de conflictos.

Se deja en claro que para los *conflictos no penales no se trata de un principio* (como bien podría serlo en el proceso penal acusatorio). Es que, los conflictos penales, por un lado, tienen una base eminentemente fáctica y, por el otro, se garantiza la identidad que el juzgador presente en la audiencia del juicio sea el mismo que fallará la causa.

En los conflictos no penales, lo reiteramos, la oralidad queda remitida a aquellos litigios donde lo preponderante pasa por el *contenido fáctico* (por tanto, no se impone de un modo generalizado).

Y se fija otro condicionante: que la *oralidad sea continua*, similar a la que se emplea en el proceso penal acusatorio. Por supuesto que la oralidad continua requiere un enorme costo de inversión, directamente proporcional con el número geométrico de tribunales que permitan garantizar la continuidad de la audiencia, pero es la única opción.

La oralidad *discontinua* provoca resultados *nefastos*. Si se dibuja un esquema de procesos por audiencias y no se prevé la continuación de éstas (en el día inmediato siguiente al fijado, o con un cronograma de días muy preciso, con relación a la fecha originaria en la que no se agotó su objeto) esa *discontinuidad* supone *implosionar los tiempos procesales*. La experiencia en Latinoamérica ha demostrado que fracasada una audiencia con *oralidad discontinua*, cuando su fijación queda sujeta a la agenda de la *burocracia judicial*, de ordinario su fecha supera todo límite y se pulveriza la manda convencional que ordena culminar las causas en un *plazo razonable*.

Para concluir y como reflexión final de las normas reproducidas, las comen-

tadas por AAV y las propias, que integran el Libro 1, deja a las claras, que el garantismo procesal tiene postura tomada sobre cuáles son aquellos *principios procesales* que resultan *irrenunciables* y cómo estos trazan las *líneas rectoras* a las que deben ajustarse el resto de las prescripciones que conformen una propuesta codificada que exhiba la congruencia como una virtud que se extiende a lo largo de todo su articulado.

## 5. LIBRO 2. LOS SUJETOS DEL PROCESO. NORMAS ESCOGIDAS Y SUS NOTAS

El Libro 2 se ocupa de los sujetos del proceso y en sendos títulos regula la actividad de:

a) los *sujetos esenciales*: los juzgadores. Se especifica con todo detalle sus diferentes competencias, objetivas y subjetiva, así como las de sus auxiliares, árbitros y arbitradores, cuyas actividades se regulan meticulosamente. En cuanto a las partes, se diferencia con precisión las principales y originarias -actor, demandado y reconviniente- y a las sucesivas, terceros interesados que se convierten en partes, con actuación diferente según el interés que exhiben para intervenir.

b) los *sujetos coadyuvantes*: todos los funcionarios auxiliares del juez y todos los representantes y defensores de las partes.

c) los *sujetos eventuales*: todos los terceros afectados por el resultado de la relación litigiosa y todos los sujetos que intervienen en el proceso y no se convierten en partes por carecer de interés para ello: peritos, traductores, intérpretes, testigos, personas que producen informes, depositarios judiciales, rematadores e interventores judiciales.

d) los *sujetos promiscuos*: los integrantes del ministerio público de menores cuando actúa como parte en codefensa de sus intereses, junto con quien los representan legalmente.

Además, como clara novedad del Proyecto y con evidente sentido pragmático y docente -para evitar cavilidades con su texto- en cada caso que se aborda una institución del proceso, se la define, se dan sus requisitos (de existencia, de validez y de eficacia) y se establecen sus efectos.

Se delimitan con toda precisión y detalle los deberes de los jueces (funcionales, procesales, de resolución, cautelares y de ejecución) y las facultades (ordenatorias, conminatorias, sancionatorias y decisorias). Se determina la labor de sus auxiliares: secretarios -a quienes se les da la competencia de dirigir bajo su sola firma todo el procedimiento, con recurso ante el juez-, prosecretarios, oficiales de justicia, notificadores y comisionados.

Respecto de las partes, se regulan sus diferentes y posibles instancias (denuncia, petición, reconsideración, queja y acción procesal). Se fijan sus deberes, obligaciones y cargas, su legitimación sustancial y procesal, las posibles modificaciones en el régimen procesal (transformación, reemplazo y extromisión) y todos los efectos diferentes que se presentan cuando una parte está integrada por varios sujetos, entre quienes puede haber o no una relación litisconsorcial.

Es éste el primer Proyecto -ni qué hablar de los códigos vigentes- que establece con prolija exactitud las diferencias entre los diversos posibles tipos de litisconsorcio, con clara redacción de los efectos de cada uno.

Cosa similar ocurre con los representantes de las partes (legales, convencionales y judiciales), con sus patrocinantes y gestores. En Capítulo *ad hoc* se establecen los deberes, obligaciones y cargas de todos los representantes y patrocinantes.

Mención especial merece la cuidada y exhaustiva regulación del difícil e importante tema relativo a la *intervención de terceros en el proceso*, respecto del cual han sido esquivos casi todos los códigos vigentes en el continente, con lo que se ha generado una incomprensible y contradictoria maraña jurisprudencial. Así, se distingue entre las intervenciones producidas en la propia voluntad del tercero (voluntaria), en la de una de las partes originarias (provocada), generando con ello una denuncia de litigio o una citación en garantía y en la propia ley (necesaria), estableciendo respecto de cada una de ellas las posibles actuaciones del tercero en el pleito una vez que se convierte en parte (excluyente, coadyuvante, asistente y sustituyente).

El cúmulo de las prescripciones contenidas en el libro segundo es expresivo de la variedad de los institutos que comprende. Abarca un rosario de normas que se inician en el artículo 13 y llegan hasta el artículo 252 inclusive. Esta notable extensión normativa nos lleva a subrayar que el análisis de las normas del Código Modelo impone escoger, a nuestro pesar, un número muy reducido de esas reglas. Dejar fuera de nuestro análisis el rico tema del litisconsorcio, y sus variantes así como la intervención de terceros supone resignar conscientemente el examen de temas de una profundidad científica objetiva pero cuyo abordaje nos resulta materialmente imposible.

Pero como ya lo hemos dicho, en la medida en que el Código Modelo contiene normas que expresan rectamente la *política procesal adoptada*, nos impone en esta obra priorizar su difusión. En ese entendimiento, la mirada sobre los sujetos procesales adquiere una importancia mayúscula.

Entrando ya en materia, si bien el Código Modelo ratificó el esquema tradicional de colocar en primer lugar a la jurisdicción, lo relevante no surge de esa posición inicial, lo trascendente deviene de las funciones atribuidas que son *radicalmente diferentes* a las concebidas en los códigos publicistas. Así se conjugan poderes (*disminuidos*) deberes ( *aumentados*) que en su conjunto le imponen al juez una *injerencia mínima* durante el debate, signada por la horizontalidad, la bilateralidad y la audiencia recíproca. A su vez, en las prescripciones dedicadas a la decisión judicial se fijan precisas exigencias de *justificación* y *motivación* sobre la convicción formada para condenar o absolver.

Toca ocuparnos ahora, sin más preámbulos, de los cientos de artículos incorporados en el Libro segundo. Y esa cantidad y diversidad de normas supone asumir, a riesgo de ser reiterativos, un recorte epistémico muy profundo. El lector nos deberá dispensar de tomar esta inevitable opción.

\*

**Artículo 14. Enumeración de los juzgadores.** *La ley reconoce calidad de juzgador a: 1) todo juez del Poder Judicial, en el proceso público. El vocablo juez se utiliza siempre en esta ley en sentido amplio y comprensivo de los jueces unipersonales de cualquier grado o instancia y de los tribunales colegiados de cualquier grado o instancia. 2) los árbitros y los arbitradores, en el proceso privado.*

#### **Notas de AAV sobre el artículo 14**

“Siempre que este Código refiere al juez, el lector lo referirá en cada caso concreto al Superior Tribunal de Justicia como órgano y a cada uno de sus Ministros, a una Cámara de Apelación y a cada uno de sus integrantes, a un Tribunal Colegiado y a cada uno de sus integrantes, a un juez de mayor y de menor cuantía”.

\*

**Artículo 5. Concepto de deberes judiciales.** *Esta ley denomina deber al imperativo jurídico que ordena una concreta conducta positiva o negativa del juez, cuya simple omisión lo hace posible de algún tipo de sanción o responsabilidad política, disciplinaria, civil o penal.*

\*

**Artículo 58. Enumeración de los deberes judiciales.** *Todo juez tiene que cumplir deberes de carácter: 1) funcional; 2) procesal; 3) de resolución; 4) cautelar; 5) de ejecución de lo resuelto. El incumplimiento de todo deber es siempre sancionable conforme lo establecen la Ley Orgánica del Poder Judicial y las Acordadas del Superior Tribunal de Justicia. La reiteración en el incumplimiento es causa de destitución.*

\*

**Artículo 59. Prohibiciones genéricas para todos los jueces.** *Ningún juez debe ni puede: 1) comenzar oficiosamente un proceso; 2) introducir al proceso hechos no mencionados oportunamente por las partes; 3) probar oficiosamente hechos no probados ni intentados probar por las partes interesadas en ello; 4) apartarse de las normas jurídicas invocadas por las partes para fundar sus respectivas pretensiones cuando el tema litigioso es de carácter transigible.*

### **Notas de AAV sobre el artículo 59, inciso 3**

*“La actividad del juzgador en la etapa probatoria.* El tema merece una aclaración previa: en todas estas explicaciones, el capítulo que aquí desarrollo es el que mejor permite comprender cómo se ha llegado a una situación de crudo enfrentamiento doctrinal, toda vez que ahora cabe definir y ampliar o limitar la actividad de los jueces en cuanto a la tarea de probar procesalmente. Para que se entienda cabalmente el tema, es menester recordar muy brevemente la historia de los sistemas de enjuiciamiento que ya explicado en otra oportunidad.

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

La irrupción del sistema inquisitivo generó entre sus rápidamente numerosos partidarios una acerba crítica respecto de esta *posibilidad de no coincidencia* entre los hechos aceptados como tales en el proceso y los cumplidos en la realidad de la vida social. Y esta fue la causa de que la doctrina comenzara a elaborar una larga distinción entre lo que los autores llamaron la *verdad formal* (la que surge de la sentencia por la simple fijación de hechos efectuada por el juez a base de su propia convicción) (específica del *sistema dispositivo*) y la *verdad real* (la que establece la plena y perfecta coincidencia entre lo sentenciado y lo ocurrido en el plano de la realidad) (propia del *sistema inquisitivo* pues, a la postre, antaño se sabía que la verdad era fuente de poder y eficiente instrumento de dominación).

Por supuesto, la función del juzgador cambia radicalmente en uno y otro sistema: a) en tanto en el primero el juez sólo debe buscar -con clara imparcialidad en su actuación- el otorgamiento de *certeza* a las relaciones jurídicas a partir de las posiciones encontradas de los litigantes (aceptando sin más lo que ellos mismos admiten acerca de cuáles son los hechos discutidos), con lo que se logra aquietar en lo posible los ánimos encontrados para recuperar la paz social perdida, b) en el segundo el juez actúa -comprometiendo su imparcialidad- como un verdadero *investigador* en orden a procurar la *Verdad* para lograr con ella hacer *Justicia* conforme con lo que él mismo entiende que es ese valor, convirtiéndose así en una rara mezcla del justiciero Robin Hood, del detective Sherlock Holmes y del buen juez Magnaud.

El tema no sólo es fascinante. Es preocupante. Gravemente preocupante. Quienes aconsejan adoptar legislativamente la figura del *juez investigador* lo hacen partiendo de la base de que la Verdad y la Justicia son *valores absolutos*. El asunto no es novedoso: el pensamiento griego se ocupó largamente de él al plantear los problemas axiológicos, entre los cuales cabe recordar uno de los de mayor importancia: ¿puede decirse que los valores de la vida *valen por sí mismos*, esencialmente, o, por lo contrario, que valen tan sólo porque *alguien los valora*? En otras palabras: los valores, como tales, ¿son *absolutos* o *relativos*? (Una puesta de sol o la *Gioconda*, por ejemplo, ¿son absoluta y esencialmente bellas o son bellas relativamente para mí, que las encuentro bellas, en tanto que pueden no serlo para otro?)

Traído el problema al terreno judicial parece fácil de resolver. En efecto: piénsese en un juzgador justiciero que, con rectitud y honestidad de espíritu, hace todo lo que está a su alcance para llegar a la *verdad real* de los hechos some-

tidos a su juzgamiento. Y, después de ardua búsqueda, cree haber logrado esa verdad -en rigor, *la Verdad*, única y con mayúsculas- y, a base de ella, emite su fallo, por ejemplo, *absolviendo* al demandado o reo. Adviértase que esta óptica muestra a la Verdad como un valor absoluto. De tal modo, *la Verdad es una e idéntica en todo tiempo y lugar y para todas las personas por igual*. Piénsese también en que ese fallo es impugnado por el demandante o acusador perdido- so y, así, elevado el asunto a un tribunal superior donde también hay juzgadores justicieros, con igual o mayor rectitud y honestidad de espíritu que el juez inferior. Imagine ahora el lector que tales juzgadores, después de ardua búsqueda, creen haber llegado por ellos mismos a la *Verdad* -otra vez con mayúscula- que, lamentablemente, no coincide con la que había pregonado el inferior. Y, de tal manera, revocan su sentencia y, en su lugar, *condenan* al demandado o reo. Y parece obvio destacar que la *segunda Verdad* debe primar por sobre la *primera Verdad*, por simple adecuación lógica del caso a la verticalidad propia de los estamentos que integran el Poder Judicial, en el cual *la Verdad* será sólo la que declare el último juzgador previsto como tal en el sistema de que se trate. Lo primero que se le ocurrirá al lector -de seguro- es que lógicamente no pueden coexistir *dos Verdades antagónicas* acerca de un mismo tema, a menos que, en lugar de ser *la Verdad*, ambas sean la simple *verdad* de cada uno de los juzgadores (en rigor, *sus verdades*, que pueden o no coincidir con la *Verdad*). Adviértase que, desde esta óptica, la verdad es un *valor relativo*. De tal modo, lo que es justo para uno puede no serlo para otro o lo que fue justo en el pasado o aquí puede no serlo en el presente o allá. En otras palabras, *hay tantas verdades como personas pretenden definirlas* (recuérdese, por ejemplo, que Aristóteles justificó la esclavitud. ¿Quién piensa lo mismo hoy?).

El problema ejemplificado excede el marco de una explicación lineal del tema. Pero sirve para comprender cabalmente que la *simple posibilidad de que el juzgador superior revoque la decisión del juzgador inferior* muestra que *la verdad* (así, con minúscula) es un *valor relativo*. Si esto es correcto -y creo firmemente que lo es- ¿cómo puede implementarse un sistema judicial en el cual se imponga al juez actuante *el deber de buscar la verdad real*? ¿Cuál es la lógica de tan imprudente imposición? Sin embargo, exactamente eso ha ocurrido en casi todas las legislaciones procesales (civiles y penales) del continente con el auspicio de importantes nombres de autores de prestigio que, increíblemente, continúan pontificando acerca de la necesidad de brindar más y mayores potestades a los jueces para buscar esa Verdad, a todas luces inalcanzable.

Soslayando momentáneamente la exposición, debo decir aquí y ahora que ese continuo otorgamiento de mayores facultades a los jueces ha convertido a muchos de ellos en *normadores primarios*, alejándolos del formalismo propio del sistema de la dogmática jurídica, donde deben actuar exclusivamente como *normadores secundarios* (creando la ley sólo cuando ella no está preordenada por el legislador). Y esto ha traído enorme desconcierto en los justiciables, que se enfrentan no con un sistema que permite prever las eventuales soluciones de los jueces, sino con una suerte de realismo absolutamente impredecible, en el cual cada juzgador -no sintiéndose vinculado a orden jurídico alguno- hace literalmente lo que quiere. Cual el cadí.

Sentadas estas ideas básicas para la plena comprensión del tema, sigo adelante con su explicación. Es dato conocido por todos que la serie procesal comprende cuatro pasos: *afirmación, negación, confirmación y alegación* (o evaluación o conclusión). Se sabe también que el desarrollo de tal serie sigue un orden estricta y puramente lógico, por lo que resulta *invariable* (no puede comenzar con la etapa de *negación* o con la de *confirmación*, por ejemplo) e *inmodificable* (en orden a mantener los principios que hacen a la existencia del *debido proceso*, no puede eliminarse alguna de dichas etapas, lo que desgraciadamente ocurre en la Argentina ¡donde se sacrifica la *seguridad jurídica* para lograr -ilusoriamente- mayor celeridad procesal!).

En razón de que el objeto del proceso es la *sentencia*, en la cual el juzgador debe *normar específicamente* (aplicando siempre la ley preexistente o creándola al efecto en caso de inexistencia) el caso justiciable presentado a su decisión parece obvio señalar que debe contar para ello con un adecuado conocimiento del litigio a efectos de poder cumplir con su deber de resolverlo. Por cierto, todo litigio parte siempre -y no puede ser de otra manera- de la afirmación de un *hecho* como acaecido en el plano de la realidad social (por ejemplo: le vendí a Juan una cosa, la entregué y no me fue pagada; Pedro me hurtó algo), hecho al cual el actor (o el acusador penal) encuadra en una norma legal (quien compra una cosa debe abonar su precio; el que hurtare será punido). Y, a base de tal encuadramiento, pretende (recuerde el lector que -lógicamente- no puede haber demanda civil ni acusación penal sin pretensión) el dictado de una sentencia favorable a su propio interés: que el juzgador condene al comprador a pagar el precio de la cosa vendida o a cumplir una pena. Insisto particular y vivamente en esto: no hay litigio (civil o penal) sin *hechos afirmados* que le sirvan de sustento. De tal forma, el juzgador debe actuar en forma idéntica a

lo que hace un historiador cualquiera para cumplir su actividad: colocado *en el presente* debe analizar hechos que se dicen cumplidos *en el pasado*.

Pero de aquí en más, las tareas de juzgador e historiador se diferencian radicalmente: en tanto éste puede darse por contento con los hechos de cuya existencia se ha convencido -y, por ello, los muestra y glosa- el juzgador debe *encontrarlos necesariamente en una norma jurídica* (creada o a crear) y, a base de tal encuadramiento, ha de normar de modo imperativo para *lo futuro*, declarando un derecho y, en su caso, condenando a alguien al cumplimiento de una cierta conducta. En otras palabras y para hacer más sencilla la frase: el juzgador analiza en el *presente* los hechos acaecidos en el *pasado* y, una vez convencido de ellos, dicta una norma jurídica individualizada que regirá en el *futuro* para todas las partes en litigio, sus sucesores y sustitutos procesales”.

### Notas propias sobre el artículo 59

Las tres prohibiciones dirigidas al juez: no introducir oficiosamente hechos y medios de prueba y no recalificar normas jurídicas, reafirman el carácter *plenamente dispositivo del articulado*.

En el inciso 2, como se lleva dicho, se le prohíbe al juez despachar *pruebas de oficio*. La norma replica la contenida en la Ley de Enjuiciamiento Civil española que no lo autoriza a despacharlas en conflictos de índole transigible. La firme postura que el Código Modelo adopta se apoya en varias razones, pero queremos rescatar una que a nuestro juicio es dirimente y que ya fue anticipado al desarrollar ciertos marcos teóricos; pero aquí nos aproximamos desde la normatividad: las pruebas que dispone de ese modo el juzgador no recaen sobre los *hechos* que pudieron existir en el *mundo material* (en un sistema *inquisitivo puro* el juez podía ir *en busca de los hechos* y sobre esos hechos dirigía su pesquisa). Pero la irrupción del *sistema dispositivo erradicó esa alternativa*. En todo caso, el juez -con su prueba oficiosa- confirma o desestima un *enunciado sobre un hecho* que además es de carácter *subjetivo* (por ser afirmado por una de las partes).

Visto de ese modo, el juez se convierte en un *auxiliar impropio* de alguno de los justiciables: el que resulte *beneficiado* con el hecho *confirmado o no acreditado por el juzgador*. No se explica la pérdida de su neutralidad para contaminarse con una práctica probatoria que no tiene que ver, lo decimos una vez más, con la “verdad material objetiva” y en todo caso se conecta con tener

por probada o no una *afirmación* (que bien puede no corresponderse con los hechos como se produjeron en la realidad social).

La objetividad del juzgador se pierde indefectiblemente al expedirse al momento de sentenciar sobre esa hipótesis que colaboró a robustecer. Un ejemplo confirmará lo dicho: si el juez cita a una de las partes para que aclare un hecho y de esa declaración la parte “aclarante” resulta perjudicada con la actividad oficiosa el juzgador” benefició” a quien es la contraparte del citado. Y a riesgo de ser reiterativos, esto nada tiene que ver con la tantas veces mentada *búsqueda de la verdad material* porque la confesión de la parte no produce ese descubrimiento. Así que para ser compatible con la actividad que lleva a cabo el juez debería sustituirse por la frase *búsqueda de la confirmación o ausencia de confirmación del juez sobre un hecho afirmado por una de las partes*, extremo que así presentado destruye definitivamente la falacia de que es una función estructural del proceso la búsqueda de la verdad objetiva.

En procesos dispositivos y con intereses transigibles, no es esa la finalidad de un ordenamiento procesal: como mínimo debe asegurar a las partes que quien las derrotará en la contienda *no será asistido por el juez para alcanzar ese triunfo jurídico*.

\*

**Artículo 60. Deberes funcionales de los jueces.** *Es de la esencia de la actividad jurisdiccional el mantenimiento por el juez de una absoluta y constante actitud de: 1) independencia de personas, ideologías y prejuicio; 2) imparcialidad respecto de las partes en litigio y del tema litigioso; 3) lealtad hacia las partes en litigio. Consecuencia de ello es que todo juez tiene el deber de excusarse siempre que se encuentra en situación de impedimento para actuar, según lo establecido en la Ley Orgánica del Poder Judicial; 4) diligencia en el cumplimiento eficiente de las tareas que la ley le encomienda.*

#### **Notas de AAV sobre el artículo 60**

“La imparcialidad ya fue abordada al comentar el Artículo 1, inciso 6. Aquí, por su importancia, se ratifica una parte de ese comentario: la palabra *imparcialidad* significa varias cosas diferentes a la *falta de interés* que comúnmente se menciona en orden a definir la cotidiana labor de un juez. Por ejemplo, au-

sencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos), independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo, no identificación con alguna ideología determinada, completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno; y a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etcétera. Y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso y evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción así como de fallar según su propio conocimiento privado el asunto. Tampoco debe tener temor al qué dirán ni al apartamiento fundado de los precedentes judiciales, etcétera.

Si bien se miran estas cualidades definitorias del vocablo, la tarea de *ser imparcial* es asaz difícil pues exige absoluta y aséptica neutralidad, que debe ser practicada en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el vocablo involucra”.

### Notas propias sobre el artículo 60

La firmeza normativa sobre las notas esenciales que hacen a la esencia de la función judicial y que se desprende de los tres incisos que integran el artículo, merece nuestra calurosa adhesión.

En el primer inciso se pone la nota en la *independencia del juez*. Más allá de la concepción tradicional que fija esa independencia con relación a los otros poderes del Estado o al interior del escalafón del propio poder judicial, se le exige a mantener ese valor respecto de las *personas* involucradas en la contienda. La norma reconoce una realidad: que el género, la nacionalidad, las creencias de los individuos, entre otros factores, genera inevitables *sesgos subjetivos en el juez* y una visión sesgada opera como gafas que tiñen la realidad. Los prejuicios de toda índole que animan en el interior de todos los seres humanos requieren de un esfuerzo extra de quien le *toca la función de decidir* y le exige que pugne por *liberarse de ellos*.

La *imparcialidad* es un valor central que se le requiere al juez. Esa postura que les debe a las partes no resulta negociable. También les adeuda no abandonar la *neutralidad* respecto del tema en debate. Se advierte que la suma de requisitos para preservar el auténtico rol de *tercero* que todo juez debe auto preservar en

la contienda no puede ser dejada a su libre albedrío y se impone su regulación normativa. En buenas cuentas, la *lealtad* de las partes hacia el juez debe verse como un camino de doble vía: también es un deber del juez para con ellas.

\*

**Artículo 62. Deberes de resolución de los jueces.** *Para heterocomponer los litigios de su competencia, todo juez debe: 1) dictar sus resoluciones dentro de los plazos establecidos para cada supuesto por la ley, salvo caso excepcional que autorice específicamente el superior en orden a sus circunstancias particulares. En tal supuesto, la ampliación se hará fundadamente por una sola vez. Vencido el nuevo plazo sin que se haya dictado la respectiva resolución, el juez perderá automáticamente su competencia y deberá pasar los autos a su subrogante legal. Tres pérdidas de competencia por esta razón causarán enjuiciamiento del juez por mal desempeño en su función; 2) decidir los litigios en el orden en el cual fueron quedando conclusos para sentencia, salvo caso de urgencia que a juicio del propio juez autorice lo contrario; 3) motivar todas las resoluciones, bajo sanción de nulidad, con argumentos sustentados en la ley y que expliquen detalladamente la razón por la cual se resuelve como se hace, respetando al decidir los principios de la lógica formal conocidos como de identidad, de no contradicción, de tercero excluido y de razón suficiente; 4) analizar el material probatorio legalmente ofrecido y producido por las partes que obra en el expediente y resolver el caso con estricta sujeción a las reglas que gobiernan la carga de la prueba. En caso de duda por insuficiencia de prueba que resulte convictiva respecto de algún hecho controvertido relevante para la adopción de una decisión, debe aplicar el principio constitucional que ordena absolver a quien no tiene carga de probar (in dubio, pro reo); 5) emitir pronunciamiento congruente con lo que fue pretendido y resistido, en tanto exista prueba traída regularmente al proceso y que resulte convictiva al respecto; 6) aclarar e integrar sus resoluciones cuando las partes lo solicitan o de oficio, cuando ello es posible; 7) imponer costas en toda sentencia en la cual haya un vencido y en la medida del vencimiento.*

### **Notas de AAV sobre el artículo 62, inciso 4**

En el artículo 59 se transcribió la extensa nota de AAV sobre la función probatoria del juzgador. Para evitar repeticiones remitimos al lector a la lectura de ese comentario que aplica al presente artículo.

### **Notas propias sobre el artículo 62, inciso 4**

El sistema dispositivo se identifica por *el dominio sobre los enunciados de los hechos* (que se reservan al ámbito exclusivo de las partes al postular o defenderse) pero se integra, indisolublemente, con la disposición de ofrecer y practicar los medios de confirmación que les permitan acreditar la veracidad de sus enunciados fácticos.

El publicismo esgrime en este ámbito una tesis inaceptable: que las partes pierdan *el gobierno* exclusivo sobre la *confirmación de los enunciados fácticos* por el mero hecho de ingresar al *espacio público* en donde -obviamente- se desenvuelve la jurisdicción estatal. Este trasvasamiento del ámbito privado al público es lo que justificaría la actividad oficiosa del juez y la producción de medios autónomos de prueba.

Nos preguntamos: ¿cuál es la razón de que el juez se apropie total o parcialmente del ofrecimiento y producción de los medios de prueba en el litigio? ¿Esa práctica resulta funcional para fortificar la premisa fáctica de una de las hipótesis de los parciales? ¿Se justifica esta intromisión por la mentada búsqueda de la verdad material?

Los interrogantes, deben ser respondidos de modo negativo. No existe justificación alguna para que el juez les confisque su conflicto. Ya se ha visto que las partes, al disponer de los enunciados fácticos, vedan definitivamente al juez el acceso directo al mundo de los hechos. La jurisdicción queda impedida de verificar si esos hechos ocurren o no en el mundo material. Si esto es así, y lo es, no existe una explicación lógica que justifique que el juez abandone su sitio de tercero y los auxilie para confirmar sus enunciados.

Hablar en un proceso judicial (sobre conflictos no penales y también penales) de la búsqueda de la verdad material u objetiva como deber funcional del juez supone introducir una promesa jurídica de imposible cumplimiento que se asemeja a las que formulan los políticos en un sistema en donde impera el *populismo*. Tiene, eso sí, el encanto de ofrecer una meta mítica que seduce y mucho. La búsqueda

de la verdad procesal, con una mirada más humilde y realista, se basa sobre un criterio de verdad: la verdad como *correspondencia* entre lo decidido por el juez y lo que surge de los enunciados fácticos y jurídicos sostenidos por las partes.

Como abogados litigantes siempre presentamos *afirmaciones subjetivas* sobre la ocurrencia de los hechos que podían corresponderse (en menor o mayor medida) con los hechos tal como ocurrieron en el plano de la realidad social. Así que si el juez decide salir en apoyo de nuestros enunciados fácticos jamás podrá confirmar si los dichos que afirmamos se ajustan con lo que aconteció en ese mundo exterior.

El sistema dispositivo-adversarial para los conflictos no penales y acusatorio adversarial para los conflictos penales eliminó, para ser coherentes con esos modelos, *la prueba oficiosa a cargo del juez*. Los códigos procesales penales en la modernidad introdujeron masivamente esta *correspondencia* entre disposición de los hechos y disposición de los medios de prueba a cargo de los sujetos parciales del proceso penal (el ministerio público de la acusación, el querellante y el imputado). Los códigos procesales neoinquisitivos civiles se debaten todavía en esta inexplicable incongruencia.

Y conectado con lo que se lleva dicho: cuando al decidir el juez se encuentra en estado de duda, el inciso cuarto introduce un reconocimiento hacia el justiciable que por fin se normó en un código de procesos no penales: *el estado de inocencia*. La prescripción determina que el juez debe analizar el material probatorio legalmente ofrecido y producido por las partes que obra en el expediente y resolver el caso con estricta sujeción a las reglas que gobiernan la *carga de la prueba*. En caso de *duda*, por insuficiencia de prueba que resulte convictiva respecto de algún hecho controvertido relevante para la adopción de una decisión, debe aplicar el principio constitucional que ordena *absolver a quien no tiene carga de probar (in dubio, pro reo)*.

Se advierte que en un sistema *puramente dispositivo* se libera al juzgador de confirmar los enunciados de los hechos porque, en virtud de la carga subjetiva de la prueba (al igual que en los procesos penales acusatorios), de no acreditarse los dichos que hacen a los hechos constitutivos de la pretensión de condena y al quedar inmerso el juzgador en un “estado de duda” sobre si debe acoger la pretensión, se impone el dictado de una sentencia absolutoria.

El *estado de inocencia* consagrado en los procesos de conocimiento no penales -como lo vimos en el libro cuarto-se sustenta en la idea que se vincula con

la *dignidad de la persona humana*. Y la dignidad se conecta con la libertad y nos lleva a presumir que una persona no está inclinada a violar la ley. Que el actor afirme la existencia de un conflicto de relevancia jurídica, le impute la privación de un bien de la vida y sostenga que ese débito debe resarcirlo el demandado, no implica -y es casi una obviedad mencionarlo- hacer recaer sobre el accionado una *presunción de culpabilidad a priori*. Razonar de ese modo supone introducir un pensamiento propio y de rancia raíz inquisitorial.

El Código Modelo, al igual que lo hizo el garantismo y su iusfilosofía, tomó nota de que el reconocimiento del estado de inocencia para todo tipo de conflictos viene impuesto por los artículos 8.1 y 8.2 del pacto de San José de Costa Rica y la interpretación amplia de esa norma realizada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en distintos pronunciamientos.

Si el juez duda sobre acoger la hipótesis del actor, privando el estado de inocencia, su actividad oficiosa indica de un modo inequívoco que la práctica de esa prueba se formula con la expresa intención de encontrar *elementos de cargo* ya que no precisa salir de su estado de duda para absolver.

Una vez admitida que la legislación procesal de cada país debe adecuarse a los pactos convencionales que suscribió, esto incide directamente en la reformulación que debe hacerse sobre la prueba de oficio y las medidas para mejor proveer como una variante de la misma. Ambas han quedado al margen de la legalidad convencional.

\*

**Artículo 72. Facultades decisorias del juez.** *Son las que todo juez puede utilizar para lograr la eficiente solución de un litigio. Ellas son: 1) revocar sus propias resoluciones en tanto no hayan sido notificadas a alguna de las partes interesadas en ellas. Una vez ocurrido esto, el juez pierde la facultad de revocar, bajo pena de nulidad de lo que actúe en tal sentido; 2) apartarse fundadamente de los dictámenes emitidos en los peritajes de opinión; 3) establecer fundada y prudentemente el monto del resarcimiento de daños y perjuicios siempre que se haya probado la obligación de resarcir y la existencia del daño pero no su cuantificación; 4) ordenar la realización de medio de prueba pendiente de producción antes del dictado de la sentencia en el exclusivo caso de que se den conjuntamente las siguientes condiciones:*

4.1) *haya sido oportuna y legalmente ofrecida por alguna de las partes; 4.2) no se haya realizado durante la vigencia del plazo probatorio por causa no imputable a la parte que la ofreció; 4.3) cualquiera de las partes lo solicite antes de consentir el decreto de llamamiento de autos para sentencia. Toda otra actividad probatoria oficiosa del juez es nula y nula la sentencia que se fundamenta en esa prueba.*

### **Notas de AAV sobre el artículo 72, inciso 4.3**

“Esto es lo que se denomina *medidas para mejor proveer* en los códigos inquisitoriales. En esta norma se delimita adecuadamente la actuación para evitar convertirla en una prueba oficiosa, acá prohibida”.

### **Notas propias sobre el artículo 72, incisos 2, 3 y 4**

Los dictámenes de opinión provienen de peritos pero sin llegar al estatus de fehaciencia que otorgan las pruebas científicas. Por tanto, para otorgar una mayor profundidad al razonamiento probatorio se exige del juez que brinde los fundamentos para aceptarlos o también cuando se aparta de esos dictámenes de opinión.

En el inciso tercero, la absoluta imprevisibilidad que reina hoy en día en la fijación de los montos a resarcir en litigios donde deben repararse los daños y perjuicios provocados, lleva a que su determinación sea fundada. No satisface esa exigencia el enunciar ciertas variables que porta la víctima como la edad, el género, la condición social, la actividad productiva, los grados de cultura, etc. Lo que se exige es un desarrollo de cómo esas inferencias se incardinan para justificar el resarcimiento otorgado.

El inciso cuarto fulmina de nulidad a toda actividad probatoria basada en la práctica oficiosa del juzgador y torna nula la sentencia que se apoye en un medio de prueba incorporado de ese modo al proceso, ya que transforma el juez en *fuentes y medios de prueba*, hipótesis descartada en un sistema plenamente dispositivo.

\*

## Capítulo 2. DEL ÁRBITRO Y DEL ARBITRADOR.

**Artículo 73. Clases de arbitraje.** *Toda vez que el litigio verse sobre derecho transigible, esta ley acepta y estimula a que las partes lo sometan a la decisión privada de un árbitro o de un arbitrador. Con esa condición, puede someterse a este tipo de solución toda clase de derechos en conflicto, cualquiera que sea su especie y naturaleza y aunque esté subordinado a condición, incluso cuando ya hay pleito pendiente sobre el mismo litigio en sede judicial y aunque se haya emitido sentencia con la autoridad y efecto del caso juzgado. Por lo contrario, no puede someterse a arbitraje: 1) toda cuestión que versa sobre validez o nulidad de matrimonio; 2) toda cuestión que versa sobre cosa que está fuera de comercio y todo derecho que no es susceptible de ser materia de convención; 3) toda cuestión relativa a la patria potestad, o a la autoridad de la madre (cuando la patria potestad no es compartida) o sobre el propio estado de familia o sobre el derecho de reclamar el estado que corresponda a las personas, por filiación legítima o natural; 4) los derechos eventuales a una sucesión ni la sucesión de una persona viva; 5) toda pretensión de naturaleza penal, en cuanto a la pena que cabe imponer por el delito imputado, pero sí respecto de la pretensión civil indemnizatoria del daño causado por tal delito.*

### Notas de AAV sobre el artículo 73

*“El concepto de arbitraje y el juicio arbitral.* Entre los posibles juzgadores mencionados en este código está el particular (no funcionario del Estado) conocido genéricamente con la denominación de árbitro y que tiene como misión heterocomponer privadamente un litigio en una tarea que tiene notable desarrollo en el mundo contemporáneo.

Para la mejor comprensión del tema, es menester recordar previamente que el *arbitraje* (resultado de lo que hace el árbitro) o el *arbitramento* (resultado de lo que hace el *arbitrador*) es un modo de heterocomposición de litigios que opera como resultado respecto de ellos y al cual se llega sólo si media, al menos, un principio de autocomposición de los propios interesados, por la cual aceptan plantear su litigio al árbitro (o a arbitrador) y, eventualmente, acatar su decisión.

De tal modo, el arbitraje (de aquí en más utilizaré sólo este vocablo como omni-comprendido de ambos tipos arbitrales) implica siempre un proceso desarrollado y resuelto por particulares que, como método de debate, presenta innegables ventajas respecto del proceso judicial: generalmente, las exposiciones de las partes se hacen en forma verbal y sin formulismos anacrónicos, no exige el aparato de una burocracia que demanda documentación y acreditamiento de cada acto, la comunicación entre partes y juzgador es siempre directa (lo cual produce la inmediata adquisición de las pretensiones y de los medios utilizados para confirmar su validez y eficiencia), no es tan oneroso ni dilatado en su duración, facilita interrogatorios, aclaraciones, revisiones de cosas y documentos, se realiza a puertas cerradas y sin acceso de público (lo que permite hablar con toda confianza, llanamente y sin protocolo y con cordialidad pues, ante todo, se desea mantener la relación comercial que provocó la desinteligencia contractual), etcétera.

No obstante que son varias e importantes las ventajas del juicio arbitral por sobre las del juicio judicial, en la Argentina no ha logrado imponerse y, lo que es grave y desalentador, creo que no se impondrá por mucho tiempo, al menos en tanto dure la cultura pleitista imperante en el país y que privilegia la mala fe y la industria de la deuda por sobre el cumplimiento de la palabra empeñada. Varias cosas coadyuvaron a esta situación:

a) en primer lugar, lo que -pese a la opinión de voces autorizadas- creo fue el resultado desfavorable obtenido por gran número de los eventuales actores en la experiencia conciliatoria previa y extrajudicial que se impuso hace algunos años para una enorme cantidad de pleitos en la ciudad de Buenos Aires. A mi juicio, el origen de ello no es impoluto, pues en el fondo sólo se trató de solucionar desde la ley un problema individual y egoísta: el que en grave época crítica tenían los aseguradores al no poder llegar de otra forma a las víctimas de sus asegurados para intentar una transacción que evitara el pleito sin tener que soportar la valla y el mayor coste que significaba siempre la presencia del abogado después de iniciada la demanda del caso. Yo he visto arreglos calamitosos para las víctimas de accidentes de tránsito que debían optar entre percibir algo en la audiencia respectiva y no quién sabe cuánto ni quién sabe cuándo si algún día obtenían el reconocimiento del derecho y si el asegurador se salvaba de su siempre inminente liquidación forzosa (recuerde el lector que en el país hubo enorme número de empresas liquidadas en los últimos años).

El resultado calamitoso aparecía como consecuencia de hacer en el acto conciliatorio una especie de remate al revés: ofrecer algo menos en cada oportu-

nidad respecto de lo ofrecido inmediatamente antes. Por ejemplo: la víctima de un accidente de tránsito reclama trescientos pesos en concepto de indemnización por los daños sufridos en esa ocasión. El eventual deudor comparece a la audiencia de marras y, como grande y generoso desprendimiento, ofrece pagar a la víctima la suma de cien pesos por todo concepto. Cuando ella lo rechaza y pide doscientos como contrapropuesta, el deudor ofrece inmediatamente noventa, que exhibe en billetes sobre la mesa de negociación. Ante la sorpresa que naturalmente genera el brusco giro de la oferta -que en lugar de subir, baja- la víctima reduce su pretensión inicial a ciento cincuenta. Y de inmediato el deudor ofrece ochenta al tiempo de levantar el dinero de la mesa y amenazar irse. No se me negará que, como método de negociación es bueno para el deudor, pero definitivamente perverso para la víctima ansiosa y necesitada de resolver de inmediato sus problemas.

b) En segundo término, la enorme cantidad de especialistas que surgió en la misma época para ofrecer servicios de conciliación, negociación, mediación, etcétera, para trabajar en una misma e idéntica cosa: la autocomposición de las partes en conflicto. Y, como es obvio, no todos ofrecieron similar eficiencia en los servicios prestados, lo que volvió alejar a la gente de esos menesteres.

c) Además, la desconfianza que la enorme mayoría de los abogados tienen respecto de sus propios pares cuando actúan accidentalmente en calidad de árbitros, lo que los lleva a desaconsejar a sus clientes tal tipo de soluciones.

d) La gran cantidad de entidades que ofrecieron públicamente los servicios de arbitraje en los últimos años: facultades de derecho, asociaciones y colegios de abogados, entidades privadas de mediación, etcétera, que publicitaron sus servicios mediante el mero recurso de rebajar los honorarios que eventualmente corresponderían a los abogados intervinientes, por ejemplo, en uno de los tantos tribunales arbitrales que funcionan en el país -y que en varios años no ha logrado tramitar más de una docena de asuntos- el honorario profesional del letrado que aconseja llegar a esos estrados es apenas el quince por ciento del que le correspondería por igual labor en sede judicial. ¿Hace falta mucha perspicacia para comprender por qué los abogados no concurren a ese tribunal?

e) La circunstancia de tener que protocolizar el laudo en el Registro de Sentencias del juzgado ordinario en el cual corresponde llevar adelante la ejecución de su mandato, caso de no haber sido acatado espontáneamente por el perdedor. Esta protocolización es un simple trámite administrativo necesario de cumplir para poder comenzar la ejecución judicial del laudo. Sin embargo, los

jueces a quienes les ha tocado actuar en ello, han facilitado la indebida tramitación de un verdadero juicio ordinario con audiencia previa de la parte perdedora, quien se ha opuesto siempre a dicha protocolización, evitando con ello -y, a veces, durante años- la ejecución mediante el juicio de apremio, que era donde cabía hacer toda discusión acerca de la legitimidad del título. Mientras todas estas pautas adversas a la institución no se reviertan, seguiremos como hasta ahora. Lamentablemente”.

### **Notas propias sobre el artículo 73**

El proceso y la decisión arbitral resulta empático con el modelo dispositivo adversarial. Desde nuestra óptica sería deseable que se superaren las vallas que bien señala ALVARADO VELLOSO (la cultura del litigio, la especulación sobre los honorarios, el trámite de protocolización, entre otras). Brindarle a las partes y que éstas se valgan de una salida procesal más *fiable* si se la compara con el cuestionado modelo procesal publicista y la justicia que imparten los jueces activistas estatales merecía ser incluida y resaltada en el Código Modelo.

\*

### **TÍTULO 3. DE LAS PARTES PROCESALES**

**Artículo 88. Necesidad de la parte procesal.** *Para que exista jurídicamente un proceso debe estar integrado de modo imprescindible por dos partes situadas en bandos opuestos y antagónicos para debatir respecto de un afirmado litigio en condiciones de absoluta igualdad jurídica garantizada por el juez. Caso de no ser exactamente así, no hay proceso sino mero procedimiento que, como tal, jamás gana los efectos propios de aquél.*

### **Notas de AAV sobre el artículo 88**

“El concepto de *parte procesal* ha variado notablemente en el tiempo, acompañando la evolución doctrinal del derecho procesal. La idea que tradicionalmente se tuvo sobre el tema era correlativa del concepto de *acción procesal* concebida como un *derecho concreto*, no desvinculado del derecho material que, por medio de su ejercicio, se hacía valer o se discutía en pleito. De tal forma, para la antigua concepción, el vocablo procesal *parte* configuraba un

concepto equivalente al de *parte de la relación jurídica material litigiosa*.

Tan antigua idea debió ceder a poco que se tipificara a la acción como un derecho *abstracto* (por oposición a *concreto*), sin vinculación alguna con el derecho material cuya existencia se pretendiera en el proceso. Y es que la vida jurídica enseña que no siempre quien litiga es titular del derecho material cuyo señoría afirma. Para advertir la veracidad de este postulado, suponga el lector que Juan ha vendido una cosa a Pedro y que éste no saldó su precio. Juan pretende el pago y Pedro lo resiste: se ha configurado el *conflicto* en el plano de la realidad social. Como no existe solución autocompositiva al respecto, ahora Juan demanda judicialmente a Pedro, afirmando que éste le debe el precio de la compraventa: ya se sabe que esto constituye el *litigio*. Si bien se mira, los *sujetos - partes del conflicto* (Juan vendedor - Pedro comprador) coinciden con los *sujetos - partes del litigio* (Juan demandante - Pedro demandado): en otras palabras, y a tenor de lo que sostiene la doctrina generalizada, las *partes de la relación material* se han convertido ahora en *partes de la relación procesal*.

Pero la experiencia jurídica enseña incontrovertiblemente que Juan puede crear -de buena fe- que le vendió a Pedro cuando ello no ocurrió en la realidad. De tal modo, el conflicto no ha aparecido en el plano de la realidad. Sin embargo, Juan puede afirmar su existencia en el plano del proceso. Y aún más: sabiendo Juan que carece de toda relación con Pedro, decide demandarlo afirmando, por ejemplo, la existencia de una compraventa incumplida: al igual que en el caso anterior, tampoco aquí existe conflicto y, sin embargo, en ambos supuestos *hay litigio*. De donde se puede ya colegir que existen relaciones nacidas con motivo del proceso que no se encuentran necesariamente precedidas por una relación material en estado de conflicto.

En otras palabras, no siempre existe plena coincidencia entre los sujetos que litigan (partes procesales) y los sujetos de la relación cuya existencia se afirma en el proceso (partes materiales). Surge claro así que el concepto tradicional que identifica a la parte procesal con los sujetos de la relación obligacional no alcanza a explicar qué es la “*parte*” en pleito en el cual, por ejemplo, se rechaza la demanda por ausencia del derecho material afirmado en ella. De ahí que el concepto de parte debe ser esencialmente de carácter *formal*: con total independencia de la relación material debatida, es *parte procesal* todo sujeto que de manera permanente o transitoria deduce en el proceso una pretensión en nombre propio o en cuyo nombre se actúa (nunca asume el carácter de parte el representante de ella) y aquel respecto de quien se pretende.

El lector podrá advertir tres calidades esenciales de toda parte procesal:

1) *en todo proceso las partes deben ser dos*: el pretendiente y el resistente en el afirmado conflicto, el actor y el demandado (en el campo civil) o el acusador y el reo (en el campo penal). No importa a este efecto cuántas son las personas que actúan (una o varias en cada sector): siempre ocupan *dos posiciones o bandos*. Esta calidad se conoce doctrinalmente con la denominación de *dualidad* del concepto de parte y es la consecuencia natural de la idea de *acción procesal*, que *siempre* es una instancia *necesariamente bilateral*;

2) *en todo proceso las posiciones duales deben hallarse enfrentadas, exhibiendo un claro antagonismo entre los sujetos (gente o ente) que las ocupan*: esta característica es propia y, además, natural consecuencia de la idea lógica de proceso. Recuérdese que no hay ni puede haber proceso cuando varios sujetos están inicialmente de acuerdo entre ellos;

3) *en todo proceso las partes deben hallarse en pie de perfecta e irrestricta igualdad*. A esta calidad ya me he referido correspondiendo ahora insistir particularmente en la idea ya varias veces sostenida en estas explicaciones: por ser el proceso el objeto al que tiende la acción procesal y, a su turno, por tratarse ésta de una instancia necesariamente bilateral, las partes deben ser *siempre duales, antagónicas e iguales* pues de lo contrario no se presenta en el caso la idea lógica de proceso y, por ende, se estará ante un simple procedimiento incapaz de lograr los efectos propios de aquél. De esta característica se extrae que a ambas partes ha de acordarse siempre la posibilidad de hacer valer las afirmaciones, negaciones, confirmaciones y alegaciones que sean menester en orden al litigio operado entre ellas, a fin de que una pueda contradecir a la otra. Tal es la razón por la cual se conoce doctrinalmente a esta calidad con la denominación de *contradicción*.

Resta agregar que, conforme a diversos criterios (el tipo de procedimiento adoptado para procesar una pretensión, o las contingencias procedimentales de alguna de las etapas del proceso, o el contenido de la materia litigiosa), es habitual denominar a las partes con otros nombres corrientes en la jerga forense: *ejecutante y ejecutado, recurrente y recurrido, apelante y apelado, embargante y embargado, incidentista e incidentado, deudor y acreedor*, etcétera. Pero cabe dejar en claro que ninguna de tales contingencias procesales puede alterar la posición originaria (de actor o de demandado) asumida en el proceso, que no se pierde nunca”.

### Notas propias sobre el artículo 88

El proceso adversarial supone reubicar a las partes, lo marcamos una vez más, en el *centro de la escena* de un debate propio del que jamás debieron ser desplazadas. Son los sujetos esenciales, como lo es el juez.

Pero además de esa calidad, asumen el papel de auténticos protagonistas del conflicto jurídico que los involucra. AAV identifica con toda exactitud sus notas esenciales: deben ser *dos, antagónicos y desiguales*, actuando en un plano de *perfecta igualdad jurídica*. Ellas son las que, en especial cuando se debaten intereses transigibles, disponen de los enunciados fácticos y jurídicos, pero, también, *de la práctica y producción de los medios de prueba y su valoración*. Son los dueños de un espacio de libertad que han recuperado. Sus hipótesis enfrentadas sobre un bien de la vida jurídica los lleva a una confrontación civilizada donde la injerencia del juez durante el debate se reduce a su mínima expresión y la convicción a la que arriba al momento de sentenciar debe provenir de la actividad que desplieguen los parciales, externa a su persona, como presupuesto esencial para despojarlo de todo prejuicio o sesgos cognitivos.

Para concluir y resumir: el renovado papel que el modelo dispositivo-adversarial le adjudica a los sujetos principales de la relación procesal marca un giro copernicano en el formato codificado que se propone. La óptica se brinda desde la visión que parte del litigante y no del poder judicial. La figura que se dibuja conlleva a la humildad de las metas a las que puede arribarse luego de transitar por un método de debate *democrático* impregnado de *horizontalidad*. Ese mismo espíritu impregna el Libro 3 que abordaremos a continuación.

## **6. LIBRO 3. LAS ACTUACIONES PROCESALES. NORMAS ESCOGIDAS Y SUS NOTAS**

En este tramo incursionaremos (con el mismo criterio de escogencia selectiva) en las normas que integran el libro tercero, que principia desde el artículo 253 y se extiende hasta el artículo 388 inclusive. A lo largo de estas 135 normas el Código Modelo se ocupa de prescribir:

a) las condiciones de regularidad de todos los actos procesales en cuanto al lugar, tiempo y forma de realización de esas actuaciones: por escrito, en diligencia y orales;

b) la citación a juicio, las notificaciones judiciales, la comparecencia y la rebeldía y sus consecuencias, los traslados y las vistas (con los diferentes efectos entre ellos), las audiencias y su desarrollo, las resoluciones judiciales (diferenciando en sus condiciones, requisitos y efectos a las providencias de trámite, a los autos interlocutorios simples, complejos y homologatorios);

c) los deberes que debe asumir el juzgador en las sentencias definitivas de primer, de segundo o ulterior grado de conocimiento y la de los tribunales colegiados. Se establecen también con precisión los efectos de toda sentencia definitiva y se regula adecuadamente el retardo en la emisión de cualquier resolución judicial;

d) la conceptualización de la idea de regularidad y de la irregularidad procesal, comprensiva de la inadmisibilidad, la inoponibilidad y la invalidez del acto, así como las condiciones necesarias para declarar su nulidad.

Pasamos por alto todo lo relativo a las notificaciones judiciales, los traslados y vistas, la declaración de rebeldía, los autos interlocutorios y un tema de la mayor utilidad en el manejo diario de abogados y jueces, la regularidad, irregularidad y nulidad de los actos procesales. Lamentamos desentendernos de estas cuestiones, pero debemos poner el foco en los deberes que se imponen a los juzgadores al emitir las sentencias definitivas, tanto en las dictadas en primer grado de conocimiento como en las de segundo grado y las despachadas por los tribunales colegiados.

Sin más preámbulos abordamos la normativa que las regula.

\*

**Artículo 306. Concepto y requisitos de sentencia definitiva.** *Es la decisión judicial que resuelve efectivamente el litigio, acogiendo o rechazando la pretensión deducida en la demanda o reconvención y en la excepción. El contenido de toda sentencia está estrictamente limitado a la solución de los hechos constitutivos de la litis, que son los que proceden jurídicamente de las afirmaciones efectuadas por el actor en su demanda, de las negativas del demandado en su contestación y de las peticiones formuladas por ambos en ellas, con estricta sujeción a la calificación jurídica dada a tales hechos por las propias partes, que no puede, bajo pena de absoluta nulidad, ser recalificada por juez alguno. Esta sentencia puede ser de primera y de segunda o ulterior grado de conocimiento, teniendo cada una de ellas sus propios requisitos.*

### **Notas propias sobre el art. 306**

El juzgador tiene el deber funcional de expedirse *positivamente* acogiendo o rechazando la pretensión deducida en la demanda o en la reconvención. Es sabido que no puede escudarse en la duda para no decidir.

La norma subraya el deber de congruencia del juez con relación a la cuestión fáctica. Además, el principio *iura novit curia* no implica la potestad de recalificar jurídicamente a los preceptos invocados por las partes, por la misma razón: evitar que el juez caiga en incongruencia, al subsumir los hechos en la norma que aplicará.

El código se ocupa de que la igualdad jurídica que gozan las partes durante el debate no sea violentada al momento de decidir.

\*

**Artículo 307. Requisitos específicos de la sentencia de primer grado de conocimiento.** *Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo anterior, son requisitos específicos de la sentencia: 1) contener la mención del lugar en el cual se dicta y su fecha; 2) el nombre y apellido de las partes. En su defecto, los datos necesarios para identificarlas adecuadamente; 3) una relación inicial sucinta de las cuestiones que constituyen el objeto de la discusión en el juicio; 4) la específica y motivada consideración, por separado, de las cuestiones fácticas a que refiere*

*el inciso anterior, concretando la forma en la cual ha quedado trabado el litigio; 5) la mención, en su caso, de los medios probatorios de los hechos litigiosos que han resultado convincentes para el juzgador, y las razones por las cuales ha logrado la convicción en que fundamenta su pronunciamiento A este efecto, el juez debe estar a lo dispuesto en el Artículo 422. Además, si se valoran indicios, sólo configuran presunción convictiva si se adecuan a lo dispuesto en el art. 505; 6) la subsunción de los hechos probados y convincentes para el juez en la norma general, previa y abstracta existente en el ordenamiento jurídico; 7) contener una resolución con: 7.1) la decisión expresa, positiva y precisa del litigio, congruente con las pretensiones deducidas en el juicio calificadas según lo han hecho las partes, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvenición, en su caso, en todo o en parte; 7.2) si la decisión contiene condena al pago de frutos, intereses, daños y perjuicios, saldos de rendición de cuentas u otros análogos, debe expresar concretamente cuáles han de ser satisfechos y fijar su importe en cantidad líquida o dar las bases sobre las que ha de hacerse la liquidación. De no ser posible hacerlo así, debe determinar prudencialmente el monto siempre que, en ambos casos, esté debidamente probada la existencia de aquéllos; 7.3) el plazo que se otorga para su cumplimiento, si la sentencia es de condena susceptible de ejecución; 7.4) el pronunciamiento sobre costas; 8) la firma del juez.*

### **Nota de AAV sobre el artículo 307**

Advertencia para el lector: en el libro cuarto al incluir en un racimo de normas del Código Modelo se mentó el artículo 307 y se explicó al lector los deberes de decisión que se imponen al juez se desarrolló la nota de ADOLFO ALVARADO VELLOSO sobre esta norma. Por tanto, y para evitar reiteraciones nos permitimos remitir a la lectura de esos comentarios contenidos en ese libro que explican en detalle lo exigido a los jueces desde el Código Modelo. Sin perjuicio de lo expuesto se vuelcan aquí consideraciones de AAV que no fueron reproducidas en esa oportunidad.

“Los *requisitos de eficiencia* son siempre de carácter *intrínseco* (por oposición a *extrínseco*, la voz *intrínseco* se aplica a la cualidad o al valor que es propio de la cosa por sí misma y no le viene de fuera; que lo tiene en toda circunstancia

y no depende de éstas) y apuntan a la *utilidad* de la sentencia como norma jurídica individual para terminar el *litigio* con legitimidad y justicia (particularmente, con relación al *conflicto*). Para ello, el contenido intrínseco de toda sentencia debe responder a cánones lógicos más o menos uniformes que, establecidos generalmente en las constituciones y en las leyes de procedimiento, enseñan cómo debe ser cumplida por el juzgador la tarea de juzgar un caso concreto. En otras palabras e insistentemente: estos requisitos no se vinculan con el *acta en la cual consta la sentencia*, sino con el *acto mismo de sentenciar*, del cual se muestran como una suerte de modelo patrón para ser repetido *ad infinitum* por los jueces.

La regulación de estos requisitos es mucho más importante que la de los referidos *supra* y necesaria de existir para lograr un funcionamiento lo más objetivo posible del servicio judicial. Aquí se trata de establecer un *patrón* que prive sobre el puro subjetivismo de los jueces y al que ya me he referido varias veces en el curso de estas notas, a fin de posibilitar el control por sus respectivos superiores de lo actuado en cada sentencia.

Lamentablemente, el problema de la invasión de la subjetividad del juez al texto de la ley y a la voluntad del legislador, no puede ser erradicado pues carece de toda posibilidad de control el último tribunal del sistema. De donde resulta válida la pregunta *¿quid custodiet custodies?*”

### **Notas de AAV sobre el inciso 1**

“Los *requisitos extrínsecos* de la sentencia también son *internos* y refieren a los aspectos puramente formales que debe contener el documento (el *acta del acto*), que acredita por sí mismo la existencia de la actividad cumplida por el juzgador al sentenciar. Prácticamente, responden a la pregunta *¿Cómo se hace el acta sentencia para que sea formalmente válida?* Los *requisitos extrínsecos* señalan las formas que debe contener la sentencia en orden a tener validez en el mundo jurídico y, en general, son los comunes a toda actuación judicial pues, siendo la sentencia un documento público, es menester que, para su validez, eficacia y fuerza probatoria, se cumplimenten en lo pertinente los requisitos exigidos genéricamente al efecto.

Conforme a lo establecido en esta ley, ellos son: 1) debe documentarse por escrito en todo tipo de juicio (inclusive en el oral, a fin de posibilitar su eventual control por el superior), y redactado en idioma nacional, 2) sin contener claros

sin cerrar ni abreviaturas; sin raspaduras, testaduras, enmiendas o interlineados sin salvar en el propio escrito con la misma máquina o de puño y letra del juzgador, 3) con cantidades escritas siempre en letras (y no en números); y 4) debe expresar con claridad y exactitud el lugar y la fecha en los cuales se emite, con aclaración del día, mes y año en que se hace, pues la indicación completa de ella permite establecer si fue pronunciada en día hábil o inhábil (recuérdese que todas las actuaciones procesales deben efectuarse en día hábil, bajo pena de nulidad) y si lo fue dentro del plazo fijado por la ley al juez a tal efecto. El dato no es menor si se piensa ya no en el plazo legal sino en otro judicial y *ad hoc* concedido al juez por su superior después de vencido el plazo legal, pues ello puede llevar a la pérdida definitiva de la competencia del juez moroso. Además, 5) debe tener la firma entera del juzgador y, en su caso, la de un funcionario fedatario cuando la ley lo exige al efecto.

### **Notas propias sobre el artículo 307**

La norma se presenta como una continuidad de lo que ya se anticipara en varios artículos del Libro 1, pero profundiza, eleva el estándar y las exigencias para que las decisiones judiciales queden impregnadas -tanto en la fijación de los hechos como en la aplicación del derecho- de racionalidad, motivación y, en especial, de la necesaria justificación frente a las partes.

Un juez democrático debe esas explicaciones; pero imponerlo prescriptivamente era una deuda que debía saldarse, supliendo de una vez las grotescas omisiones de quienes redactaron los códigos publicistas desinteresados de fijar los estándares necesarios para que el razonamiento judicial *pueda ser considerado válido*.

### **Notas de AAV sobre el inciso 3**

“Para realizar el acto de juzgamiento, el juez debe comenzar por conocer y comprender cabalmente cuál es la pretensión demandada que es, precisamente, lo que el pretendiente espera obtener mediante la sentencia. Sabido ello, también debe conocer y comprender cabalmente cuál es el tenor de la resistencia a esa pretensión, pues ella señala qué es lo que el demandado aspira lograr con dicha sentencia.

Para acreditar ese conocimiento y esa comprensión, el juez inserta inicialmente

en su sentencia una suerte de preámbulo que recibe el nombre de *resultando*, pues relata en él todo lo que *resulta* de los autos. El uso de este vocablo es consecuencia de la mala e inveterada costumbre tribunalicia de redactar los escritos y las sentencias judiciales en *gerundio* (forma no personal del verbo que presenta la acción en su curso de desarrollo y que generalmente tiene una función adverbial), lo que muchas veces hace que todo ello sea incomprensible. Es añeja costumbre judicial convertir este introito en una especie de inventario de *todo* lo que el actor dijo en la demanda, de *todo* lo que el demandado expuso en su contestación, del detalle de *todos* los medios de prueba ofrecidos y producidos y de lo que ambos alegaron acerca del mérito de ellos, con lo cual se pierde un tiempo tremendo escribiendo cosas sin destino alguno y que no sirven para nada.

Claro es que estas malas costumbres judiciales generan mora y que deben ser erradicadas de toda praxis tribunalicia. Pero lo correcto es establecer sucinta y concretamente en qué consiste el litigio, mencionando los hechos afirmados y aceptados (en tanto sean relevantes para la solución del caso), separándolos de los afirmados y negados, pues acerca de ellos debe versar la prueba procesal. De ahí que ahora se trate de determinar: a) cuáles son las circunstancias fácticas causales de la pretensión que el juzgador debe considerar (y no puede dejar de hacerlo) para emitir la sentencia; b) cuáles son los medios de prueba de los hechos litigiosos que el juzgador debe considerar para poder expedirse acerca de la pretensión deducida o de una defensa que impide estimarla; c) cómo debe subsumir los hechos que considera regularmente probados en la normativa general y abstracta preexistente; d) cuál debe ser la consecuencia de tal subsunción en orden a lo pretendido y resistido en autos; e) cómo debe redactarse la norma concreta e individual; f) cuáles son las menciones totales que debe realizar para que la sentencia definitiva sea tal.

A partir de ahora el juez comienza a argumentar acerca de los hechos alegados y del derecho invocado por las partes como base de sus respectivas pretensiones. Para ello, efectúa consideraciones (son los *considerandos* de toda sentencia) razonadas que, como se verá luego, tienen muy poco de contenido silogístico”.

#### **Notas de AAV sobre el inciso 4**

“¿Cuáles son las circunstancias fácticas causales de la pretensión que el juzgador debe considerar (y no puede dejar de hacerlo) para emitir la sentencia? En primer lugar, todos los hechos conducentes a la obtención de la pretensión del

actor argüidos en la demanda y los extintivos e impeditivos presentados por el demandado en su contestación para sostener alguna defensa, en cuanto éstos sean pertinentes para desestimar la pretensión del actor. Además, la consideración debe incluir también a los hechos nuevos incorporados regularmente al proceso en tanto hayan sido oportuna y adecuadamente bilateralizados. Y ningún hecho que encuadre en las categorías recién señaladas puede escapar a la necesaria consideración del juzgador pues tal carencia puede generar el vicio de incongruencia en su sentencia y, con ello, su invalidez. Pero atención: los hechos que nunca puede considerar ni tener en cuenta el juez son los que emanan de su propio conocimiento personal, los que surgen de elementos de prueba producidos oficiosamente ni los que emanan de cualquier medio de prueba que no haya ingresado regularmente al proceso, con plena bilateralidad y control de su producción (se denomina prueba ilícita)”.

#### **Notas de AAV sobre el inciso 5**

“¿Cuáles son los medios de prueba de los hechos litigiosos que el juzgador debe considerar para poder expedirse acerca de la pretensión deducida o de una defensa que impide estimarla? Son todos los medios procedentes, cuya producción ha sido regularmente incorporada a los autos (con lo cual se descartan los medios improcedentes declarados razonadamente como tales).

Advertirá el lector que no menciono a los hechos y medios pertinentes o conducentes (ver ídem) para la estimación de la pretensión, pues los que aparentemente lucen como impertinentes o inconducentes deben ser igualmente considerados y, llegado el caso, dejados fundadamente de lado por el juzgador. Insisto: no es que el juez no deba tenerlos en cuenta: al contrario, lo hará y rechazará por inconducente a aquél que así le parezca, pero argumentando al respecto. Es evidente la importancia de rechazarlo diciendo expresamente por qué se lo hace, en vez de utilizar el simple recurso de ignorar un hecho cualquiera, pues sólo así se posibilita el adecuado examen de control por el perdedor respecto de la sentencia que lo agravia. En esto no coincide la jurisprudencia mayoritaria que se ha formado sobre el tema en la Argentina a partir de conceder las leyes procesales omnímodas e inconstitucionales facultades inquisitoriales a los jueces, a raíz de lo cual el sistema vigente tolera que se dejen sin considerar medios probatorios regularmente allegados por las partes al proceso, so capa de que sería una tarea ingente el considerar circunstancias que no se requieren para formar la convicción necesaria para sentenciar. (Tén-

gase en cuenta que esta referencia a formar convicción en el juez es un sofisma del sistema inquisitivo). De tal manera que, con o sin convicción, si quien debió probar no lo hizo, perderá el pleito. Y otra vez, punto. ¿Tan difícil de entender es todo esto, que la doctrina discute circularmente desde hace años el tema?

Todos los argumentos dados por la jurisprudencia para sostener lo supra mencionado pueden brindarse impunemente dentro de un sistema de enjuiciamiento que ve en el proceso un método de investigación (cual ocurre actualmente en todos los códigos de procedimientos civiles vigentes en América) y no como es en el sistema acusatorio, simple método de discusión en el cual cada uno de los contendientes tiene obvio derecho a que el juez le considere todos sus argumentos. Para admitirlos o rechazarlos, pero consideración al fin.

Hay en el fondo de esto algo que no se dice: considerar todos los argumentos probatorios brindados por las partes litigantes conlleva mayor esfuerzo, tiempo y trabajo; lo que, sin duda, puede ser atendible. Y de hecho así ha sido, pues la corriente jurisprudencial que critico lleva entronizada muchos, muchos años. Pero, a riesgo de molestar a alguien, cosa que no deseo ni es mi intención hacer, creo que la situación actual debe ser revertida en homenaje a la consecución de la paz social y para honrar por fin el hasta ahora desconocido pero obvio derecho humano de todo litigante de saber exactamente por qué ha perdido su litigio”.

### **Nota de AAV sobre el inciso 6**

*“¿Cómo debe subsumir los hechos que considera regularmente probados en la normativa general y abstracta preexistente? A partir del convencimiento de la existencia de los hechos causales alegados en la demanda o en la excepción, logrado aquél con el análisis de los medios de prueba producidos en autos, el juez debe subsumir la pretensión presentada a base de ellos en una norma general, abstracta y preexistente a fin de lograr una adecuada correspondencia entre *lo pretendido* y *lo normado* al respecto. Para ello debe: a) buscar en el plexo jurídico en general si tal pretensión tiene amparo, primero, en el sistema legal vigente y, si así es, determinar luego si éste encuadra en el orden constitucional del cual la ley debe ser consecuencia; b) constatar de inmediato que el caso jurídico que se encuentra ya a fallo es *justiciable* y que su solución depende de actividad judicial, por no estar sujeta la solución pretendida a lo que debe brindar la competencia exclusiva de otro Poder del Estado (ver texto*

del art. 370; c) elegir, luego de constatado lo *supra* mencionado, la norma que aplicará para la solución que considera legítima y justa para el litigio. En su caso, deberá interpretarla usando para ello alguno de los métodos utilizados por la hermenéutica o, en su defecto, integrarla conforme al método de la analogía o, en su caso y finalmente, crearla para el litigio sometido a juzgamiento.

Pero en los últimos supuestos (interpretación, integración y creación) debe decir expresamente por qué y cómo lo hace, otra vez a fin de posibilitar el control por parte del superior a pedido del perdedor agraviado por ello. Pero adviértase que el juez nunca se convierte en legislador primario -ni siquiera cuando crea la ley por ausencia de ella en el plexo normativo, pues cuando así lo hace cumple tal tarea por mandato del legislador primario y aplicando para ello pautas que éste le brinda en la ley (sólo lo es el Poder Legislativo, único democráticamente legitimado para decir con carácter general qué es lo que hay que hacer en la vida de la sociedad)- cual parece ser la tónica actual incesantemente sostenida por muchos magistrados que muestran, así, no sentirse vinculados a norma alguna sino a difusos y relativos principios generales y máximas de convivencia; d) a partir de la elección de la norma a aplicar, debe ahora determinar si el pretendiente que se beneficiará con ello ostenta la legitimación jurídica necesaria para pretender a base de su aplicación. Por ejemplo, quien pretende percibir judicialmente el precio de una compraventa impaga, debe ser el vendedor en la relación contractual base de lo pretendido y no otra persona, a menos que actúe representando a aquél. Pero, nótese bien, esto puede y debe hacerlo el juez aun de oficio cuando se trata de resolver acerca de materia *no transigible*, indisponible por el mero acuerdo de voluntades de las partes litigantes.

Por lo contrario, siempre que se litigue a base de simples derechos patrimoniales que pueden ser objeto de transacción, el juez *no debe ni puede ir más allá de los intereses de las propias partes y*, por ende, repeler oficiosamente una legitimación que no sólo no ha sido negada sino, más aún, aceptada por el contradictor. Esta afirmación no es habitual entre los autores y, mucho menos, entre los jueces que, viendo en el proceso un método de investigación y no de simple discusión, salen muchas veces por peteneras negando oficiosamente la estimación de pretensiones no discutidas procesalmente por los propios interesados.

Resta decir -insistentemente- que todo lo relativo a: 1) la *legitimación sustancial* para obrar como se hace en función de los hechos invocados y 2) a la *imputación causal* efectuada a base de ellos por el actor, *jamás pueden ser des-*

*conocidas ni variadas por el juzgador* cuando se litiga sobre objeto transigible (recuérdese que ya he sostenido en el texto que la legitimación de las partes sólo puede ser variada oficiosamente cuando el tema litigioso interesa al orden público. Y no en caso contrario). De tal manera, queda desvirtuada y deber ser dejada de lado la añeja costumbre de los jueces que, utilizando el proceso como *método de investigación* y no de *discusión*, cambian oficiosamente la imputación jurídica realizada por el actor o el acusador penal al presentar sus respectivas pretensiones. Cuando tal cosa hace, utilizan al efecto un antiguo y conocido brocárdico que han convertido, con la praxis recurrente, en regla procesal generalmente aceptada como tal: *jura novit curiæ* (“Dame los hechos, que el juez conoce y te dará el derecho”).

Ya se ha visto antes de ahora que ello era posible en Roma pero no hoy, cuando se presume el conocimiento del derecho sin admitir prueba en contrario. Pero muchas veces los inquisidores son piadosos (igual que en el pasado inquisitorial, cuando algunos sacerdotes que actuaban como tales antes que como jueces investigadores perdonaban ciertos tormentos o rebajaban el número de azotes en piadosa consideración al interrogado que no confesaba lo que ellos querían oír...). Y en lo penal, ello puede ser virtud y de muy buena aplicación, ya que la *piedad* es la inclinación afectiva, con pena, hacia una persona desgraciada o que padece. Pero en lo civil deja de ser virtud para convertirse en *favoritismo*: ya no se trata de perdonar cárcel o azotes a alguien, sino de hacerle cobrar dinero a quien carece de derecho para hacerlo; y lo notable del caso es que no ha de pagarlo el propio juez piadoso sino un tercero que no es o que puede no ser deudor. Con lo cual la *piedad* se convierte en *beneficencia*, pero con *dineros ajenos*. ¡De extrema gravedad en orden a lograr el mantenimiento de la paz social!

Y eso se logra, haciendo gala de ello, cuando deciden aceptar al sentenciar la pretensión que deben rechazar conforme a derecho. Y para ello, so pretexto de *jura novit curiæ*, reconducen la pretensión por los caminos legales que, a juicio de ellos, debieron ser citados por el actor para enmarcar los hechos, sin preocuparse de que el demandado, por ejemplo, no haya contradicho el tema, de que se haya defendido de otra imputación y de que, siendo el litigio de objeto transigible, la voluntad de las partes es soberana. En resumen: hasta ahora y ya en la tarea de fallar, el juez conoció los hechos, los aceptó como tales porque lo convenció al efecto algún medio probatorio regularmente allegado a la causa, aceptó como justiciable el litigio, encontró en el orden jurídico la norma que entiende puede ser aplicable para resolver el caso, la encontró

congruente con la Constitución, aceptó sin más la legitimación sustancial invocada por las partes o la investigó sólo en los supuestos de estar comprometido el orden público con ello. Ahora debe emitir su propia decisión, subsumiendo los hechos en la norma. Eso se verá en nota posterior.

¿Cuál debe ser la consecuencia de tal subsunción en orden a lo pretendido y resistido en autos? Puesto en tal tarea, el juez debe formular siempre una declaración mediante la cual acoge o rechaza la pretensión deducida, total o parcialmente. Tal resultado puramente declarativo quedará solo en eso o posibilitará la constitución de un nuevo estado jurídico o servirá de base para hacer una condena a cumplir una prestación por el demandado, según haya sido la pretensión demandada (que es lo que origina, precisamente, la correspondiente sentencia que es congruente). Y uniendo razonadamente los hechos con la norma (pasos ya vistos en esta nota) para expedir la solución elegida para el caso, tal declaración se convertirá en una norma jurídica que deberán acatar los litigantes luego de consentirla o, eventualmente, después de pasar por una etapa de control por parte de un superior jerárquico, si éste la ha confirmado.

Es en este momento en el cual el juez exhibe el verdadero poder de la función, que muchas veces se muestra como cuasi omnipotente. Piénsese en una sentencia penal de condena por homicidio, que es el ejemplo que mejor permite señalar lo que aquí apunto: convencido de la existencia de los hechos, el juzgador encuentra que la norma respectiva del código penal lo autoriza a fijar una condena cuya duración puede variar entre ocho y veinticinco años de prisión. Y aquí el juez, conforme a las circunstancias del caso que él mismo ha aceptado y valorado, elige a su voluntad una cantidad: ocho, nueve, diez, once... veinticuatro o veinticinco años de prisión. ¿Se advierte cuánto *puede* el juez, en lo que significa *tener y usar poder*, utilizando el vocablo en el castizo sentido de “con referencia a personas, fuerza para dominar a otros o dominio o influencia sobre otros”? Y esto es claro para cualquier abogado que entienda cómo funciona el litigio: una sentencia le cambia la vida mucha gente y, muchas veces, para mal.

Cosa similar ocurre en lo civil cuando se determina el *quantum* de una indemnización compensadora de un daño, particularmente cuando tal daño es *moral*. ¿Cómo se valora ese daño? Sabido es que los jueces son reacios a tener pautas limitativas para ello diferentes de lo que llaman su *propia prudencia* (el criterio es absolutamente subjetivo, ya que se entiende por *prudencia* la moderación en el comportamiento para acomodarlo a lo que es sensato, discreto o exento de peligro). ¿Y quién dice en un caso, por ejemplo, que diez es mucho

o poco? ¿Con cuáles argumentos sino con la simple mención de la propia valoración? Con lo cual se ha generado absoluta imprevisibilidad en la materia, según se puede ver en cualquier colección jurisprudencial, haciendo con ello cada vez más difícil el ejercicio abogadil serio”.

### Notas de AAV sobre el inciso 7

“La *congruencia procesal*. Esta cuestión genera la más importante regla de juzgamiento, que es natural consecuencia de aceptar la plena vigencia del principio de *imparcialidad judicial*. Hago esta referencia pues inteligente doctrina sostiene en los últimos tiempos que la *congruencia* debe ser un *principio* y no una *simple regla de juzgamiento* pues entiende que no cabe admitir la existencia de una sentencia incongruente. Por mi parte, advierto que tal incongruencia se da casi todos los días en los litigios laborales, de familia, de menores y de quiebras. Y no sólo nadie se rasga las vestiduras sino que se acepta con alegría y sentida vocación por la Justicia, así, con mayúsculas. Por eso es que insisto en el carácter con el cual la presento en esta nota, reiterando que la congruencia es simple manifestación de la imparcialidad. Donde no hay ésta, es claro que puede haber incongruencias...¡Y vaya si las hay!

La congruencia indica que la resolución que emite la autoridad acerca del litigio debe guardar estricta conformidad con lo pretendido y resistido por las partes y regularmente probado por ellas. A mi juicio, ostenta una importancia mayor que la que habitualmente presenta toda regla técnica, pues para que una sentencia no lesione la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio, debe ser siempre congruente y, por ende, no adolecer de algún vicio propio de la *incongruencia*, que se presenta en los siguientes casos: a) el juzgador *omite decidir alguna de las cuestiones* oportunamente planteadas por las partes y que son conducentes a la solución del litigio: ello genera el vicio de incongruencia *citra petita*, que torna anulable el respectivo pronunciamiento. El concepto se limita al caso expuesto, pues no existe incongruencia cuando el juzgador omite el tratamiento de una cuestión por virtud de la solución que da a otra que ha analizado previamente (por ejemplo, si el juez admite la existencia del pago alegado por el demandado, resulta inconducente el estudio de la defensa de prescripción opuesta *ad eventum* de la aceptada); b) el juzgador *otorga cosa distinta a la peticionada* por la parte o *condena a persona no demandada* o *a favor de persona que no demandó*, yendo más allá del planteo litigioso: ello conforma el vicio de incongruencia *extra petita*, que

también torna anulable el respectivo pronunciamiento; c) el juzgador *otorga más de lo que fue pretendido* por el actor: también aquí se incurre en vicio de incongruencia, ahora llamado *ultra petita*, que descalifica la sentencia; d) la sentencia presenta una *incongruencia interna*, representada por una incoherencia entre la motivación y la decisión, que así se muestran contradictorias entre sí. Este vicio de autocontradicción, llamado también *incongruencia por incoherencia*, torna anulable el respectivo pronunciamiento”.

### **Notas propias sobre los distintos incisos del artículo 307**

El lector deberá convenir en que el Código Modelo se ocupó puntillosamente de fijar *severos parámetros* que encasillan al juez para que al emitir su sentencia, reduzca la subjetividad y los prejuicios propios, evitando que se tiente en brindar su particular visión de la justicia o resolver con ausencia de fundamentación y justificación frente a las partes. Otras normas específicas que se encaminan en la misma dirección son las contenidas en los artículos 261, 308, 309, 422 y 505.

Se advierte con toda claridad que el *control normativo del razonamiento judicial* no quedó librado al azar. Por eso extraña que, desde el activismo judicial y durante años, el fallecido MICHELE TARUFFO y en la actualidad uno de sus discípulos más destacados, JORDI FERRER BELTRÁN, como ya se resaltó en el libro cuarto, y lo subrayamos en este, nos imputen que quienes nos alineamos detrás de las ideas garantistas nos contentamos con la *mera solución del conflicto* por parte del juez y que el único norte pasa porque *se restablezca la paz social* (con indiferencia sobre el contenido de lo que se resuelve).

También sorprende la falsa afirmación de que estamos desentendidos de la calidad epistémica con la que se decide la contienda. El contenido de los ocho incisos del artículo 307 del Código Modelo *desmiente objetivamente* esta apresurada afirmación. A su vez, la antigua labor doctrinaria desplegada por ALVARADO VELLOSO y por quienes somos sus discípulos, dedicada en buena medida a *encauzar el razonamiento judicial y la valoración del material probatorio*, es un dato objetivo que acredita que este sensible tema estuvo siempre en el centro de nuestros afanes.

No podía ser de otra forma ya que en una importante proporción las decisiones de la jurisdicción estatal reflejan un panorama harto preocupante por su imprevisibilidad, la subjetividad que las impregna y la ausencia de justificación interna y externa. Y todavía más: no le concedemos visos de solución si se si-

que alimentando una visión teórica que sobredimensiona las aptitudes de los jueces a la hora de decidir.

Si se insiste en el deber funcional de encontrar la verdad, sin precisar exactamente *qué criterio de verdad* es al que puede arribar el juez, difícilmente superaremos de un modo racional esta cuestión.

Y si se niega que las partes sean los sujetos que de un modo exclusivo aportan los enunciados de los hechos y la práctica y producción de los medios de prueba sobre esos enunciados, es obvio que se ha tomado por un camino equivocado. Se desnaturaliza la esencia del proceso como un *método de debate* y se ingresa en el peligroso sendero de entenderlo como un *sistema de investigación de la verdad a cargo del estado*.

No puede considerarse que el papel de la jurisdicción no pase por tutelar el derecho material que la parte actora pudo acreditar como sustento de su hipótesis o bien para rechazar esa tutela si el demandado pudo desbaratar la tesis de la accionante. Si se postula que el juez está constreñido para consagrar valores superiores como la verdad y la justicia, bien mirado, los sujetos procesales dejan de ser fines en sí mismos para ser medios puestos al servicio de la jurisdicción pública y de sus inasibles metas.

Y por último, si se alienta que el juez pueda dejar de lado el derecho positivo si la solución de esa norma jurídica aplicada a los hechos acreditados le resulta *moralmente* repugnante, nos alejamos de la idea que el proceso debe verse como un *ámbito de libertad para la disputa civilizada de los conflictos jurídicos*.

Frente a este claro oxímoron, los sostenedores de la teoría garantista debemos estar prestos a debatir en los campos ideológicos y normativos esas premisas insustanciales con propuestas propias como las desarrolladas en este caso en los distintos incisos del artículo 307.

\*

**Artículo 308. Concepto y requisitos específicos de la sentencia de segundo o ulterior grado.** *Es la decisión judicial que controla la legitimidad y justicia de la sentencia de primera instancia por impugnación deducida contra ella por quien perdió total o parcialmente el pleito. Su contenido tiene estricta limitación a la extensión de los fundamentos expresados al respecto por la parte agraviada. En tal*

*decisión, el juzgador no debe recalificar la relación jurídica litigiosa ni agravar oficiosamente la situación el impugnante, todo bajo pena de absoluta nulidad. Esta sentencia requiere contener, en lo pertinente, las enunciaciones y requisitos establecidos en el artículo anterior y se ajustará en lo pertinente a lo dispuesto en los artículos 261 y 307, según el caso. Además, no puede recaer acerca de puntos no sometidos a juicio en primera instancia, a no ser sobre excepciones nacidas después de la sentencia o sobre daños, perjuicios, intereses y otras prestaciones accesorias debidas con posterioridad a ella. En todos los casos, puede decidir acerca de temas sometidos a conocimiento del juzgado de primera instancia y omitidos por éste, se haya o no pedido aclaratoria, siempre que se trate de cuestiones a las que el a quo no pudo entrar a causa de la decisión dada a un artículo previo o que haya sido omitida sin fundamento aparente, siempre que lo pida la parte al expresar o contestar agravios. En este último caso, el pedido se sustancia con traslado por cinco días a la contraria.*

### **Notas de AAV sobre el artículo 308**

“El vicio de incongruencia propio de la sentencia de segundo o de ulterior grado se presenta cuando en la decisión del recurso de apelación no se respeta la regla *no reformatio in pejus*, que indica que el tribunal de alzada carece de competencia funcional para decidir acerca de lo que no fue motivo de agravio de parte interesada y que, por ende, no puede modificar la sentencia impugnada en perjuicio del propio impugnante.

También ingresan en este vicio otros dos supuestos finales: *incongruencia por falta de mayoría* y *por falsa mayoría* de votos de jueces integrantes de un tribunal colegiado: toda sentencia de tribunal pluripersonal debe contener pronunciamiento expreso y positivo adoptado por mayoría absoluta de opiniones concordantes de sus integrantes. Cuando los fundamentos no concuerdan entre sí, no puede hablarse de la existencia de la mayoría absoluta requerida para cada caso por las leyes procesales, razón por la cual corresponde integrar el tribunal con mayor número de juzgadores hasta que sea posible lograr tal mayoría. Si no se efectúa esta tarea y la sentencia se emite con fundamentos que no concuerdan en los distintos votos que hacen mayoría, se presenta el vicio de *falta de mayoría* que, al igual que todos los demás antes enunciados, también descalifica la decisión.

La *falsa mayoría* se presenta como vicio de incongruencia cuando la sentencia muestra acabadamente que en el ánimo de los juzgadores está el obtener una decisión determinada y, sin embargo, se llega a otra por medio de la suma de votos. El caso es de rara factura pero no imposible de acaecer; al igual que los anteriores, también descalifica a la sentencia”.

### **Notas propias del artículo 308**

La norma se ocupa de garantizar el respeto irrestricto del principio de *congruencia en el segundo grado de conocimiento*. La preciosa regla de que no puede reformarse *para peor* (en perjuicio del único apelante) reafirma el principio dispositivo que se extiende a lo largo de todo el Código Modelo.

También se ocupa de un tema omitido en los códigos publicistas: el de las *falsas mayorías*. Se trata de garantizar a las partes que los pronunciamientos de la alzada reflejen la voluntad concurrente de los jueces que las integran en sus aspectos sustanciales.

\*

**Artículo 309. Concepto y requisitos específicos de la sentencia de tribunal colegiado.** *Si cualquier tipo de sentencia es pronunciada por tribunal colegiado, además de cumplir en lo pertinente los requisitos establecidos en los artículos anteriores, exige los siguientes recaudos. 1) la deliberación acerca del contenido de la fundamentación del pronunciamiento a dictar en la causa se hace en acuerdo privado con todos los miembros del tribunal presentes, quienes establecen al efecto las cuestiones a decidir; 2) en el orden en que se realizó el estudio previo de los autos o en el que se fija por sorteo en el mismo acto si el estudio es simultáneo, cada juez debe fundar su voto. Está prohibido el voto de simple adhesión, bajo pena de nulidad absoluta e insanable; 3) finalizada la deliberación, la sentencia debe ser pronunciada por todos los jueces que integran el tribunal, estando prohibida, bajo pena de nulidad, toda abstención de votar a base de cualquier pretexto; 4) los votos de los diferentes juzgadores deben coincidir en lo sustancial de la respectiva fundamentación. Si no puede obtenerse mayoría absoluta de una solución respecto de todos o de algunos de los puntos sometidos a votación, aun cuando sean accesorios, debe*

*someterse el pleito a mayor número de juzgadores para lograr dicha mayoría absoluta. A este efecto, el tribunal se integra con subrogantes legales en número par si ha sido impar el número de discrepantes e impar si fue par. Los nuevos integrantes limitan su intervención a los puntos en los que no pudo obtenerse mayoría. De la misma forma se actúa cuando en la respectiva votación se obtiene falsa mayoría.*

### **Notas propias sobre el artículo 309**

La norma refuerza las garantías hacia las partes cuando la decisión queda sometida a un tribunal colegiado. La idea central es que los magistrados expresen su opinión en sentido positivo y expreso. Por esa razón está prohibida la abstención bajo pena de nulidad.

De otro lado, la coincidencia de los razonamientos judiciales debe recaer sobre lo sustancial del debate y se exige siempre la mayoría absoluta de los jueces votantes. La integración del tribunal en números pares o impares según los discrepantes asegura la finalidad de la norma.

En los párrafos siguientes, al reproducir algunos artículos escogidos del Libro 4 se confirmará que la visión sobre el comienzo, desarrollo y terminación del proceso encontrará un hilo conductor entre las garantías que se le otorgan a las partes para poder debatir y aquellas que se les conceden frente a las decisiones de la jurisdicción pública.



## 7. LIBRO 4. DEL COMIENZO, DESARROLLO Y TERMINACIÓN DEL PROCESO

El libro refleja en plenitud la expresión normativa del sistema dispositivo adversarial. Regula el comienzo y abarca todo el desarrollo del proceso. Éste es abordado *desde la óptica del actor* y así se refiere: a la pretensión procesal: estableciéndose su concepto y el de sus diferentes modalidades: declarativas (simples, de condena, constitutivas y mixtas, ejecutivas y cautelares); se legisla acerca de sus elementos y del deber judicial de comparar pretensiones coexistentes o sucesivas con la finalidad de evitar el caos jurídico. Y así, se norman los requisitos y los efectos del resultado de cada una de las posibles comparaciones: *identidad*, *conexidad*: subjetiva, causal simple, objetiva simple, subjetiva-causal y objetiva-causal y *afinidad*. Todo, para disponer eventuales acumulaciones o prejudicialidades; se norma sobre la acción procesal y se regulan sus requisitos para el válido ejercicio procesal por la parte interesada; y se culmina con la demanda judicial, su concepto, requisitos y efectos. De la misma forma para la reconvencción.

La normativa se ocupa, luego, de todo lo relativo al proceso desde la *óptica del demandado*, regulándose su derecho de defensa y los efectos que generan su abstención, sumisión y oposición, tanto en la contradicción como en la excepción. Seguidamente, se determinan con detalle la totalidad de las posibles excepciones que puede articular para atacar a la pretensión, a la acción y a la demanda, o para lograr la postergación de la emisión de la sentencia o para oponerse a la pretensión de ejecutar un derecho ya cierto.

Además, se regula toda la *actividad probatoria de las partes*, estableciéndose con precisión los conceptos de objeto, tema, fuente, incumbencia, libertad, licitud, procedencia, pertinencia, conducencia y traslado de cualquier medio de prueba. De la misma manera el Proyecto refiere al procedimiento probatorio en sus etapas de apertura, ofrecimiento, admisión, producción y valoración de la prueba.

En la segunda parte de este Libro se regulan los *medios de prueba en particular*, estableciendo con todo rigor sus conceptos, requisitos de existencia, de validez y de eficacia probatoria, mencionándolos clasificadamente como lo hace la doctrina científica más moderna: *medios de comprobación* (peritaje

científico cuyo resultado vincula al juez), de *acreditación* (instrumentos públicos, documentos privados, monumentos y registros), de *mostración* (inspecciones y reconocimientos) y de *convicción* (declaración de parte y confesión -tema sobre el cual se innova notablemente-, peritaje de opinión, que no vincula al juez, testimonio, informes, indicios y presunciones).

El título 4 del Libro está destinado a normar la *terminación del proceso*: a) por medios *autocompositivos*: se establecen los conceptos, requisitos y efectos del desistimiento de la pretensión, del allanamiento, de la deserción recursiva, del desistimiento del proceso, de la transacción y de la perención de la instancia; b) *por decisión judicial*: se hace lo propio respecto del llamamiento de autos, de la homologación judicial, del sobreseimiento de la ejecución (novedad de este Proyecto y que tiene el objeto de paliar la morosidad judicial mediante el simple método de evitar trabajo inútil a la ardua y siempre sobrecargada labor tribunalicia) y de la absolución de la instancia. Se norma también todo lo relativo a las costas procesales.

En el título 6 se tratan las *impugnaciones procesales*, tanto por vía de demanda principal o incidental, de excepción y de recurso. Seguidamente se regulan sólo los recursos que el Proyecto acepta: la aclaratoria e integración, la reconsideración, la apelación y la nulidad. No se regula recurso extraordinario alguno.

Resumiendo: el Libro 4 que abordaremos comprende desde el artículo 339 hasta el 559. Es quizás el libro más rico y variado en sus contenidos. A lo largo de las 220 normas se vuelcan profusas consignas que hacen a la *política procesal*. A la par se redactan otras prescripciones dedicadas al desarrollo científico de numerosos institutos. La amplitud de ese abanico nos coloca, una vez más, en el desafío de seleccionar, volcar y comentar sólo un número muy reducido de esas normas. Y el concepto para su selección es siempre el mismo: escoger aquellas que expresan y tipifican el sistema dispositivo adversarial. La idea es marcar las claras diferencias en el trámite impreso al debate y que emergen de un modelo que *privilegia el método de discusión* sobre la meta hacia la que se encamina: la heterocomposición del conflicto no penal.

Respetando el hilo normativo comenzamos con las prescripciones que regulan la actividad procesal del pretendiente.

\*

**Artículo 339. Concepto de pretensión procesal.** *Pretensión procesal es la declaración de voluntad hecha en una demanda mediante la cual el actor (pretendiente) aspira a que el juez emita -después de un proceso- una sentencia que resuelva efectiva y favorablemente el litigio que le presenta a su conocimiento*

### Notas de AAV sobre el artículo 339

“Al igual que muchos de los conceptos que se utilizan en este código, el de pretensión procesal ha generado una evolución doctrinal plagada de ideas y puntos de vista antagónicos, demasiado extensos para enumerar acá, y que -sin intentar rebatir- van desde considerarla como *un acto* hasta ver en ella el *objeto del proceso*. Desde la óptica doctrinal que mira no el texto de la norma sino la actividad que se cumple en la vida jurídica, cual se hace en la redacción de este código, parece claro que la pretensión es una declaración de voluntad hecha en el plano de la realidad social mediante la cual se intenta *subordinar a la propia una voluntad ajena* (devuélveme lo que te presté, págame lo que me debes); la insatisfacción de la pretensión, por la aparición contemporánea de una resistencia a ella, es lo que origina el conflicto intersubjetivo de intereses.

El traslado de esa pretensión al plano jurídico del proceso (único supuesto que interesa ahora) se efectúa mediante el ejercicio del derecho autónomo y abstracto del derecho *de acción* que, no obstante, tales calificaciones no pueden ser materialmente ejercidas sin estar acompañadas de modo ineludible por aquella. A su turno, tal ejercicio del derecho de acción se efectúa exclusivamente mediante la presentación a la autoridad de un documento: la demanda. De tal modo, los conceptos de acción, pretensión y demanda son idealmente correlativos y se apoyan en forma recíproca para explicar el fenómeno, que no puede ser entendido de modo integral sino con la conjunción de tales conceptos: adviértase que la demanda consiste materialmente en un documento cuya presentación al juez (o al árbitro) *exterioriza el ejercicio de la acción* (instar a la autoridad) y que resulta ser *el continente de un contenido necesario: la pretensión*. De ahí la importancia de instalar normativamente el tema referido a la pretensión -pocas veces legislado en América- pues es lo que posibilita la comprensión sistémica del desarrollo del litigio. Es bien sabido que, a los efectos de accionar, no importa *que el conflicto exista o no en el plano de la*

*realidad*: basta que se afirme su existencia (regla básica de procesamiento: la demanda debe afirmar la existencia del conflicto; caso contrario la pretensión se muestra abstracta y ello impide la obtención de un proceso). Este fenómeno recibe la denominación de litigio. Para hacer más sencilla la idea y posibilitar la recíproca correlación de conceptos: imagínese a alguien que, en la calle, nos tiende su mano con la palma extendida hacia arriba: nadie podrá ignorar que éste es el símbolo universal del pedir. ¿Pero, qué pide? ¿Pan? ¿Dinero?

En razón de que la actitud de pedir no puede ser vista sino con relación al objeto que se pide (no es racionalmente imaginable la situación de pedir nada), es que la acción (el simple hecho de instar) no puede escindirse de la pretensión (la cosa concreta respecto de la cual se insta). Por tanto, y tal como reza la norma comentada, pretensión procesal es la declaración de voluntad hecha en una demanda (plano jurídico) mediante la cual el actor (pretendiente) aspira a que el juez emita -después de un proceso- una sentencia que resuelva efectiva y favorablemente el litigio que le presenta a su conocimiento.

En la formulación del concepto no debe incluirse necesariamente la exigencia de tutela jurídica, pues ello está implícito en la aspiración de resolución del litigio; y tampoco debe afirmarse imprescindiblemente la efectiva vigencia de una norma respecto de dicho litigio, pues el juez ha de decidir incluso en caso de oscuridad o de ausencia de ella, interpretando o integrando al efecto el orden jurídico.

Tanta importancia tiene este concepto en el derecho procesal, que es por esa concreta función que el legislador norma la cadena procedimental. Así es como existe un procedimiento *ordinario* (como plena garantía de total discusión) frente a otro *sumario* (más breve que el anterior, con merma de plazos, medios de confirmación, impugnaciones, etcétera). Similarmente, a partir del concepto de pretensión es que se determina la competencia y el número de grados de conocimiento judicial, etcétera, pues la pretensión es el motivo de la controversia y ésta el tema sobre el cual ha de versar necesariamente la sentencia”.

### **Notas propias sobre el artículo 339**

La importancia de volcar en el Código Modelo una clara idea sobre el concepto de acción, pretensión y demanda procesal radica en que el sistema dispositivo reposa -en su inicio- en los *enunciados de los hechos y las premisas jurídicas invocadas por el accionante*. Si la pretensión es una declaración de voluntad y si con ella se persigue someter la ajena a la propia, la afirmación de la existencia

de un conflicto de relevancia jurídica y la intención que el juez condene al bien de la vida que se persigue no supone que *exista* ese conflicto en el plano de la realidad o que se adeude lo que se pretende. Así que la idea mítica de que el derecho procesal y la misión del juez es ponerse al servicio de la *realización del derecho material* (expresión muy cara al pensamiento publicista) encierra una grave inexactitud. En un proceso de conocimiento no existe *-a priori- derecho material alguno que tutelar*. Que se deduzca una pretensión no supone que ella deba gozar *-sin más-* de su tutela judicial. Todo proceso de conocimiento está envuelto en *incertidumbres* y bien puede ser que el demandado sea quien merezca la tutela del juez si es que su postura absolutoria se encuentra avallada, al final del debate, con suficientes elementos de descargo que lleven al rechazo de lo pretendido.

La tutela del derecho material *-así entendida-* vela tanto por conceder el bien de la vida que persigue el actor en la medida en que los enunciados fácticos y jurídicos y los medios de confirmación generen la convicción racional en el juzgador para acogerla. Pero también se tutela, como se lleva dicho, el derecho material del demandado cuando al no lograr construir por el pretendiente la responsabilidad jurídica que le imputa, lo que se impone es *tutelar el estado de inocencia*.

En un proceso de partes, corresponde a ellas asumir la carga de acreditar los extremos fácticos que hagan a la pretensión o a las defensas esgrimidas y será ese libre juego en grados de paridad procesal a los que deba ceñirse el juez a la hora de decidir.

\*

**Artículo 346. Elementos de toda pretensión.** *Toda pretensión procesal se compone de cinco elementos: 1) sujeto actor; 2) sujeto demandado; 3) objeto pretendido; 4) hecho que causa la pretensión; 5) imputación jurídica que el actor hace al demandado para pretender a base de ese hecho.*

### Notas de AAV sobre el artículo 346

*“Los sujetos de la pretensión.* Sabido es el carácter bipolar de toda pretensión (o relación), que siempre está compuesta de dos sujetos: quien pretende y quien resiste la pretensión. Si se toma como ejemplo de la realidad una relación de crédito, se advertirá que está conformada por un acreedor y un deudor, cada uno de los cuales no puede mantenerse integrando tal relación

sin la presencia contemporánea del otro, toda vez que no es posible concebir racionalmente la figura de un acreedor sin el correlativo deudor y viceversa.

Cabe poner de resalto que, a los efectos de esta nota, no basta la presencia de un sujeto como integrante de la relación, mismo que también es menester determinar en cuál de las dos posibles posiciones se halla ubicado: o es deudor o es acreedor (cosa que habrá de tomarse luego en cuenta, al efectuar la comparación de las diversas relaciones). Además, la referencia a un sujeto cualquiera de la relación no está vinculada exclusivamente con la persona física determinada que inviste ese carácter sino, de modo especial, con la calidad jurídica que ella exhibe. De tal forma, la idea de persona del acreedor, por ejemplo, comprende la de sus sucesores a título singular y universal y, eventualmente, a su sustituto.

De la misma forma, en razón de que cabe atender a la calidad y no a la personalidad del sujeto, siempre que cambie aquélla variará la composición subjetiva de la relación, aunque la persona física mantenga su identidad. Por ejemplo, si en la relación N° 1 el vendedor actúa por sí en tanto que en la relación N° 2 el mismo vendedor no actúa como tal sino en representación de un incapaz, parece obvio que el sujeto es diferente en ambos supuestos. Sobre esta base, ya puede decirse que los sujetos de la pretensión son el actor (pretendiente) y el demandado (aquel respecto de quien se pretende). Por ejemplo, quien se afirma vendedor y aquel de quien éste afirma que es el comprador que no pagó el precio de la cosa adquirida. Por eso la norma comentada enuncia por separado a cada uno de ellos como elemento singular.

*El objeto de la pretensión.* Siempre es único e invariable: se trata de lograr del juez o del árbitro una resolución con contenido favorable a la petición hecha en la demanda (y, eventualmente, la consiguiente y consecuente conducta del demandado). Por ejemplo, la declaración de la existencia real de la compraventa afirmada en la demanda y la condena al comprador a pagar al vendedor el precio adeudado.

*La causa de la pretensión.* Este elemento es el único que presenta una clara variación respecto de las dos ideas que se analizan conjuntamente: pretensión y relación. Se entiende por causa de la relación la concreta interferencia intersubjetiva que la ocasiona.

Esta concepción unitaria debe descomponerse necesariamente en dos subelementos cuando se la analiza respecto de la pretensión procesal: a) el primer

subelemento, está constituido por el hecho invocado en la demanda y al que el actor asigna trascendencia jurídica, razón por la cual se convierte en la base o fuente del derecho pretendido; b) el segundo, es la imputación jurídica que el actor efectúa al demandado con motivo de aquel hecho. Por ejemplo, Juan sufre un daño al ser chocado por un taxi conducido por un dependiente de su propietario. Si pretende lograr la reparación, puede demandar al conductor imputándole culpa en la producción del hecho y al propietario por su simple carácter de tal: un mismo hecho puede producir imputaciones jurídicas diferentes. En este último ejemplo se advierte la importancia de efectuar la descomposición de la causa en dos subelementos: hecho e imputación jurídica, ya que no puede decirse con plena corrección que la causa de la pretensión de Juan contra el conductor es idéntica a la causa de la pretensión del mismo Juan contra el propietario del taxi, toda vez que en caso de tener que responder, ambos lo harán por diferentes calidades jurídicas.

La distinción que propicio conduce a soluciones diversas de las que adopta autorizada doctrina que sostiene que la causa es sólo el hecho y no la imputación jurídica (argumentos de imputación o remisión a normas legales que contemplan distintos supuestos de responsabilidad). La diferencia lucía de inmediato en el anterior régimen jurídico argentino. Así, por ejemplo y bajo la vigencia del art. 1109 del anterior código civil (hoy, actual CCCA, 1749), “si en la pretensión por indemnización de daños y perjuicios se ha invocado la culpa aquiliana) la sentencia que la acoja podrá fundarse en el régimen de la responsabilidad contractual (anterior código de comercio argentino, art. 184, hoy actual CCCA, 1286) porque, en tal hipótesis, la causa de la pretensión está representada por el hecho dañoso y no por la calificación jurídica dada por el actor”.

No comparto esta interpretación que conduce directamente a la violación de la regla procesal de congruencia y, además, a la merma del derecho de defensa de por lo menos una de las partes en litigio. Para aceptar esta afirmación, adviértase que la posibilidad defensiva del demandado cambia fundamentalmente de acuerdo con las diferentes imputaciones que puede hacer el actor en su demanda: quien sufre un daño en ocasión de ser transportado por un conductor que actúa con negligencia culpable, puede pretender el resarcimiento por dos vías diferentes: la primera, imputando culpa al conductor (anterior código civil, art. 1109); la segunda, sin llegar a ese extremo, alegando simplemente el incumplimiento del contrato de transporte (anterior código de comercio, art. 184). Las defensas argüírlas en uno y otro caso eran diferentes:

por ejemplo, el régimen de la prescripción liberatoria en el primer caso era de dos años, en tanto que era de uno en el segundo. Además, en el primero incumbía al actor acreditar la culpa del demandado (caso contrario, perdía el pleito) mientras que en el segundo debía acreditar sólo la existencia del transporte contratado, corriendo por cuenta del demandado afirmar y confirmar la culpa de la víctima o de un tercero. En estos supuestos, además, existen aún hoy códigos que regulan diferentes competencias materiales para las pretensiones con base contractual y extracontractual, lo que ahonda aún más la diferencia que respecto de la causa existe entre hecho e imputación jurídica.

Véanse ahora las consecuencias prácticas de la interpretación criticada. Para hacer más sencillo el ejemplo, invierto deliberadamente el supuesto de la cita de marras: si la víctima del daño demanda antes de cumplirse los dos años del hecho (con exclusiva imputación en el incumplimiento del contrato de transporte) y éste opone la única defensa de prescripción posible (un año), no creo que el juez pueda obviar el litigio operado arguyendo en su sentencia que al importar sólo el hecho dañoso y no la imputación efectuada a base de él, debe aplicarse una prescripción mayor (la de dos años) pues, no obstante la imputación de incumplimiento contractual, existió en la especie culpa del conductor (no invocada como fundamento de la pretensión) que permite al actor demandar útilmente dentro de los dos años de acaecido el hecho. Al día de hoy siguen siendo diferentes los plazos prescripcionales. El ejemplo puede multiplicarse: un accidente de trabajo permite varias posibilidades de imputación, al igual que una letra de cambio entregada como contraprestación de una compraventa, etcétera. De ahí la importancia que asigno a no confundir dos cosas que son claramente diferentes. Y esta distinción es la que permite realizar en el código una adecuada conceptualización de las distintas categorías lógicas que pueden resultar de esa comparación a fin de asignar efectos diferentes a los diversos casos.

Sin perjuicio de lo expuesto. y a base de ello, puede determinarse ya claramente cuáles son las diferencias entre acción y pretensión mediante la simple comparación paralela de las respuestas que a su respecto corresponden a las preguntas entre quiénes, por qué y para qué se presentan”.

### **Notas propias sobre el artículo 346**

En la pretensión se exponen las premisas fácticas y jurídicas que seleccionó el actor para sostener su hipótesis y la búsqueda de una sentencia favorable

por parte de la jurisdicción. El modelo dispositivo adversarial pone la nota en que la parte actora es soberana en el modo de presentar la *quæstio facti* y la *quæstio iuris*.

En correspondencia, la visión sobre las facultades del juez, tanto a la hora de fijar los hechos como de declararlos probados, debe quedar sujeta a patrones racionales que justifiquen su razonamiento jurídico y probatorio. Y este deber se extiende a la escogencia de las normas jurídicas graficada en la máxima *iura novit curiæ* (el juez conoce el derecho). Pero esto no supone que el juzgador puede subrogar la calificación jurídica que formulan las partes si con ello provoca una *alteración en la imputación legal* y viola el *principio de congruencia*, ya que la calificación legal se presenta inescindiblemente unida con los enunciados fácticos propuestos.

\*

**Artículo 355. Concepto de acción procesal.** *Denomínase acción procesal a la instancia incoada ante un juez que, exteriorizada en una demanda, contiene una pretensión susceptible de ser satisfecha sólo por una tercera persona que debe ser oída en forma previa a la emisión de la respectiva sentencia por ser quien sufrirá eventualmente los efectos de lo que se decida al respecto. El objeto de la acción es obtener la tramitación de un proceso regular en las condiciones previstas en este código y se ejerce con cada actividad que se realiza para instar.*

### Notas de AAV sobre el artículo 355

“El proceso es un método de *debate y dialéctico* y parece obvio señalar aquí que constituye un *medio* para que se desarrolle un *diálogo argumentativo* entre las partes *actora y demandada* o *acusadora y acusada*, durante cuyo desarrollo uno afirma (*tesis*) y el otro niega (*antítesis*) para que el tercero que lo dirige pueda hacer oportunamente la síntesis final (*sentencia*). Como hace a la idea lógica de proceso el que las partes se hallen en pie de perfecta igualdad -pues a sus efectos no basta la afirmación del pretendiente ni puede influir para nada su posición social, política, cultural, etcétera- es menester que todo lo que una parte afirme o pruebe respecto de la otra sea conocido por ésta a fin de poder controvertir la afirmación o prueba (por eso es *diálogo* y no *monólogo*).

Este derecho es tan elemental (sin su existencia no habría proceso) e importante, que se halla expresa o implícitamente establecido en todas las constituciones antiguas y modernas que, en términos más o menos similares, garantizan la *inviolabilidad de la defensa en juicio*. Desde siempre, los publicistas del proceso han interpretado las cláusulas que instrumentan tal garantía desde la óptica del demandado y, muy especialmente, de la del reo penal, olvidando que el derecho de defensa en juicio cubre también por *igual* al actor o al acusador.

Al definir a la acción procesal cual lo hace este código -partiendo desde la actividad que se cumple en el plano jurídico- como una particular instancia que es *necesariamente bilateral*, ocurre que el concepto sirve por igual para las dos partes contendientes en un proceso: *ambas instan bilateralmente*, de modo que la afirmación del actor, por ejemplo, debe ser conocida por el demandado a efecto de que pueda controvertirla, al igual que la eventual afirmación del demandado (ya se verá que esto es en esencia su actividad de *excepcionar*) debe ser conocida por el actor a fin de que pueda discutirla, etcétera.

Esto no ocurre, por ejemplo, en el Paraguay, donde el actor no tiene oportunidad procesal de contestar las excepciones perentorias del demandado. De esta situación, producto de la falta de comprensión del fenómeno procesal antes que del capricho judicial, resulta una triste parodia de proceso en la cual no puede saberse jamás quién ha de probar ni qué debe ser probado y, así, se dilatan indebidamente los pleitos y se consagran verdaderas injusticias. De allí que ambas actividades -la del actor y la del demandado- se diferencien sólo por el tiempo *sucesivo* en el cual se realizan: una es necesariamente anterior a la otra. Por eso es que, reflejando esa circunstancia, la más moderna concepción del tema lo menciona utilizando los vocablos *acción* y *reacción* (en idioma castellano significa “acción que resiste o se opone a otra acción, obrando en sentido contrario a ella”).

Pero la definición castiza no revela de modo exacto lo que técnicamente ocurre en el plano procesal, ya que por razones obvias el demandado no está obligado *siempre* a contradecir: ya se verá en el texto legal cuáles son las posibles actitudes que puede adoptar una vez incoado el proceso.

Para lograr coherencia sistémica en todo lo que aquí diga respecto del *proceso*, y habida cuenta de que es el *objeto* de la *acción procesal*, parece claro que toda explicación debe comenzar a partir de su completa tipificación. Con ello, asumo una posición filosófica que coloca a la libertad personal por encima de todo otro valor y, consiguientemente, considera que el Estado se halla al

servicio del individuo y no a la inversa, cual lo ha imaginado el mundo totalitario que inicia toda explicación magnificando el concepto de jurisdicción en detrimento del de acción.

Ya se dijo en la nota anterior que la palabra *acción* es uno de los vocablos que mayor número de acepciones tiene en el campo del Derecho. Dentro de esta materia el problema se agrava: en la historia del proceso, la voz *acción* se ha entendido como *actividad* y como sinónimo de *pretensión* y de *derecho*, lo cual ha generado una notable confusión que persiste hasta el día de hoy.

Para evitar ello y precisar adecuadamente los conceptos, atendiendo a que todo lenguaje es puramente convencional (y, por tanto, que la convención debe ser clara e inequívoca respecto del contenido que se asigna a un vocablo cualquiera) es que este ha adoptado en un método no habitual para explicar el fenómeno del proceso y que consiste en observar con atención la actividad material (y, llegado el caso, la intelectual) que se cumple en el terreno de la realidad social: se trata de estudiar qué hace un individuo en conflicto para solucionarlo dentro de una sociedad civilizada. De tal modo -y por ahora- se prescinde por completo de toda noción inherente a la normativa vigente.

Abundando en esta idea y a riesgo de ser reiterativo, no elaboro un concepto *a partir de la ley* sino que lo hago colocándome en la hipótesis de su *total inexistencia*: sólo así se puede advertir la notable trascendencia del principio extrajurídico de la *alternatividad*, del cual surge la propia posibilidad normativa y la forma concreta de legislar acerca de un fenómeno de la realidad en orden a las diferentes opciones que brindan las filosofías políticas antagónicas que lo contemplan (por ejemplo, la tierra puede ser de propiedad privada en un régimen”).

### **Notas propias sobre el artículo 355**

De la extensa nota de AAV sobre el concepto de acción rescatamos un párrafo para sumarnos a sus fructíferas ideas: “asumo una posición filosófica que coloca a *la libertad personal* por encima de todo otro valor y, consiguientemente, considero que el Estado se halla al servicio del individuo y no a la inversa, cual lo ha imaginado el mundo totalitario que inicia toda explicación magnificando el concepto de jurisdicción en detrimento del de acción”.

Y la libertad del individuo y que la jurisdicción fuere puesta a su servicio son opciones de *política procesal* que se incorporaron como figuras centrales en el Código Modelo. De allí que se privilegie el *ejercicio del derecho de acción*;

que se subraye su rango *constitucional*; la condición de *autónoma* y *abstracta* con relación al derecho material invocado y el fijar de un modo preciso qué -en principio- solo se carecerá del “derecho de pedir” cuando la norma procesal establezca esa carencia de un modo expreso y restrictivo.

El derecho a la tutela judicial efectiva para el actor queda potenciado en el sistema dispositivo en la medida en que el Estado garantice el amplio ejercicio del mentado derecho de acción que posibilita un libre acceso a la jurisdicción.

\*

**Artículo 356. Requisitos para el ejercicio válido de la acción procesal.** *Son las condiciones actuales o coincidentes con el momento del ejercicio de la acción por parte del actor y que el juez debe valorar en su eficacia a fin de conceder o no su objeto: admitir la formación de un proceso. Siempre muestran carácter extrínseco y son: 1) que el Estado permita que el interesado accione en orden a la pretensión que intenta demandar; ello no ocurre cuando: 1.1) el Estado prohíbe accionar; 1.2) resulta manifiesta la carencia total de contenido jurídico de la pretensión; 1.3) no surge evidentemente de la pretensión que ella se vincula con un supuesto efectivo de colisión de intereses, por lo cual no existe litigio susceptible de ser resuelto; 1.4) el caso no es justiciable y, como tal, no puede sujetarse al conocimiento de los jueces; 2) que hallándose permitido el accionar, la presentación de la instancia a la autoridad no esté sujeta por la ley a un plazo de caducidad ya cumplido (caducidad del derecho de accionar); 3) que quien insta sea jurídicamente capaz para hacerlo (capacidad jurídica del actor); 4) que la autoridad que recibe la instancia ostente la investidura necesaria para poder originar un proceso (adecuada investidura de la autoridad). La vigencia conjunta de todos estos requisitos debe ser controlada de oficio por el juez en el inicio mismo del instar Si advierte que ello no se presenta en cada caso concreto, el juez no debe admitir la acción y, consecuentemente, ordenar su inmediato archivo. Si no obstante ello, la admite indebidamente y genera la formación de un proceso que será siempre inexistente como tal, puede hacer lo propio en cualquier grado y estado del trámite.*

### Notas de AAV sobre el artículo 356

“Desde la óptica de la pura actividad se muestra un concepto inequívoco de la *acción procesal*: es la única instancia necesariamente bilateral. Y así está todo dicho, pues con tal conceptualización se muestra el fenómeno de un modo inconfundible por ser irrepetible en el mundo jurídico.

Frente a ello, la doctrina procesal que analiza el problema con un método diferente -definir a partir de la ley y no desde la propia realidad- ha producido durante el curso de un siglo las más variadas explicaciones que, por la notable disimilitud de la óptica de los autores, no ha logrado hasta hoy un resultado auténticamente positivo. Tanto es así, que hay quienes han preferido abandonar el concepto de acción por estimar -erróneamente- que resulta por completo inútil e intrascendente para tipificar la idea del proceso y, por ello, lo han sustituido por el de *pretensión*.

Toda esta inmensa tarea de construcción doctrinal ha sido posible porque el tema en estudio no es baladí ni un mero capricho académico: se trata, nada menos, que de conocer cabalmente cuál es la esencia de la acción procesal como instancia que origina un proceso. Y la respuesta que se dé a este interrogante servirá para constituir la base misma del sistema de procesamiento que se adopte legislativamente: y se verán luego los antagonismos que surgen de filosofías políticas que muestran diferentes enfoques del Estado frente al individuo y viceversa en la eterna lucha entre la libertad y el autoritarismo.

Reitero la importancia del tema: por ser el de la acción un concepto *elemental* (que no significa *fácil* o *sencillo*, sino que, como tal, no admite ser dividido en partículas menores) y no es susceptible de *clasificación* alguna. Y considerada jurídicamente la acción como un derecho autónomo de todo otro derecho, en una sociedad que *garantiza* su ejercicio en carácter de contrapartida de la prohibición de ejercer violencia por mano propia, resta ver quién, ante quién, por qué y para qué se insta por esta vía. a) Los *sujetos* (quién y ante quién) de la instancia son todas las personas jurídicamente capaces que deseen instar y la autoridad que la recibe: en el ordenamiento constitucional argentino, sólo un juez perteneciente al Poder Judicial, un árbitro cuando se permite su actuación, y la Cámara de Senadores en el exclusivo caso del *juicio político* que puede instar la Cámara de Diputados.

De modo similar operan también los *Juries* o Jurados de Enjuiciamiento para magistrados. b) la *causa* (por qué) del ejercicio de la acción es el mantenimiento de la

paz social mediante la erradicación de la fuerza ilegítima de la sociedad; c) el *objeto* (para qué) del ejercicio de la acción es lograr la apertura y posterior desarrollo de un proceso que, eventualmente derivará hacia su propio objeto: la sentencia.

Para que el ejercicio de la acción pueda lograr su objeto de obtener el desarrollo de un proceso que sea tal, debe efectuarse a base de una pretensión susceptible de ser procesada y sometida luego a la decisión de un tercero (juez o árbitro).

En general, queda comprendida en este concepto la absoluta mayoría de pretensiones que es factible de imaginar. Pero existen otras respecto de las cuales la ley no autoriza instancia alguna: ello ocurre esporádicamente cuando se presenta una colisión de distintos intereses jurídicos por cuya virtud el legislador debe privilegiar a uno en detrimento y sacrificio del otro.

Un ejemplo ayudará a comprender la idea: el primitivo código civil argentino establecía en su Artículo 326 que “la indagación de la maternidad no tendrá lugar cuando sea con objeto de atribuir el hijo a una mujer casada”. Adviértase bien que la prohibición era de *indagar* la maternidad; por tanto, ella no alcanzaba sólo al juzgamiento sino, mucho más allá, a la investigación misma mediante el proceso. En otras palabras y reiterando: *no es que se prohibía sentenciar; se prohibía procesar*. En este ejemplo se sacrifica la posibilidad que tiene todo hijo de obtener la filiación materna en aras de no causar escándalo familiar y social cuando tal filiación se atribuye a una mujer casada. Por eso es que se prohíbe *accionar*, toda vez que la promoción de la respectiva instancia originará un proceso en el cual se presentará seguramente el escándalo que desea evitarse.

Cuando se incoa una demanda en tales condiciones, el juez actuante debe negar liminarmente la posibilidad misma de accionar; por tanto, y obviando la formación del proceso, habrá de ordenar el inmediato archivo de la respectiva demanda. Como resultado de lo cual se observa que la “acción” no es tal, por no poder lograr de modo alguno la obtención de su objeto”.

### **Sobre el inciso 1.2. Caso de contenido no jurídico**

“Cuando se base exclusivamente en un interés moral, religioso, social, no protegido por el derecho”.

### **Sobre el inciso 1.3. Caso de inexistencia de colisión de intereses**

Es lo que se denomina *caso abstracto*”.

### Sobre el inciso 1.4. Caso de naturaleza política

“Por vincularse con una cuestión de naturaleza política y no jurídica: ciertos *actos de gobierno* que sólo están sujetos a responsabilidad política y que, por tanto, escapan a todo control judicial (por ejemplo, declaración de estado de sitio, intervención federal a una provincia, declaración de guerra, fijación del valor de la moneda, etcétera) (*caso no justiciable*)”.

### Sobre el inciso 2. Inexistencia de caducidad

“Se ha visto en la propia norma que en algunas ocasiones y por virtud de ciertas conveniencias sociales, el Estado no permite instar, negando terminantemente el derecho de accionar.

En otras, en cambio, autoriza el ejercicio de la instancia, pero lo sujeta a un plazo breve a cuyo simple vencimiento la acción deja de ser admisible por haberse operado su *caducidad*. Esta palabra es una más de las muchas que se usan de modo equívoco en el lenguaje jurídico: técnicamente significa *pérdida del derecho por el simple transcurso del tiempo sin ejercerlo*. Pero contenido similar ostenta la *voz prescripción* (liberatoria): como ello puede originar seria confusión respecto de lo aquí expuesto, creo conveniente detenerme para distinguir entre *prescripción* y *caducidad*, pues ambos vocablos indican la misma idea de fenecimiento o perecimiento.

El código civil argentino refiere de modo expreso a *la prescripción de las acciones*, estableciendo al efecto el plazo correspondiente a cada una de ellas (repárese en que la terminología usada por dicho código es anterior al descubrimiento de la autonomía del derecho de acción; por ello, el codificador es congruente con su época: ve en la acción sólo un elemento del derecho material violado) cuando, en rigor de verdad, *lo que prescribe es el derecho*. Del mismo modo, la ley refiere a *la caducidad de los derechos* cuando lo que *caduca es la acción*.

Esas afirmaciones son fácilmente compatibles si se tiene presente que la prescripción no opera de modo automático: antes bien, requiere de *alegación expresa y tempestiva* del propio interesado. Además, el propio código citado prohíbe terminantemente que el juez actuante en un proceso declare de oficio una prescripción evidentemente cumplida. Surge de esto que una “acción” (en rigor, un derecho) prescrita puede ser intentada en la realidad jurídica; que como el juez nada puede decir *ex officio* al respecto, debe originar un proceso; surge también que si el demandado no opone en tiempo útil la excepción de

prescripción el juez debe sentenciar acogiendo la pretensión, si ella se acreditó de acuerdo con las reglas respectivas. ¿Puede decirse que *perció el derecho de acción*? Si así es, ¿qué fue entonces lo que ocurrió durante todo el proceso? ¿Una simple ficción? A la inversa: supóngase que incoada una “acción” prescrita el demandado opone tempestivamente la correspondiente excepción, que el juez acoge en su sentencia: ¿hubo real y efectiva actividad del actor (acción)?

Como la respuesta afirmativa es obvia, habrá que concluir que, al ser rechazada la pretensión en la sentencia, el fundamento de ello radica en que ha fenecido el derecho (no la acción), que es lo que se niega al actor luego de toda la actividad dé procesar. Esta es la razón por la cual empleo la voz *caducidad* (y no *prescripción*) para denominar a este requisito, es que ciertos supuestos específicamente detallados en la ley niegan no el derecho sino la posibilidad misma de accionar por el solo transcurso del tiempo.

Otros ejemplos de esto se encontraban en los arts. 254 (“Toda reclamación del marido contra la legitimidad del hijo concebido por su mujer durante el matrimonio, deberá hacerse dentro de sesenta días contados desde que tuvo conocimiento del parto”) 258 del anterior código civil argentino “El marido puede impugnar la paternidad de los hijos nacidos durante el matrimonio o dentro de los trescientos días siguientes a su disolución o anulación, alegando que él no puede ser el padre o que la paternidad presumida por la ley no debe ser razonablemente mantenida en razón de pruebas que la contradicen. Para acreditar esta circunstancia podrá valerse de todo medio de prueba, pero no será suficiente la sola declaración de la madre. Aun antes del nacimiento del hijo, el marido o sus herederos podrán impugnar preventivamente la paternidad del hijo por nacer. En tal caso, la inscripción del nacimiento posterior no hará presumir la paternidad del marido de la madre sino en caso de que la acción fuere rechazada. En todos los casos del presente Artículo, para la admisión de la demanda se deberá acreditar previamente la verosimilitud de los hechos en que se funda” (hoy actual CCCA, 589).

Los ejemplos se multiplican en las diversas legislaciones. Al igual que en el tema anterior, se trata aquí de privilegiar un derecho (en el caso, el de la legitimidad del hijo) con sacrificio de otro (el del padre que desconoce el carácter matrimonial del hijo): pero aquí no se niega el derecho de acción (el caso no es tan grave como el contemplado en el art. 326 *supra* citado) sino que se lo limita temporalmente (vencido el plazo legal se pierde el derecho de accionar). El requisito de marras, entonces, indica que la acción -para obtener del juez

un proceso- no debe haber caducado por el simple transcurso del tiempo (en los casos en los cuales la ley condiciona su ejercicio). Puede ocurrir que el juez actuante no advierta oportunamente la caducidad del derecho de acción: podrá declararlo así en cualquier momento. Más aún: si nadie advierte dicha caducidad y se origina el proceso, el demandado podrá alegar en todo tiempo la excepción de *caducidad de la acción*.

En suma: con este presupuesto se intenta analizar si existe o no derecho de accionar en ciertos y determinados casos especificados en la ley; cuando ella no autoriza esta instancia en función de la pretensión que la acompaña, técnicamente *no hay posibilidad de accionar*: Por tanto, mediante su ejercicio *no habrá proceso*. Cuando este requisito no se presenta, el juez debe denegar liminarmente la tramitación de la demanda. De no hacerlo así, procede la *excepción de caducidad de la acción*”.

### **Sobre el inciso 3. Capacidad para accionar**

“Se dice habitualmente que el problema de la *capacidad* no es particular de una rama del derecho y que pertenece a la teoría general de la ciencia jurídica. Si bien tal afirmación parece inicialmente exacta, deja de serlo a poco que se advierta que la genérica capacidad civil se halla notoriamente *aumentada* en el campo del proceso, toda vez que en él pueden actuar como *partes* todos los *incapaces civiles* e, inclusive, *entes que no son personas*.

Para mejor comprender esta idea, debe tenerse presente que pueden ser partes procesales *todas las personas* (gente o ente) en tanto sean susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones. Surge de ello que, aunque conforme con la ley civil carezcan de absoluta capacidad civil las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, pueden ser *partes del proceso* (aunque, claro está, deban actuar por medio de sus representantes legales) y, por tanto, accionar.

Algo similar ocurre con las *simples asociaciones civiles o religiosas* (que no tienen existencia legal como personas jurídicas, por carecer de autorización de la ley o del gobierno) y con ciertos *patrimonios autónomos* que, sin ser personas ni constituir simples asociaciones civiles (no son sujetos de derecho en el campo del derecho sustancial), son considerados como entes unitarios a efectos de poder participar en un proceso (la masa del concurso, que actúa en juicio por medio del síndico; la herencia vacante, que lo hace por medio del curador; los

comités de beneficencia o promotores de obras públicas, monumentos, muestras, exposiciones, festejos, etcétera). De acuerdo con esta explicación, parece obvio que el presupuesto juega negativamente, pues sólo los muertos (personas físicas fallecidas y personas jurídicas extinguidas) carecen de esta capacidad.

El problema resulta claro cuando se trata de persona jurídica extinguida: no puede accionar y la persona física que eventualmente intente hacerlo logrará abrir el proceso sólo en su propio nombre. Pero parece absurdo imaginar igual hipótesis respecto de persona física: nadie piensa en un muerto iniciando el proceso. Sin embargo, debe tenerse presente que *acción es actividad* y que ella no se concreta a la iniciación del proceso, sino que se despliega durante todo su curso, tanto por el actor como por el demandado. De ahí que sea factible imaginar a una parte que fallece durante el curso del proceso: a partir de ese momento el proceso dejará de ser tal a menos que se instrumente el medio adecuado para integrarlo (por ejemplo, con los sucesores universales).

La ausencia del presupuesto de marras se pone siempre de manifiesto mediante la excepción de *falta de capacidad jurídica*, proponible -como todas las relativas a la acción- en cualquier momento y susceptible de ser invocada oficiosamente por el juez”.

#### **Sobre el inciso 4. La investidura de la autoridad**

“El último presupuesto de la acción exige que la persona que recibe el instar deba tener una calidad funcional suficiente para poder generar un proceso. Caso contrario, quien insta obtendrá la promoción de un simple procedimiento que no logrará adquirir la jerarquía (y los efectos) del proceso.

En nuestro derecho poseen esa investidura: *todos los jueces* que integran el Poder Judicial, los *árbitros* designados en cláusula compromisoria o en compromiso arbitral y el *Senado de la Nación* en el exclusivo caso de *juicio político* previsto por la Constitución para ciertos funcionarios. Equiparados a este último se hallan los *Jurados (o Juries) de enjuiciamiento* a magistrados judiciales, que han venido a suplantarse al juicio político en algunas constituciones.

En un sistema jurídico de cogobierno, con absoluta separación de funciones y recíproco intercontrol de poderes, resulta inaceptable la ampliación de esta nómina. En este sentido, es lapidaria y definitiva la terminante prohibición contenida en el art. 109 de la Constitución Nacional. Obviamente, la prohibición alcanza a todos los funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo: por

eso es que ni racional ni constitucionalmente se concibe la idea de un “proceso” *administrativo* (volveré luego sobre el tema).

Así presentado, este presupuesto configura una condición de tipo académico, pues no puede dejar de ser cumplida toda vez que se presente una demanda en sede judicial o arbitral. Sin embargo, tiene capital importancia porque opera negativamente: no importa ejercicio de la acción procesal -y, de consiguiente, no genera un proceso- lo que sirve para instar ante un órgano de la Administración. De tal forma, lo allí actuado será petición, recertamiento, queja o denuncia, pero no acción procesal. Por lo cual, al no haber proceso, no se lograrán los efectos que le son propios: por ejemplo, el fenómeno del caso juzgado”.

### **Notas de propias sobre el artículo 356**

La rica glosa del artículo 356 y sus distintos incisos realizada por AAV nos exime de abundar sobre la noción de la acción procesal y los puntuales y excepcionales supuestos en los cuales se impide ejercerla. Si la jurisdicción estatal se ha reservado el monopolio de tramitar y resolver los conflictos no penales corresponde que, frente al derecho *de pedir*, éste sea la regla y las excepciones deban restringirse a los supuestos taxativos enunciados en la norma.

La acción y sus notas de *autonomía* y *abstracción* con relación al derecho material invocado permiten elevar al plano jurídico procesal la existencia de un litigio con la posibilidad que éste se presente en el plano de la realidad social o que nunca se hubiere producido.

Sostenía EDUARDO COUTURE que el derecho de accionar se le concede a los que tienen la creencia de que les asiste la razón jurídica, pero también se les otorga a quienes litigan de mala fe, con la certeza de que su pretensión es infundada. Es el razonable precio a pagar para franquear la entrada de los justiciables a la jurisdicción del Estado y resolver de un modo pacífico los conflictos de relevancia jurídica.

En suma, resulta la consecuencia directa de replicar una de sus notas esenciales: su *abstracción* respecto del derecho material que se debate. De allí que se insista en que el juez no ha sido colocado para realizar el derecho material que se invoca y sí para tutelar a quien salga airoso de la contienda y asuma esa condición, bien por haber acreditado a lo largo del proceso que le asistía este derecho o la de rechazar la pretensión si la hipótesis del actor no quedó confirmada durante el debate”.

\*

**Artículo 357. Concepto de demanda.** *Denomínase demanda el documento escrito que exterioriza el ejercicio de la acción procesal y que contiene una o más pretensiones a satisfacer por una tercera persona, cuya presentación a la autoridad (juez o árbitro) tiene como objeto lograr de ésta la iniciación de un proceso.*

### **Notas de AAV sobre el artículo 357**

“*El concepto de demanda.* En la tarea de demarcar estricta y convenientemente el contenido técnico que asigno a cada vocablo usado de modo habitual en el polivalente lenguaje procesal, entiendo por *demanda* el documento cuya presentación a la autoridad (juez o árbitro) tiene como objeto lograr de ésta la iniciación de un procedimiento para sustanciar en él tantos procesos como pretensiones tenga el demandante para ser satisfechas por persona distinta a dicha autoridad. Así, se trata de la materialización del ejercicio de la instancia conocida como *acción procesal* y que, dándose necesariamente con una pretensión aneja, tiene por objeto lograr la formación de un proceso.

Una vez más junto de modo inseparable a tres conceptos: *acción* (su objeto es formar un proceso), *demanda* (su objeto es iniciar un procedimiento) y *pretensión* (su objeto es lograr la emisión de una sentencia favorable), que se exhiben correlativos por apoyarse recíprocamente para explicar el fenómeno procesal. De tal modo, se advertirá que no concibo racionalmente una demanda que no contenga por lo menos una pretensión a satisfacer por un tercer sujeto (distinto del demandante y de la autoridad). De ahí que, a mi juicio, no resulta conveniente extender indebidamente el uso del vocablo para designar la actividad que materializa una cualesquiera de las demás instancias (petición, reassertamiento, queja y denuncia) que podrán exteriorizarse mediante actos que reciban igual denominación o por medio de notas, presentaciones, reclamos, etcétera, pero no por *demandas*. Así concebida, la demanda es siempre el acto que provocará la iniciación de un procedimiento necesario para sustanciar un proceso *principal, incidental o accidental*”.

### **Notas propias sobre el artículo 357**

La comprensión y la diferencia conceptual entre el derecho de acción y el acto

jurídico que la encierra: la pretensión procesal y su documentación externa, por medio de la demanda, son definiciones teóricas que impactan positivamente a la hora de garantizar al actor la libre exposición de sus enunciados fácticos y el encuadre en las premisas jurídicas de las que se sirve.

En el contexto de un sistema dispositivo adversarial, en donde las partes construyen sus respectivas “teorías del caso”, el legislador debe brindar todas las herramientas para permitirles desenvolverse con libertad procesal.

En el título siguiente advertiremos cómo la libertad que se le concede al accionante se replica de un modo paralelo e igualitario para el accionado. Sólo si las partes actúan en un plano de perfecta igualdad jurídica las normas procesales darán cuerpo a los principios sobre los que se edifica el debido proceso.

\*

**Artículo 364. Ejercicio del derecho de defensa en juicio por el demandado.** *El derecho de defensa en juicio lo ejerce el demandado en plenitud al ejecutar una cualquiera de las actividades que, en su posible reacción, se regulan en el artículo siguiente.*

#### **Notas de AAV sobre el artículo 364**

Advertencia al lector: el tema fue abordado por AAV en la nota al artículo. Por tanto, por economía procesal le sugerimos su lectura en ese tramo, aquí se agregan algunos de sus comentarios adicionales

“Siendo el proceso un método de *debate y dialéctico*, ya parece obvio señalar aquí que constituye un *medio* para que se desarrolle un *diálogo argumentativo* entre las partes *actora y demandada*, durante cuyo desarrollo uno afirma (*tesis*) y el otro niega (*antítesis*) para que el tercero que lo dirige pueda hacer oportunamente la síntesis final (*sentencia*).

Como hace a la idea lógica de proceso el que las partes se hallen en pie de perfecta igualdad -pues a sus efectos no basta la afirmación del pretendiente ni puede influir para nada su posición social, política, cultural, etcétera- es menester que todo lo que una parte afirme o pruebe respecto de la otra sea conocido por ésta a fin de poder controvertir la afirmación o prueba (por eso es diálogo y no monólogo).

Al definir a la acción procesal (partiendo desde la actividad que se cumple en el plano jurídico) como una particular instancia que es *necesariamente bilateral*, ocurre que el concepto sirve por igual para las dos partes contendientes en un proceso: *ambas instan bilateralmente*, de modo que la afirmación del actor, por ejemplo, debe ser conocida por el demandado a efecto de que pueda controvertirla, al igual que la eventual afirmación del demandado (ya se verá que esto es en esencia su actividad de *excepcionar*) debe ser conocida por el actor a fin de que pueda discutirla, etcétera. De allí que ambas actividades -la del actor y la del demandado- se diferencien sólo por el tiempo *sucesivo* en el cual se realizan: una es necesariamente anterior a la otra. Por eso es que, reflejando esa circunstancia, la más moderna concepción del tema lo menciona utilizando los vocablos *acción* y *reacción* (en idioma castellano significa “acción que resiste o se opone a otra acción, obrando en sentido contrario a ella”).

#### **Notas propias sobre el artículo 364**

El pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio no supone una expresión retórica y sí una garantía que se consagra de modo expreso. Como se verá en las normas siguientes, el articulado le facilita al demandado el despliegue de su discurso defensivo. Así, goza de una secuencia lógica para comparecer, cuestionar la validez de la relación procesal y desplegar las defensas que atacan a las premisas fácticas y jurídicas esgrimidas por el actor al deducir su pretensión.

Luego de trabada la litis, si hay hechos contradichos o de demostración necesaria, cabe proceder a la apertura de la causa prueba.

La idea de la tutela concedida para ambas partes se pone de manifiesto ya que la carga del ofrecimiento de los medios confirmatorios y su producción queda *diferida a esa instancia*, aliviando de este modo la situación procesal de las dos partes y enriqueciendo la información probatoria incorporada al interior del debate.

\*

**Artículo 365. Reacción del demandado.** *En su reacción procesal, el demandado puede adoptar las actitudes de: 1) abstención; 2) sumisión; 3) oposición; 4) reconvencción.*

### Notas de AAV sobre el artículo 365

“*La reacción del demandado civil.* En nota anterior expliqué que el proceso comienza con una fase de necesaria *afirmación*: exteriorizando el ejercicio de la *acción*, el actor presenta ante la autoridad (juez o árbitro) una *demanda* conteniendo una *pretensión* respecto del demandado.

La fase siguiente está concebida como de *eventual negación* y, como tal, es apta para que el demandado *resista* dicha pretensión, oponiéndose a ella. Destaco que la fase es de carácter *eventual* pues, al momento de poder hacerlo, es factible que el demandado no oponga resistencia, sino que, por lo contrario, acepte someterse a la voluntad del actor.

Del mismo modo, puede suceder que el demandado se desinterese por completo del debate, aun sabiendo que corre el riesgo de ser condenado en la sentencia.

Por último, es factible de acaecer que el demandado utilice el mismo procedimiento ya incoado por el actor para hacer valer en él una propia pretensión (*reconvencción*). Resulta así que, siempre desde la óptica de la actividad (o inactividad) que se cumple en el proceso, el demandado puede adoptar alguna de cuatro posibles actitudes: de *abstención*, de *sumisión*, de *oposición* y de *reconvencción*”.

### Notas propias sobre el artículo 365

En sus cuatro incisos, la norma despliega las posibles posturas que puede asumir el demandado convocado a comparecer y defenderse en un proceso. El abanico va desde la *abstención*, que supone desinterés en presentarse al litigio, hasta la *reconvencción* que implica la deducción de una pretensión propia encaminada contra el originario actor. Al dibujar la variedad de esas conductas se refleja docentemente la diferencia entre las excepciones que atacan la *validez de la relación procesal* de aquellas que buscan impugnar el *derecho material que el actor se auto atribuye en el litigio*.

\*

**Artículo 376. Concepto de excepción.** *Esta actitud de oposición tiene lugar cuando el demandado, resistiendo el cumplimiento de la prestación pretendida por el actor, acepta los hechos alegados por él pero afirma respecto de ellos otro hecho que los extingue, modifica, invalida, impide o posterga el juzgamiento.*

### Notas de AAV sobre el artículo 376

“*La excepción del demandado*. Esta actitud de la oposición tiene lugar cuando el demandado, mostrando al igual que antes una resistencia a acatar la pretensión del actor, afirma en su contestación la existencia de un hecho de carácter *extintivo* o *invalidativo* respecto del hecho constitutivo afirmado por el actor en su demanda o *impeditivo* de la formación o continuación de la serie procesal.

Esta conceptualización halla su base, como el resto de la explicación dada en esta obra, en la actividad que realmente cumple el demandado en el proceso.

Doctrinalmente, se ha dado al vocablo *excepción* un significado aun mayor, al designar con él al *derecho de contradecir del demandado*, hablándose así de *acción* y *excepción* como formas específicas del derecho de petición a la autoridad que está consagrado en todas las constituciones modernas. En otras palabras, se le da al término *excepción* el significado de *derecho de réplica* al contenido de la acción.

Desde la óptica jurídica -y no de la actividad cumplida- la doctrina autoral clasifica a las excepciones desde diversos ángulos diferentes: 1) según su origen, en *materiales* (tienen su origen en la legislación de fondo) y *procesales* (lo hallan en la propia legislación procesal); 2) según sus efectos, en *perentorias* (o perpetuas): constituyen defensas contra el derecho alegado por el actor, *dilatorias* (o temporales): son defensas que versan sobre el proceso y no sobre el derecho que fundamenta la pretensión y *mixtas*: son aquellas que operan procedimentalmente en modo similar a las dilatorias pero que provocan, en caso de ser acogidas, los efectos propios de las perentorias.

A su turno, las dilatorias (y, a veces, las mixtas) se relacionan con lo que la doctrina denomina *impedimentos procesales* o *cuestiones de procedibilidad*, a su vez íntimamente emparentadas con los *presupuestos procesales*. Otra vez se ve aquí la existencia de una anarquía terminológica que necesariamente conduce a un caos interpretativo, cosa que el lector puede comprobar con facilidad leyendo sólo algunas pocas obras de diferentes autores. Personalmente -y no desde la óptica que parte del texto legal o de los efectos que producen las defensas esgrimidas, sino de la actividad que real y efectivamente cumple el demandado en el proceso- creo que a los fines sistémicos y docentes propios de esta exposición corresponde distinguir entre los posibles *objetos* de las respectivas excepciones (consagradas o no en las leyes procesales).

Y así, partiendo siempre de la alegación por el demandado de un hecho impe-

ditivo, extintivo o invalidativo del hecho constitutivo afirmado por el actor en su demanda, clasificaré las distintas excepciones según que: *ataquen a la acción*, con el objeto de lograr su *extinción* o su *paralización* temporal; *ataquen a la pretensión*, con el objeto de que ella sea desestimada en la sentencia; *ataquen a la oportunidad en la cual el juez debe sentenciar* con el objeto de evitar la creación de caos jurídico”

### **Notas propias al artículo 376**

Si, como bien lo sostiene AAV, posamos la mirada en la actividad que puede cumplir un demandado y el desdoble en el ejercicio de las cargas que son independientes y diferenciadas, y si se entiende que la relación procesal está afectada en cuanto a su validez por ausencia de alguno de los presupuestos procesales, se le permite su ataque por medio de las excepciones de previo y especial pronunciamiento (conocidas como dilatorias).

Nos interesa subrayar que el Código Modelo libera al accionado -en el caso del deducir excepciones de previo y especial pronunciamiento- de la carga de contestar la demanda ya que sería inoficioso abocarse a esgrimir defensas de fondo cuando, de prosperar las excepciones, quedaría liberado total o temporalmente de cumplir con esa carga.

Si respetar ese orden consecucional arroja alguna demora temporal, ésta se encuentra ampliamente justificada porque un método de debate en su expresión normativa debe colocar al actor y al demandado en perfecta paridad.

Para las partes y para el juzgador es de la mayor utilidad, por caso, asumir que se debe tener capacidad para poder accionar y para poder demandar y si estos recaudos son satisfechos recién se podría avanzar hacia el dictado de una sentencia útil. Pero si se carece de los presupuestos para el ejercicio de la acción o la deducción de la demanda debe ordenarse la actividad defensiva del demandado para que pueda cuestionar desde el mismo derecho de pedir hasta la legitimación en la causa que sostiene el pretendiente.

\*

**Artículo 381. Clasificación de las excepciones.** *Según su objeto, las excepciones pueden atacar a: 1) la acción procesal; 2) la demanda; 3) la pretensión; 4) la oportunidad de sentenciar.*

### **Notas de AAV sobre el artículo 381, inciso 1**

*“Las excepciones que atacan a la acción procesal.* Habitualmente no están legisladas en código alguno, por lo que hay poca doctrina al respecto. Sin embargo, son de extraordinaria importancia pues defienden la existencia misma y, en su caso, la validez del proceso como método de debate. Cuando el demandado asume esta actitud, lo hace porque entiende que el proceso ya incoado en virtud de la admisión por el juez de la demanda del actor carece de validez por estar, por ejemplo, prohibida la posibilidad de accionar en razón de no presentarse en el caso la suma total de los requisitos de la acción. Como se verá luego, la existencia y la vigencia de cada uno de tales presupuestos puede ser defendida por el demandado mediante la interposición de una correlativa excepción”.

### **Sobre el inciso 2**

*“Las excepciones que atacan a la demanda.* Habitualmente relacionadas con los *impedimentos procesales* o *cuestiones de procedibilidad*, son las que deben ser propuestas al comienzo mismo del proceso para impedir el desarrollo de la serie procedimental (de ahí la denominación de *dilatorias*, pues su oposición tiene el efecto de dilatar o postergar la continuación del proceso).

Cuando el demandado asume esta actitud, lo hace porque entiende que el proceso ya incoado en virtud de la admisión por el juez de la demanda del actor no será útil para componer el litigio, en razón de no presentarse en el caso la suma total de los requisitos de la demanda (basta que falte uno solo, por ejemplo la competencia del juez o la personería invocada por el procurador, para que el proceso no resulte útil, en principio, como medio de debate)”.

### **Sobre el inciso 3**

*“Las excepciones que atacan a la pretensión procesal deducida en la demanda.* Son las que, teniendo fundamento en la ley de fondo o en la propia ley procesal, opone el demandado en la contestación de la demanda (fase procesal de negación) con el objeto de lograr que el juez rechace al sentenciar la pretensión deducida por el actor en su demanda.

A diferencia de todas las precedentemente enunciadas, no son de interposición ni de resolución previa, en razón de que no atacan a la formación misma del proceso sino al hecho en el cual el actor basa su pretensión o al derecho en el cual lo encuadra.

Conocidas también habitualmente como *defensas generales* o *excepciones perentorias*, admiten ser clasificadas en orden a distintas pautas que se ven en el texto legal. En la legislación argentina coinciden con todos los medios de extinción de las obligaciones enunciados en el Código Civil y su objeto en general -con alguna excepción que se verá en el congruo lugar- es lograr que el juez declare extinguida la obligación cuya prestación se reclama”.

### **Notas propias sobre el artículo 381 y sus distintos incisos**

La norma -además de sus precisiones técnicas- refleja prescriptivamente las notas esenciales del sistema dispositivo adversarial al concederle al demandado un amplio abanico de posturas defensivas que, de ordinario, están ausentes en los códigos publicistas.

La inexistencia o la vigencia de todos y cada uno de los presupuestos procesales pueden ser denunciadas por el demandado mediante la interposición de la correlativa excepción. Remarcamos que la dirigida a atacar la *acción procesal* implica una absoluta novedad ya que, de ordinario, esta excepción no se encuentra regulada en los códigos de la región con obvia mengua al derecho de defensa en juicio ya que si existen presupuestos para poder accionar y para poder pretender, es natural que el accionado pueda encaminar sus excepciones a denunciar su afirmada inexistencia en cada caso y de un modo diferenciado.

Al demandado también se le permite normativamente que pueda atacar la demanda por ausencia de presupuestos formales y esa actividad no debe confundirse con las excepciones o defensas que atacan directamente a la pretensión procesal esgrimida por el actor que deben ser resueltas en la sentencia de mérito.

\*

**Artículo 383. Objeto y enunciación de las excepciones que atacan a la demanda.** *Las excepciones que atacan a la demanda son aquellas que el excepcionante opone en forma previa a base de afirmar la existencia de hechos impositivos de la continuación del trámite procedimental y que tienen por objeto lograr la inmediata paralización o cesación de su desarrollo. Ellas son: 1) Excepción de incompetencia: el excepcionante afirma al interponerla que el actor ha incoado su demanda ante una autoridad (juez o árbitro) que carece de competencia (legal o conven-*

*cional) para admitirla (darle curso). 2) Excepción de falta de capacidad procesal del actor (o de falta de personalidad o de falta de legitimatio ad processum): el excepcionante afirma al interponerla que el actor carece de capacidad jurídica para obligarse por sí mismo con motivo del proceso, razón por la cual no podrá serle oponible la sentencia que eventualmente se dicte acerca del litigio. 3) Excepción de falta de personería en el actor: el excepcionante afirma al interponerla que quien actúa en el proceso como representante legal o convencional del actor, no lo es o no ha acreditado suficientemente tal carácter. 4) Excepción de falta de derecho de postulación en el actor: el excepcionante afirma al interponerla que el actor, aun siendo persona capaz de obligarse por sí misma, ha realizado ante la autoridad algún acto sin tener la aptitud exigida por la ley al efecto. 5) Excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda (o excepción de oscuro libelo): el excepcionante afirma al interponerla que el actor no ha respetado los requisitos impuestos por la ley para la confección de su demanda, a raíz de lo cual el excepcionante no puede hacer valer de modo correcto y pleno su derecho de defensa en juicio ya que ignora por lo menos una de las siguientes circunstancias: quién, a quién, qué y por qué demanda. 6) Excepción de inadecuada acumulación de pretensiones: el excepcionante afirma al interponerla que el actor ha acumulado en su demanda diversas pretensiones que se excluyen entre sí, a raíz de lo cual no puede ejercitar adecuadamente su derecho de defensa en juicio. 7) Excepción de ausencia manifiesta de legitimación para obrar: el excepcionante afirma al interponerla que el actor no es la persona que debe demandar a base de la pretensión hecha valer en la demanda o que el propio excepcionante no es la persona que debe responder a dicha pretensión. 8) Excepción de arraigo: el excepcionante afirma al interponerla que, en caso de resultar vencedor en el litigio, no podrá percibir del actor las costas causadas en el proceso y pide que le sean afianzadas. 9) Excepción de litispendencia por conexidad causal o por afinidad: el excepcionante afirma al interponerla que se halla pendiente de procesamiento o de juzgamiento otro litigio en el cual se discute la misma causa sólo el mismo hecho causal con el objeto de que ambos procesos se acumulen en un solo procedimiento. 10) Excepción de falta de caución en caso de representación procesal asumida por parientes: el excepcionante afirma al interponerla que el pariente gestor*

*de una de las partes procesales y que compareció por ella no prestó la fianza del caso. 11) Además, se consideran incluidas en esta enumeración todas las llamadas habitualmente defensas previas que legislan los códigos de fondo.*

### **Notas de AAV sobre el artículo 383**

“En las excepciones que se describen en este artículo se procura extender en el tiempo la formación del proceso por considerar que el ya incoado, aunque válido, no será útil para lograr la heterocomposición del litigio. Además, siempre son convalidables los hechos que las fundamentan.

Según los contingentes regímenes legales, algunas de tales excepciones son solucionables por el actor en el mismo procedimiento ya incoado, que puede volver a tomar su curso; otras, en cambio, exigen el archivo de lo actuado y la promoción de nueva demanda que se adecue a los presupuestos que regulan su utilidad. Como se ve, en los dos supuestos el objeto final es idéntico: lograr la extensión en el tiempo de la formación del proceso que resultará eficaz para heterocomponer el litigio.

Las excepciones que corresponde enunciar en este tópico son la expresión negativa de algunos de los presupuestos de la demanda judicial enunciados en el Artículo 358, por lo cual deben coincidir con ellos en su número y denominación”.

### **Sobre el inciso 1**

“Se vincula con el presupuesto procesal de la demanda denominado *competencia de la autoridad que recibe la instancia*, juez o árbitro. Las leyes procesales en general norman acerca de esta excepción, y le otorgan el carácter de *dilatoria*, por lo cual exigen su oposición en forma de *Artículo de previo y especial pronunciamiento*. En rigor, y cuando se articulan varias, debe ser la primera en quedar resuelta ya que si la autoridad se declara incompetente no debe entrar a conocer y decidir las otras excepciones opuestas.

Muchos son los códigos que califican como de *orden público* a la competencia judicial. Cuando esto sucede permiten la deducción de esta excepción en cualquier estado y grado de la causa, con obvio detrimento de la celeridad y economía del proceso, de la seguridad jurídica y de la seriedad que deben tener los actos procesales. Otros, en cambio, establecen un momento límite

para su oposición (generalmente el de la contestación de la demanda), pasado el cual ninguna de las partes puede cuestionar la competencia ni el propio juez (o árbitro) puede declarar su incompetencia de oficio.

Este código parte de una óptica diferente: no considerar que la competencia se vincule con el *orden público*”.

### **Sobre el inciso 2**

“Se vincula con el presupuesto procesal de la demanda denominado *capacidad procesal del actor*. El caso difiere en modo radical del enunciado anteriormente con la denominación de *excepción de incapacidad jurídica del actor para ser parte procesal*: allá se afirma que quien demanda no es persona o ha dejado de serlo; acá que es persona, pero civilmente incapaz de hecho y que, como tal, carece de toda aptitud para contraer obligación alguna por sí misma.

En el campo de la actividad cumplida en el proceso, parece claro que en este caso hay un actor que insta, razón por la cual no puede hablarse de carencia o de imposibilidad de instar. Y parece claro también que el proceso que válidamente surja de ese instar no podrá ser eficaz por la incapacidad de hecho de quien lo inició. Esta excepción está expresamente autorizada en casi todos los códigos procesales con el carácter de *dilatoria* y todos exigen su interposición previa para evitar el inútil desarrollo de la serie procedimental.

Además, y dada su importancia en términos de eficacia procesal, el juez debe supliría de oficio en cualquier estado y grado de la causa. Sin embargo, la situación fáctica es solucionable: basta que tome participación en el proceso el respectivo representante legal del incapaz, asumiendo la calidad de actor, para que el curso procedimental pueda continuar, con lo cual se evita el archivo de las actuaciones ya cumplidas”.

### **Sobre el inciso 3**

“Se vincula con el presupuesto procesal de la demanda denominado *adecuada representación del actor*. Al igual que las anteriores, esta excepción está autorizada en casi todos los códigos procesales con el carácter de *dilatoria* y, por ello, exigen su interposición previa para evitar el inútil desarrollo de la serie procedimental.

Además, dada su importancia, es suplible de oficio por el juez en términos de eficacia procesal, toda vez que la sentencia que oportunamente se dicte

respecto del litigio podrá ser inoponible para la parte procesal cuya adecuada representación no existió o no se comprobó.

Por razones obvias, esta excepción también juega a favor del actor y en contra del demandado cuando éste es quien no aparece adecuadamente representado en el proceso (legal o convencionalmente)”.

#### **Sobre el inciso 4**

“Se vincula con el presupuesto procesal denominado *adecuado derecho de postulación en el actor*. Cuadra recordar aquí que el requisito de marras indica que la mayoría de los ordenamientos vigentes exigen que en el desarrollo del proceso actúe un *abogado* (o, en ciertos casos, un *procurador*) como garantía para el justiciable de un eficaz y eficiente resultado.

Sólo en supuestos verdaderamente excepcionales tales legislaciones permiten que sea el propio interesado quien inste ante la autoridad. Obviamente, otros ordenamientos admiten irrestrictamente la actuación de éste.

Las legislaciones que restringen la actividad personal de las partes se muestran parcialmente severas en los casos de transgresión, llegando a ordenar a los jueces que devuelvan al presentante los escritos que carezcan de firma de letrado, con el perjuicio que es fácil de imaginar para la parte.

Esta excepción, que al igual que la anterior rige tanto para el demandado como para el actor, no está habitualmente autorizada como tal en los códigos procesales, apareciendo la mayoría de las veces en las leyes que organizan el funcionamiento del Poder Judicial”.

#### **Sobre el inciso 5**

“Se vincula con el presupuesto procesal denominado *demanda que reúna los requisitos legales o debida demanda*. Como es fácil de comprender, el respectivo requisito es de capital importancia, ya que de su adecuado cumplimiento depende nada menos que la posibilidad de defensa del demandado.

Todos los códigos que aceptan la escritura como medio de expresión en el proceso admiten expresamente esta excepción, a la cual otorgan carácter *dilatatorio*, razón por la cual debe ser opuesta y resuelta en forma previa a la oportunidad correspondiente a la contestación de la demanda.

Esta excepción también puede ser deducida por el actor contra el demandado cuando éste adopta la actitud de *reconvención*”.

### **Sobre el inciso 6**

“Se vincula con el presupuesto procesal de la demanda denominado *correcta acumulación de pretensiones*. Esta excepción no está autorizada como tal en ningún código y la doctrina no la acepta como vinculada a ningún presupuesto de la demanda sino con la sentencia que se dicte luego del proceso. A lo sumo, en las raras oportunidades en las cuales el caso se ha presentado en la vida forense, ha sido deducida como comprendida en la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda.

Pero esto constituye una simple solución del problema que no es admisible académicamente y que por su importancia merece y debe ser presentado con rigor científico. De ahí que creo que es un claro presupuesto de la demanda porque en caso de sostenerse pretensiones excluyentes entre sí, no se trata de procurar que el juez sepa cómo sentenciar sino, mucho más importante, que el demandado sepa cómo defenderse. En esta tesitura resulta razonable sostener que debe ser opuesta -al igual que todas las anteriores- en forma previa y ser resuelta antes de la contestación de la demanda”.

### **Sobre el inciso 7**

“El tema se relaciona estrechamente con uno de los presupuestos de la sentencia de mérito que se dicte con motivo del proceso y que se conoce doctrinalmente con la denominación de *legitimatío ad causam*. De allí que sean escasas las legislaciones que la autorizan expresamente como de articulación y resolución previa, toda vez que el tema debe ser estudiado y considerado en la sentencia. Sin embargo, cuando la carencia de legislación es *manifiesta*, ha parecido razonable a algún legislador evitar el desarrollo de todo el proceso que, de seguro, terminará en una sentencia que rechazará su pretensión por aquel motivo. Este es, simplemente, el origen legal de la excepción”.

### **Sobre el inciso 8**

“Aceptada por casi todas las legislaciones, puede ostentar disímil fundamento: el actor no reside en el lugar del pleito o carece de bienes inmuebles o de otros bienes suficientes en el lugar del pleito para hacer frente a una eventual condena en

costas. Cuando se da en el actor la situación prevista por la ley, debe prestar una *caución* que garantice al demandado la percepción de su eventual acreencia”.

### **Sobre el inciso 9**

“En razón de que la litispendencia por conexidad causal o por afinidad constituye una excepción a las reglas de la competencia objetiva, la doctrina acepta su planteamiento por la vía de la excepción de incompetencia (declinatoria), en la cual la subsume. Este es el motivo de que sean escasos los códigos procesales que la autorizan de modo expreso.

Pero cabe añadir que esta excepción es de mayor importancia que la de incompetencia, de donde resulta la conveniencia de estudiarlas y legislarlas por separado: y es que en las normativas en las cuales la deducción de la incompetencia tiene un límite temporal definitivo (generalmente la contestación de la demanda), la de litispendencia por conexidad causal o por afinidad puede y debe ser interpuesta en cualquier momento antes de la sentencia definitiva, ya que la razón de su deducción es lograr la plena vigencia del principio de seguridad jurídica, evitando la emisión de pronunciamientos contradictorios”.

### **Notas propias sobre el artículo 383 y sus distintos incisos**

La rica explicación de AAV sobre el despliegue defensivo que le permiten al demandado las distintas normas del Código Modelo y en especial lo minucioso del contenido de los 11 incisos que integran el artículo 383, dan cuenta de que la idea asumida en un sistema dispositivo adversarial es la de la *centralidad del debate* y que ésta sea ejercitada por las partes. Lo dicho supone un compromiso para el legislador, que lo condiciona a brindar las herramientas para que la igualdad procesal y la paridad de armas no queden en una simple aspiración de deseos.

\*

**Artículo 394. Concepto de prueba.** *Se denomina prueba tanto a la tarea de probar como a su resultado: el hecho probado. Consiste en la actividad que debe cumplir la parte interesada en ello y dentro del estadio oportuno para lograr formar convicción en el juez acerca de la razón que la asiste. El juez no debe pronunciarse acerca de la impertinencia de un medio probatorio hasta la sentencia.*

### Notas de AAV sobre el artículo 394

“Al igual que otras muchas palabras que se utilizan habitualmente en el Derecho, el vocablo *prueba* también ostenta carácter multívoco y, por tanto, causa equívocidad al intérprete y extraordinaria perplejidad al estudiante. En efecto: si castizamente el verbo *probar* significa *examinar las cualidades de una persona o cosa* y su resultado es demostrar la verdad de una proposición referida a esa persona o cosa -y a salvo su tercera acepción vulgar de justificar, manifestar y hacer patente la certeza de un hecho o la verdad de una cosa, con razones, instrumentos o testigos- parece que es, al menos, excesiva la extensión que desde antaño se ha dado en el derecho a la palabra *prueba*. Y así, se la usa con diversos significados que muestran entre sí claras diferencias sustanciales que no pueden ser toleradas por la inteligencia media.

Una rápida visión panorámica por la doctrina autoral nos muestra que hay quienes le asignan a la palabra *prueba* un exacto significado científico (*aseveración incontestable* y, como tal, *no opinable*), en tanto que muchos otros -ingresando ya en el campo del puro subjetivismo y, por ende, de la opinabilidad- hablan de: *acreditación* (semánticamente es hacer digna de crédito alguna cosa), y de *verificación* (es comprobar la verdad de algo), y de *comprobación* (es revisar la verdad o exactitud de un hecho), y de *búsqueda de la verdad real*, de *certeza* (conocimiento seguro y claro de alguna cosa), y de *convicción* (resultado de precisar a uno, con razones eficaces, a que mude de dictamen o abandone el que sostenía por convencimiento logrado a base de tales razones; en otras palabras, aceptar una cosa de manera tal que, racionalmente, no pueda ser negada), etcétera.

En el plano de la pura lógica, cuando una *afirmación* cualquiera (el cielo es azul, por ejemplo) es *contestada* (negada: por ejemplo, el cielo no es azul) por alguien, pierde de inmediato la calidad de *verdad definitiva* con la cual pudo ser expresada y se convierte, automáticamente, en una *simple proposición* que requiere ser *demostrada* por quien desea sostenerla. Eso es, precisamente, una *tesis* y una *antítesis*. Dados los alcances de la ciencia actual, no puede escapársele al lector que, por otra parte, *existen afirmaciones científicas definitivamente incontestables*: por ejemplo, la existencia de la *ley de gravedad*, la rotación del planeta alrededor del sol, etcétera.

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

posibilidad de la existencia de opiniones encontradas acerca de ella. Lo mismo ocurre, por ejemplo, si se desea verificar el movimiento de la Tierra: GALILEO GALILEI ya no podría tener contestatarios. En ambos casos, hay una *prueba científica* acerca de la proposición.

Compare ahora el lector estos resultados definitivamente incontestables con el que arrojan cuatro testimoniales acerca de un mismo hecho: la experiencia judicial demuestra hasta el hartazgo que, aun si los testigos obran de buena fe, darán versiones distintas y, muchas veces, claramente antagónicas (recuerde el lector la magnífica obra de MARCO DENEVI "*Rosaura a las 10*" y comprobará cuán exacta es esta afirmación). Y es que, además de que cada testigo *es él y sus propias circunstancias* (su salud, su cultura, su educación, su inteligencia, su agudeza mental y visual, su poder de observación, etcétera), resulta que un testigo puede ver un hecho desde un ángulo diferente al que ocupa otro para ver el mismo hecho (esto es corriente en el ámbito judicial cuando -desde cuatro esquinas de una misma bocacalle, por ejemplo- cuatro personas presencian un accidente de tránsito. Interrogadas testimonialmente al respecto, presentarán siempre versiones que pueden ser muy diferentes y que -esto es importante de destacar- pueden ser *todas reales*, aunque luzcan antagónicas. Y es que son *subjetivamente* reales, toda vez que en tanto uno vio el choque desde el norte, por ejemplo, otro lo vio desde el sur. Y parece obvio señalar que, en tales circunstancias, ambos testigos vieron de verdad cosas realmente diferentes.

Esta enorme diferencia conceptual existente entre los diversos *medios de prueba* hace que la más moderna doctrina ponga énfasis en que, en esencia, nada prueba, sino que tan solo permite llegar a un solo resultado: el convencimiento del juzgador. Toda la explicación que se haga de aquí en más tiende a mostrar eso y a privilegiar a lo que el código llama *medios de convicción*".

#### **Notas propias sobre el artículo 394**

El artículo le impone al juez el deber de no expedirse sobre la *pertinencia* de los medios probatorios ofrecidos por las partes. En un proceso que aspira a obtener grados máximos de *cognoscitividad* debe permitirse a ellas la libertad probatoria que consagran las mandas constitucionales y que los códigos procesales no deben contradecir.

La prevención o el prejuicio infundado que los litigantes pueden apelar a medios probatorios para dilatar el proceso no tienen sustento alguno.

Por otro lado, será al momento de sentenciar que el juez pueda valorar si existió conducta procesal de las partes y, en este punto, en todo caso hacer uso de sus facultades disciplinarias.

De otro lado, la norma del Código Modelo que veda al juzgador expedirse sobre la pertinencia de los medios de prueba con relación a los hechos que se debaten en la causa, está inspirada en la contenida en el Código Procesal Civil y Comercial de Santa Fe que prescribe la misma prohibición para el juzgador en el artículo 145. La norma expresa: “si hubieren hechos controvertidos o de demostración necesaria, se abrirá la causa a prueba. Contra el auto que la deniegue, procederán los recursos de reposición y apelación en subsidio. El término de prueba será común. La prueba deberá recaer sobre los hechos contradichos o afirmados en el proceso. *El juez no podrá pronunciarse antes de la sentencia sobre la pertinencia de los hechos alegados o de la prueba solicitada.* Pero será desechada la que sea notoriamente improcedente o prohibida por la ley”.

Y todo ello porque, de hacerlo, se veda por completo la posibilidad de obtener prueba indiciaria.

\*

**Artículo 395. Objeto de la prueba.** *El objeto de la prueba está constituido por: 1) los hechos susceptibles de ser probados; 2) la ley en sentido material no formal; 3) la ley extranjera, en cualquiera de sus formas; 4) la ley en sentido formal, sólo en cuanto a las condiciones de su vigencia. Está exenta de prueba la existencia de la ley en sentido formal.*

### **Notas de AAV sobre el artículo 395**

*“El objeto de la prueba. Todo litigio supone, esencialmente, la afirmación de un hecho ocurrido en el plano de la realidad social. Por tanto, el objeto de la prueba será siempre un hecho susceptible de ser probado. Con esta aseveración queda fuera del campo probatorio todo lo que sea ley en sentido formal y a partir de la fecha de su vigencia”.*

### **Sobre el inciso 1**

“Las resoluciones generales no publicadas en el Boletín Oficial respectivo, las

ordenanzas municipales, los convenios colectivos de trabajo, los usos y la costumbre, etcétera”.

## Sobre el inciso 2

“Es decir, toda norma que ha cumplido el trámite constitucional relativo a su sanción, promulgación y publicación”.

## Notas propias del artículo 395

La utilidad científica y práctica de distinguir entre *objeto de prueba* y *tema de prueba* se justifica ampliamente. A las partes se les debe poner en claro sobre qué hechos deben recaer los medios de confirmación y cuándo se encuentran liberadas de acreditar ciertos extremos fácticos o jurídicos.

\*

**Artículo 396. Tema de la prueba.** *El tema de la prueba está constituido por los hechos: 1) controvertidos en cada litigio; 2) de demostración necesaria. No son tema de prueba: 1) los hechos expresamente admitidos: son los que el demandado y el excepcionado no niegan en sus respectivas contestaciones; 2) los hechos tácitamente admitidos: son los que el demandado acepta implícitamente al oponer excepción que condiciona o extingue el hecho afirmado por el actor; 3) los hechos evidentes, salvo si constituyen el fundamento de la pretensión y no son admitidos con esa calidad por la contraparte de quien los invoca. Son tales los conocidos por todos los integrantes de una sociedad dada y que, por ende, integran el conocimiento propio del juez producido por el diario vivir como integrante de aquella; 4) los hechos normales de la convivencia: son los que conforman un nivel medio generalizado de comportamiento entre los coasociados, que permite al juez aceptarlo como conducta normal del grupo social; 5) los hechos notorios, salvo si constituyen el fundamento de la pretensión y no son admitidos con esa calidad por la contraparte de quien los invoca. Son tales los conocidos y aceptados pacíficamente por muchas personas en una cultura, sociedad o medio determinado; 6) los hechos presu- midos por la ley: son los que la ley admite como ciertos, aceptando*

*(presunción juris tantum o relativa) o no (presunción jure et de jure o absoluta) prueba en contrario. Siempre deben probarse los presu-  
puestos de hecho que originan la presunción legal; 7) los hechos ne-  
gativos: son los que importan la alegación de una omisión o de una  
calidad o cualidad negativas.*

### **Notas de AAV sobre el artículo 397**

*“El tema de la prueba. Sabido es que -en el desarrollo de la serie procesal- la etapa probatoria viene después de la correspondiente a la de negación por el demandado de los hechos afirmados por el actor. Si ambos contendientes están de acuerdo acerca de la existencia de los hechos afirmados (es decir: no hay negación de ellos y, por tanto, no hay *hechos controvertidos*), se acostumbra a decir entre los procesalistas que miran exclusivamente a la pretensión civil que no hay *controversia*, de modo que la *cuestión es de puro derecho* y, por ende, *nada hay que probar en el respectivo proceso*.*

Por lo contrario, si en la etapa pertinente hubo negación, de entre todos los hechos que en general son susceptibles de ser probados, en el caso concreto habrán de serlo sólo y exclusivamente los *hechos controvertidos* (son los hechos afirmados por una parte y negados por la otra). De tal forma, se da la denominación de *tema de prueba* a lo que la parte que afirmó un hecho *negado* (o de *demostración necesaria*) *debe probar aquí y ahora* para que su pretensión quede expedita al momento de ser sentenciada por el juzgador.

Sin embargo, y no obstante haber sido negados en la etapa respectiva de un proceso, hay varios tipos de hechos respecto de los cuales se acepta uniformemente que son insusceptibles de ser probados: los *evidentes*, los *normales*, los *notorios*, los *presumidos por la ley* y los *negativos*, tal como se ve en el texto del código”.

### **Sobre el inciso 1**

*“Son los hechos afirmados en la demanda o reconvencción y negados en las respectivas contestaciones. A este supuesto de *no controversia* quedan legalmente equiparados los casos referidos a *contestación evasiva* y *admisión tácita de hechos por falta de negación específica*”.*

## Sobre el inciso 2

“Puede ocurrir también a veces que, maguer no existir negación en el caso y, por ende, no haber hechos controvertidos acerca de los cuales tenga que recaer la tarea probatoria, *el actor deba probarlos del mismo modo que si hubieran sido negados*: esto ocurre siempre que: a) esté comprometido el *orden público* (por ejemplo, en los litigios que versan acerca de cuestiones de estado de familia). Doctrinalmente, este supuesto se conoce con la denominación de *cuestión de demostración necesaria*; b) haya *respuesta en expectativa* de los defensores de ausentes, de los herederos de un causante, del curador de un insano, etcétera, a quienes la ley autoriza a no negar hechos (que obviamente no pueden conocer por boca de sus defendidos) y permite que efectúen una negativa genérica sólo para provocar el contradictorio.

No son temas de prueba:

*Los reconocidos*. Cuando el demandado opone la excepción de pago de una obligación mutuaría, por ejemplo, resulta obvio que admite la existencia del hecho constitutivo el mutuo que funda la pretensión del actor pues, de otra manera, no sería lógicamente admisible la alegación de su pago (inciso 1 y 2).

*Los evidentes*. Nada hay que justificar para sostener que durante el día se tiene mejor visión que por la noche, en la cual los objetos en general se ven con mayor dificultad, o que en el invierno hace más frío que el verano (por supuesto, es tema de prueba la alegación contraria). Esta afirmación no contradice otra anterior: cuando referí que el juez no puede hacer valer su *conocimiento personal* del hecho litigioso queda obviamente excluido todo lo que el juez puede conocer y conoce como cualquier otro hombre -y todos los hombres- por el sólo hecho de serlo (inciso 3).

*Los normales*. Hechos que también lo practica y lo observa en sus propias relaciones sociales (inciso 4).

*Los notorios*. Hechos conocidos no por *todas las personas*, como el hecho *evidente*, pero si por algunas. Por ejemplo, el horario de la rueda de negocios en pleito entre corredores de Bolsa; la ubicación de un hospital en pleito entre médicos que trabajan en él y relacionado con un daño allí producido; etcétera. Hasta aquí parece clara la conceptualización y la utilidad de esta clasificación fáctica, que tiene en mira el no hacer pesar sobre el incumpliente el incumplimiento de una carga probatoria, posibilitando así la dispensa judicial de tal inactividad. En otras palabras: si se niega un hecho y luego no se prueba por

quien lo invocó, el juez puede tenerlo por probado so capa de que, para las partes, es *hecho notorio*.

Pero el tema acerca del cual cabe reflexionar no es *si el hecho notorio lo es para las partes sino si lo es para el juzgador*, quien debe tenerlo o no por *probado*. En efecto: ¿por qué debe saber un juez el horario de la rueda de la Bolsa de Comercio o la ubicación de un inmueble dentro del ejido municipal? Si no lo sabe y, por ello, el propio juez concurre a constatar tal horario o tal dirección, se aparta de los deberes que puede ejercitar en un sistema acusatorio, siendo ilegítimo lo que haga al respecto en razón de violar con ello su propio deber de imparcialidad. Y si no hace, ¿cómo lo sabe?

Estas preguntas determinan que el tema referido a esta clase de hechos no sea pacífico en la doctrina. Hay quien opina -y creo que con razón- que han sido instituidos doctrinal y jurisprudencialmente en el sistema inquisitivo que nos rige como un medio para evadir y superar el límite investigativo que fija la falta de controversia acerca de la existencia de un determinado hecho. De tal forma, y por la vía de la invocación a este tipo de hecho, el juez puede hacer valer su propio saber personal respecto de tema que se halla vedado para él en orden a lo debatido y probado en el litigio. Y esto no es jurídicamente bueno y conspira contra toda idea de imparcialidad judicial (inciso 5)

*Los presumidos por la ley*. Por ejemplo: es *matrimonial* el hijo nacido durante el matrimonio o hasta trescientos días después de disuelto; la *concepción de un hijo* se produce entre los trescientos y los ciento ochenta días anteriores al nacimiento; etcétera (inciso 6)

*Los hechos negativos*. Por ejemplo, la afirmación de que una letra de cambio no fue presentada al cobro por su tenedor (afirmación de *omisión*), o la afirmación de que alguien no es integrante de una asociación cualquiera (negación de *calidad*), o la afirmación de que alguien no es buena persona (negación de *calidad*). Como fácilmente puede ser comprendido, el hecho negativo no admite un medio de prueba *directo* -no puede ser percibido lo que no existe- sino sólo *indirecto*, mediante la prueba de un hecho positivo que descarte lógicamente al negativo (insisto: no puedo probar que soy soltero pero sí que soy casado, con lo cual descarto la soltería).

Todos estos supuestos, aunque afirmados y negados en la controversia, quedan -y siempre deben quedar- exentos de toda prueba directa por parte de quien los afirmó como sustento de su pretensión. No obstante, pueden ser probados

indirectamente a través de la acreditación de la existencia de *hechos positivos* que necesariamente los excluyen, cuya carga probatoria puede variar en cada caso y que generalmente pesa o debe pesar sobre la parte que lo invocó (no sobre la que lo negó). Por ejemplo, nada puede probar el marido que impugna una filiación matrimonial afirmando no haber tenido cohabitación con su mujer durante el tiempo que ley presume que se operó la concepción (hecho negativo), cosa que si es sencillo para la mujer ya que para ella es un *hecho positivo*. Igualmente, nada debe probar quien afirma que no le fue presentada al cobro una letra de cambio porque le resulta materialmente imposible hacerlo.

En cambio, bien puede acreditar tal circunstancia el tenedor, con sólo presentar testigos al efecto”.

### **Notas propias sobre el artículo 396**

La norma y los distintos incisos que la integran apuntan también a clarificar a las partes sobre la incumbencia y la carga de acreditar, conforme quedó trabada la litis, el concreto tema de prueba sobre el que deben abocarse. Busca dejar en claro de qué modo y forma deben cumplir su faena probatoria. El artículo introduce una saludable innovación que no está contenida en las legislaciones procesales no penales y que facilita a los justiciables volcar información probatoria de calidad al juzgador.

\*

**Artículo 397. Fuentes de la prueba.** *Las fuentes de la prueba son: 1) las personas físicas que conocen los hechos y pueden declarar acerca de su existencia y modalidades: las propias partes litigantes y los terceros no interesados en el resultado final del litigio; 2) las personas jurídicas, respecto de constancias registradas en los libros que la ley les ordena llevar en debidas condiciones; 3) los documentos en general; 4) los lugares, cosas o personas. El juez nunca es fuente de prueba. Por ende, no debe bajo pena de nulidad: 1) fallar a base del conocimiento personal que tiene de los hechos a juzgar; 2) ordenar oficiosamente medidas probatorias.*

## Notas de AAV sobre el artículo 397

### La fuente de la prueba (de dónde se extrae la prueba)

“En la doctrina contemporánea, no son muchos los autores que refieren a este tema y, cuando lo hacen, parecería que alguien confunde el *origen* (persona, cosa o lugar) donde puede ocurrir el interesado para procurarse el conocimiento de un determinado hecho, con el *mismo hecho que se procura probar*. Basta efectuar una simple lectura de alguna obra que trate el tema para advertir sin más la veracidad de este aserto. Tal vez por eso es que la mayoría de los autores no desarrolla el tema, abordándolo tangencialmente al explicar cuáles son los *medios de prueba*.

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

Una simple reflexión acerca del tema posibilita distinguir lógicamente entre la *persona que declara* (*fuentes* del conocimiento que deja llegar a la comprensión del hecho) y la *declaración que la misma persona hace ante un juzgador* acerca de ese hecho (*medio* por el cual se prueba). Y esta diferenciación logra que el intérprete pueda ver distintas condiciones o requisitos en ambas ideas: en tanto que, por ejemplo, el *testigo* -como *fuentes*- tiene que mostrar un mínimo de capacidad (edad, no insania, etcétera), de comprensión inteligente y de conocimiento del hecho (de lo contrario, no sería *fuentes*), su declaración debe exhibir una clara ajenidad respecto del litigio y ajustarse estrictamente al deber de decir la verdad”.

“Sus declaraciones son aportadas al proceso por diferentes *medios*, que luego se explicarán y que se distinguen según que la declaración la efectúe la propia *parte litigante* (*confesión*) o un *tercero* que, a su turno, puede ser simple conocedor de hechos (*testimonio*) o capacitado para emitir una opinión fundada acerca de alguna ciencia, técnica, industria, arte, etcétera (*peritaje*)”.

### Sobre el inciso 2

“La aportación probatoria se hace por el medio conocido como expedición *de informes*”.

### Sobre el inciso 3

“El vocablo documento se utiliza con absoluta generalidad, comprensivo de lo que este código denomina *instrumentos, documentos, monumentos y registros*. La aportación probatoria se efectúa por el medio conocido como *documental* (o instrumental), no importando por ahora si el respectivo documento pertenece o está en poder de las partes o de terceros. Tampoco importa mucho para cierta doctrina que tales documentos sean instrumentos públicos o privados, anotaciones escritas no firmadas, fotografías o cualquier tipo de registración similar, facsímiles, mojones, etcétera: a todos les otorga el mismo tratamiento y, así, las leyes, resultan final y ferozmente confusas para el intérprete”.

### Sobre el inciso 4

“Hechos que pueden ser captados por los sentidos para producir convicción acerca de algún hecho referente al litigio. La respectiva aportación probatoria es el *reconocimiento* que personas, cosas o lugares por la vía del medio conocido como *inspección ocular*.

El juez no es fuente de prueba por tanto no puede utilizar:

*El conocimiento personal del juez*. Esta prohibición referida al saber privado del juez o al *conocimiento propio del juez* o al *conocimiento privado del juez*, es antiquísima y defendida en su irrestricta vigencia por lo más granado del pensamiento procesal de todos los tiempos. Y es que en un sistema acusatorio cual el que se regula en este código, las pruebas de las partes van dirigidas al juez llamado a resolver la controversia planteada en un momento dado y queda a su exclusivo cargo llevar a la convicción del juez la verdad o falsedad de los hechos alegados.

La cuestión atañe a la discusión de si el juez que tiene noticia de los acontecimientos de los hechos puede tomarlos en cuenta para elaborar su resolución, a pesar de que no exista evidencia o prueba sobre esas situaciones que hayan sido presentadas por las propias partes en el curso del procedimiento. Y la prohibición se justifica porque si un juez pudiere decir que es verdad un hecho sólo porque él o tal o cual funcionario, por su cuenta lo “sabe” (en rigor, *dice* que lo sabe), sin que nada parecido resulte de los autos del proceso, la afirmación quedaría sin demostrar oficialmente, sin ser susceptible de crítica, incontrolada e incontrolable por las partes, por otros jueces y en general por el público (opinión pública), y vendrían con ello a faltar las garantías consti-

tucionales del del juicio. Y ello se desprende, desde Roma, de la aplicación del viejo aforismo *secundum allegata et probata partium debet iudex judicare, non secundum suam constientiam*.

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

La tónica actual es volver al sistema de juzgamiento en el cual el juzgador no interviene en la formación del material convictivo. Y ello pues, si así lo hace, resulta asaz claro que pierde su imparcialidad funcional como juzgador, ya que necesariamente suple la inactividad de alguna de las partes en la tarea de probar”.

### **Notas propias sobre el artículo 397**

Se deja bien en claro que el juez *no asume* en un sistema dispositivo adversarial la condición de *fuerza de prueba*. Funcionalmente no debe realizar una de las cargas que son propias de las partes y necesarias para hacer prosperar sus hipótesis.

Las razones por las cuales la prueba oficiosa ha sido descartada de todos los códigos procesales penales modernos (y es la tendencia que se replica en los códigos dispositivos adversariales) ya fue explicada con toda amplitud. Pero se tornaba imperioso que la prohibición de prueba oficiosa se replicara normativamente para que, entre otras razones, el juzgador que se arroge esa potestad actué inaplicando la ley vigente.

Es casi una obviedad subrayar que el juez debe ser persuadido *externamente* a la hora de formar su convicción sobre condenar o absolver. Si el juez quiere confirmar o desestimar (por sí mismo) alguna de las premisas fácticas enunciadas por una de las partes inexorablemente favorecerá con su gestión a quien beneficie que ese hecho quede acreditado o no confirmado.

El mito de que el juez tiene chances de acceder a la verdad jurídica objetiva al despachar pruebas de oficio se da de bruces porque el enunciado sobre ese hecho que en todo caso declarará probado proviene de una visión subjetiva propia de quien asume el papel de parcial en el debate.

\*

**Artículo 398. Incumbencia de la prueba.** *Incumbe al actor la carga de probar el hecho generador del derecho o de la responsabilidad que afirma en la demanda como fundamento fáctico de su pretensión. Incumbe al demandado probar el hecho que lo exime de responsabilidad o que demuestra la inexistencia del derecho pretendido, que afirma como fundamento fáctico de una excepción cualquiera. Tales hechos pueden ser: 1) hecho constitutivo: es el que sostiene todo pretendiente al imputar responsabilidad o demandar la declaración de un derecho con basamento en ese específico hecho, del que afirma que emerge el efecto pretendido; 2) hecho extintivo: es el que afirma todo resistente para liberarse de la responsabilidad imputada o evitar la declaración del derecho pretendido a base del hecho constitutivo, pues implica por sí mismo la inexistencia de tal responsabilidad o derecho; 3) hecho invalidativo: es el que afirma todo aquél contra quien se ha opuesto un hecho constitutivo o un hecho extintivo del hecho constitutivo alegado para fundar la respectiva pretensión; 4) hecho convalidativo: es el que afirma todo aquel contra quien se ha opuesto un hecho invalidativo de un hecho extintivo de un hecho constitutivo; 5) hecho impeditivo: es el que afirma una parte sosteniendo la ausencia en el hecho constitutivo o en el hecho extintivo de alguno de los requisitos generales que son comunes a todas las relaciones jurídicas.*

### **Notas de AAV sobre el artículo 398**

“La incumbencia de la prueba (quién debe probar). Si al momento de sentenciar, el juez ignora a quién debe dar la razón cuando se encuentra con versiones antagónicas entre sí y que han sido esgrimidas acerca de un mismo hecho por ambas partes en litigio, es menester proporcionarle legalmente reglas claras a las cuales deba sujetarse en el supuesto de no lograr convicción acerca de

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

Parece ser que en los juzgamientos efectuados en los primeros períodos del desenvolvimiento del derecho romano, el pretor o el magistrado -luego de conocer cuáles eran los hechos susceptibles de ser probados- convocaba a las partes litigantes a una audiencia para establecer allí a quién le incumbía hacerlo sobre la exclusiva base de *la mejor posibilidad de probar* cada uno de los hechos controvertidos. De aquí en más pesaba en el propio interés particular de cada litigante el probar el hecho atribuido por el magistrado, so pena de tenerlo por inexistente al momento de sentenciar.

Llegada la oportunidad de resolver el litigio, si el magistrado encontraba que carecía de *hechos* (en rigor de verdad, de prueba acerca de esos hechos) o de *norma* que pudiera aplicar clara y directamente al caso, pronunciaba una frase que terminaba el proceso dejando subsistente el conflicto que lo había originado. A este efecto, decía *non liquet* -no lo veo claro- y, por ello, se abstenía de emitir sentencia (si bien se piensa ese *no juzgamiento* es lo que se conoce doctrinalmente con el nombre de *sobreseimiento*).

Pero en algún momento de la historia fue menester cambiar la pauta relativa a la *mejor posibilidad o facilidad de probar* pues ella estaba -está- conformada por criterios de *pura subjetividad* y, por ende, de *total relatividad*: adviértase que lo que puede resultar fácticamente sencillo de hacer para uno puede ser imposible para otro. Cuando el pretor dejó de establecer en cada caso concreto a quién incumbía la tarea de probar a base de la facilidad que tenía para hacerlo y se generó una regla de carácter general, la cosa cambió: ahora, la incumbencia de probar comenzó a pesar exclusiva y objetivamente en cabeza del propio actor o pretendiente (en rigor, quien había *afirmado el hecho litigioso* y no del que lo había negado, por sencillo que le resultara “probar “lo contrario”). Y ello quedó plasmado en el brocárdico *el que afirma, prueba*, de uso judicial todavía en la actualidad.

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

ficiencia de las leyes” (hoy la norma está contenida en la vaga redacción del actual CCCA, 3). Otro tanto ha ocurrido en casi todos los países de América latina. No obstante tal disposición, el problema se mantuvo idéntico hasta hoy, pues la norma transcrita resolvió qué hacer en caso de *carencia de norma* pero dejó irresuelto el supuesto de *carencia de hechos* o, mejor aún, de *carencia de prueba acerca de esos hechos*. Y ello porque la regla que establece que *el que afirma, prueba*, resultó incompleta por su excesiva latitud.

Otro tanto ocurre respecto del llamado *hecho negativo*. Ya que, según se ve, el problema no fue resuelto por el codificador, la doctrina procesalista ha debido encarar el tema y buscar su solución a base de pautas concretas y de pura objetividad. Para ello se han sustentado diversas teorías, defendidas y criticadas con ahínco por los estudiosos que se han ocupado del tema. Y entre ellas, comenzando por reiterar algunas de las ya mencionadas al presentar el problema, se ha dicho que incumbe la carga probatoria: a) al *actor* en todos los casos, pero le otorga esta calidad al *demandado* en cuanto a sus excepciones; b) a *quien afirma un hecho* y no al que simplemente lo niega; c) al *actor* respecto de los hechos en que se basan sus pretensiones, y al *demandado* en cuanto los que justifican sus excepciones; d) a *quien alega un hecho anormal* respecto del estado habitual de las cosas, ya que la normalidad se presume lógicamente; e) a *quien pretende innovar* en una relación cualquiera, entendiéndose con ello que lo que se modifica es la normalidad; f) a *cada una de las partes respecto de los presupuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable* (esta tesis ha sido recibida y es norma expresa en la mayoría de las legislaciones contemporáneas). En rigor de verdad, si se comprende sistémicamente su significado y no se la deforma para forzar su aplicación, la norma que consagra esta teoría es más que suficiente para que todo el mundo sepa a qué atenerse; g) a *quien busca lograr un cierto efecto jurídico*; h) a *quien tiene interés en que un hecho afirmado sea considerado como verdadero*; i) a *quien afirma un cierto tipo de hecho*, que luego explicaré con detenimiento.

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

A mi juicio, la mejor forma de explicar el tema se ha logrado a partir de la aplicación de la pauta citada precedentemente en el punto f), generadora de

reglas que cubren todos los supuestos fácticos susceptibles de ser esgrimidos en un proceso, dejando con ello definitivamente erradicada la posibilidad de emitir un pronunciamiento *non liquet*. Tales reglas indican que debe tenerse en cuenta el tipo de *hecho* que se afirma como sustento del encuadre o implicación jurídica que esgrime el pretendiente en su demanda o quien se defiende en oportunidad de deducir excepciones.

Debe quedar claro ahora que se entiende por *hecho* la *acción y efecto de hacer algo* o, mejor aún, *todo acontecimiento o suceso susceptible de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de un derecho u obligación*. Así concebido, un hecho puede ser producido por la *naturaleza* (granizo, inundación) o por el *hombre* (contrato, daño).

Reiterando: a los efectos de esta explicación, el *hecho* puede ser: a) *generador del derecho o de la responsabilidad* que se afirma en la demanda como fundante de una pretensión cualquiera, y b) *eximente de responsabilidad o demostrativo de la inexistencia del derecho* pretendido, que se afirma como fundamento fáctico de una excepción cualquiera.

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

Con toda esta compleja elaboración para determinar con precisión a quién incumbe la carga de probar en el proceso, se ha llegado a establecer desde la propia ley un claro criterio objetivo que indica al juez qué hacer cuando no hay elementos suficientes probatorios productores de convicción. En efecto: si al momento de sentenciar, un juez se encuentra con un caso en el que hay varias declaraciones testimoniales acordes entre sí, un buen peritaje que responde adecuadamente al interrogatorio formulado al efecto y varios documentos que acreditan los hechos litigiosos, el juez falla según la interpretación que haga de la suma de tales medios y, por supuesto, no se pregunta a quién le incumbía la carga de probar. No le hace falta hacer esa indagación.

En cambio, si el juez carece de elementos probatorios suficientes para que pueda formar su convicción en uno u otro sentido, como no puede ordenar por sí mismo la producción de medio alguno de prueba y como tampoco puede hacer valer su conocimiento personal del asunto a fallar, recién ahí se interroga acerca de quién debía probar determinado hecho y no lo hizo. Y la

respuesta a ese interrogante sella definitivamente la suerte del litigio: *quien debió probar su afirmación y no lo hizo*, pierde el pleito aunque su contraparte no haya hecho nada al respecto. Así de fácil. Comprenderá ahora el lector la enorme importancia del tema en estudio: se trata, simplemente, de facilitar la labor del juez al momento de fallar, otorgándole herramientas que le imposibiliten tanto el pronunciamiento *non liquet* como su propia actuación probatoria, involucrándose con ello personalmente en el resultado del juicio.

Sostuve antes que las reglas de la *carga de la prueba* constituyen, en verdad, directivas para el juzgador, pues no tratan de fijar quién debe asumir la tarea de probar *sin de quién asume el riesgo de que falte al momento de resolver el litigio*. Sin embargo, este fatigoso y largo esfuerzo para lograr parámetros de pura objetividad a fin de permitir un rápido y seguro juzgamiento de cualquier litigio por un juez que se concreta a mantener la paz social dando certeza a las relaciones de las partes encontradas y asegurando el efectivo cumplimiento de las promesas y garantías brindadas por el constituyente y por el legislador, está siendo dejado de lado en los últimos años.

Al comienzo, y sin entender bien el concepto de *carga*, alguna jurisprudencia la hizo pesar *sobre ambas partes por igual* (¿!). Por ejemplo, durante la década de los 60 rigió en la Argentina una ley que congelaba todas las locaciones de inmuebles urbanos e impedía actualizar el monto del alquiler a menos que el inquilino *tuviera suficientes medios de fortuna (u otras propiedades) como para poder pagar un canon liberado*.

Este precepto -que en la jerga tribunalicia se denominó como de *inquilino pudiente*- generó una ola de pleitos en los cuales el actor debía lograr del juez la plena convicción de la *pudencia* del inquilino, cosa que no era fácil de hacer. Como en rigor de verdad se trataba de una "*prueba*" *diabólica* por el carácter local de los diversos Registros de Propiedades con que todavía cuenta el país, algunos jueces comenzaron a imponer una suerte de extraña inversión o complementación de la carga probatoria, sosteniendo que la *pudencia* era un hecho que debía ser acreditado *por ambas partes por igual*. Por cierto, el argumento reñía con la técnica procesal y, sobre todo, con la lógica. Con posterioridad, conocida doctrina americana comenzó a insistir en la necesidad de lograr la vigencia en el proceso de una adecuada y justa ética de la solidaridad entre ambos contendientes, exigiendo para ello la plena y total *colaboración de una parte con la otra* en todo lo que fuere menester para lograr la producción eficiente de un medio cualquiera de prueba. A mi juicio, esta doctrina es

exótica y divorciada de la realidad de la vida tribunalicia, por lo que merece ser sepultada en el olvido.

Sin embargo, actualmente tal doctrina ha ido mucho más lejos respecto de la vigencia de la carga de probar. Y es que, so pretexto de que la justicia debe merecer un tratamiento más ágil y eficiente en esta época que ha dado en llamarse *posmodernista*, algunos jueces con alma de pretores desean volver raudamente a las incertidumbres del pasado. En esta tesitura, sin sentirse vinculados a un orden jurídico previo, creen que pueden cambiar las reglas procedimentales según sus propias opiniones -haciéndose eco de otros sistemas jurídicos no vigentes en nuestros países- y con olvido del claro mandato constitucional que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio. Y así, han decidido dejar de lado las reglas normativas de la incumbencia probatoria recién explicadas, variándolas en cada caso concreto por la mera aplicación caprichosa de las antiguas reglas subjetivas de la *facilidad* o de la mejor *posibilidad de “probar”*.

Con estos alcances es que se habla hoy de las *cargas dinámicas probatorias* que, más allá de las buenas intenciones que animan a sus sostenedores, no puedo compartir en tanto repugnan al texto expreso de la ley y, con ello, se acercan peligrosamente al prevaricato. Para que se entienda adecuadamente la seriedad de la crítica, debo recordar que hay códigos en América latina que nada establecen en cuanto al tema en trato. En los lugares donde ello ocurre (por ejemplo, en la provincia de Santa Fe, Argentina) es la sola doctrina la que se encarga de explicitar a quién incumbe la tarea de efectuar la prueba. Por tanto, si un juez sostiene algo diferente, no viola el texto expreso de la ley y puede imponer la incumbencia probatoria que se le ocurra.

Y así, con indudable actitud justiciera, alguna jurisprudencia comenzó a sostener, *en el momento mismo de sentenciar un recurso de apelación* -es decir, después de que el proceso terminó- que *si bien no fue adecuadamente probado por el actor el hecho constitutivo de la imputada responsabilidad aquiliana, ello carecía de importancia en la especie pues la respectiva carga* (cabría preguntar ¿de qué?) *correspondía a la contraparte y, por tanto, al nada haber acreditado ésta, debía acogerse sin más la pretensión demandada* (!!). En otras palabras: quien así sentenció el pleito *varió a su voluntad las reglas del juego a las cuales se ajustaron los contrincantes durante todo el proceso. ¡Sólo que lo hizo después de que el juego terminó!* Y esto parece de ilegitimidad manifiesta por más que pueda ser justa la solución dada al caso.

Pero hay lugares donde ocurre exactamente lo contrario a lo hasta aquí relatado. Por ejemplo, en el CPC de la Nación Argentina, en cuyo Artículo 377 se establece con absoluta claridad que: “Incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el juez o el tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que indicare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción”.

Resulta ya claro que la tesis que acepta sin más la vigencia de las *cargas dinámicas “probatorias”* no puede coexistir con la norma pretranscrita, por cuya razón creo que no es menester insistir abundando en el tema. En definitiva: la ley -y sólo la ley, nunca la jurisprudencia- es la que regula todo lo referente a la incumbencia probatoria a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad que los jueces cumplen al sentenciar, evitando así que ellos puedan alterar las reglas del *onus probandi* a discreción y una vez que el pleito ha finalizado. En otras palabras y recurrentemente: *cambiar las reglas del juego después de que el juego terminó*, convirtiendo en ganador al claro perdedor según las normas tenidas en cuenta por los juzgadores durante todo el desarrollo del certamen, no sólo es actitud tramposa, sino que, en el proceso, viola la garantía de la defensa en juicio. ¡Por mucho empeño justiciero que ostente el juez actuante!”

### **Notas propias sobre el artículo 398**

Se rescata la importancia de normar sobre la incumbencia probatoria y determinar, *a priori* para las partes y también como un mandato para el juez, a quién de ellas corresponde acreditar el presupuesto fáctico de su pretensión o de su defensa (vertiente *subjetiva* sobre la carga de la prueba).

También tiene relevancia fijar una precisa regla de juzgamiento para imponerle al juez un nuevo criterio normativo sobre las consecuencias de haber violado un imperativo probatorio que era del propio interés de la parte. En este caso, los efectos que produce no haber confirmado por la parte que le incumbía hacerlo el hecho sobre el que sostenía su hipótesis (tramo *objetivo* de la carga de la prueba). Es una directiva que el juez debe respetar. Como toda norma procesal de carácter abstracto y general impone a la par *cargas* y *deberes*. En lo que nos interesa, le veda al juzgador distribuir cargas de la prueba o imponer los perjuicios del hecho no acreditado voluntariamente más allá del marco legal.

En los últimos tiempos se instaló una corriente procesal que afirma la inutilidad de regular el instituto de la carga de la prueba. El epicentro de estas tesis emana de cierta parte del procesalismo español.

Por cierto que no compartimos esta idea. Existe un libro dedicado a este tema que se rotula *Contra la carga de la prueba* (edición de Marcial Pons, España). En esta obra, según dos de los autores (reflejado en la introducción a cargo de MICHELE TARUFFO con el aporte de JORDI NIEVA FENOLL), la institución de la carga de la prueba tiene que desaparecer por completo. Según otro de los autores (JORDI FERRER BELTRÁN) es el concepto de carga subjetiva el que ha dejado de tener sentido, manteniendo la viabilidad de la vertiente objetiva.

No es esta la oportunidad para refutar con la profundidad deseada los inconsistentes argumentos que se esgrimen para eliminar la teoría de la carga de la prueba (subjetiva u objetiva) pero sí podemos deslizar algunos apuntes para demostrar su fragilidad.

Que a las partes se les indique cuáles son sus cargas (en este caso probatorias) es una constante de todo legislador procesal y se verifica desde el inicio mismo del proceso. No advertimos qué diferencia existe entre aquellas prescripciones que precisan otras cargas, como la que indica que le corresponde al actor la exposición de los hechos sobre los que basa su pretensión o las que señalan al demandado que debe oponer los hechos que apuntalan su defensa, con las que se les hace saber a quién le corresponde *confirmar* esos hechos.

Llevando la tesis a su reducción por el absurdo debería eliminarse buena parte de las cargas atribuidas a las partes por su *inutilidad* al darse por descontado que los sujetos procesales son conocedores de las faenas a cumplir dentro del proceso. Y en este tema de la incumbencia probatoria, señalar quién debe asumirla tiene una especial trascendencia cuando los jueces, en la mayoría de los casos y sin norma escrita (o con norma escrita, pero inconstitucional) deciden alterarla introduciendo la figura de las *cargas probatorias dinámicas*. Mal podría entenderse ese concepto si se anula el instituto de la *carga estática* de la prueba.

Y otro de los argumentos a los que se apela para demostrar lo estéril de la regla de la carga de la prueba, es el de la adquisición procesal del material probatorio. Se confunde severamente la finalidad de ambos institutos: si un hecho que debía ser probado por el actor -por ser constitutivo de su pretensión- termina siendo confirmado por el demandado, no diluye la importancia de fijar *-a priori-* quién debe asumir esa carga.

En todo caso, si el hecho quedó probado por quien no le correspondía sopor-  
tar el peso probatorio, generará en el juez el deber de advertir que, si bien en  
principio esa carga correspondía al accionante, quedó dispensado de cumplirla  
por la actividad probatoria desplegada por su contraparte que terminó favo-  
reciéndolo. Pero de allí a *eliminar* el juego de las incumbencias probatorias  
media un abismo conceptual.

\*

**Artículo 399. Libertad de la prueba.** *Por aplicación del principio de libertad probatoria, que acepta este código, las partes y terceros que se convierten en partes pueden producir prueba sobre todos los hechos controvertidos o de demostración necesaria, privilegiando el principio de cognoscitividad sobre el de la posible dilación de la tramitación de la causa.*

#### **Notas propias sobre el artículo 399**

La cognoscitividad supone libertad para aportar los hechos y prueba. La morosidad en la tramitación de las causas no puede imputarse a la chance de otorgar a las partes plazos y cargas diferenciadas. Si la urgencia en culminar un proceso lleva a la acumulación de cargas procesales o al recorte de las libertades probatorias lo que se obtendrá será un fin indeseado: se convertirá en un debate empobrecido y con débiles aportes epistémicos.

Las soluciones deben venir desde otro ángulo: la aceleración en la tramitación de las causas judiciales va de la mano con la efectiva funcionalidad del *expediente digital* y de la creación masiva de *oficinas de gestión judicial* que acorten los tiempos propios de toda burocracia estatal, sin cercenar los mutuos derechos de contradecir que ostentan las partes.

\*

**Artículo 400. Licitud de la prueba.** *Sólo es lícita y valorable por el juez la prueba producida sin invadir la esfera de libertad y con posibilidad de participación en su realización de todos los interesados en su resultado. Cuando alguna de las partes entiende que alguna prueba admitida se ha logrado vulnerando derechos fundamentales*

*para obtenerla, debe alegarlo de inmediato, con traslado, en su caso, a las demás partes por el término de cinco días.*

### **Notas propias del artículo 400**

La “verdad procesal” no puede obtenerse a cualquier costo. Esa meta debe compatibilizarse con el respeto a la dignidad de las personas. Un rostro expresivo de esa dignidad implica que los medios de prueba se incorporen de un modo lícito al proceso. La teoría del *fruto del árbol venenoso*, utilizada desde antaño en los procesos penales, tiene plena recepción en el modelo procesal dispositivo-adversarial.

\*

**Artículo 401. Improcedencia de la prueba.** *Es medio probatorio improcedente o inadmisibile: 1) el que está prohibido por la ley; 2) el ofrecido extemporáneamente, luego del vencimiento del plazo respectivo; 3) el que se ofrece como ya producido sin haberse respetado el control de partes; 4) el que no ha sido ordenado regularmente por el juez competente en el pleito; 5) el que ha violentado el derecho a la intimidad de la parte interesada; 6) el que afecta la libertad o la moral de los litigantes o de terceros. El juez debe denegar oficiosa-mente su producción en el auto que declara la admisión de los medios ofrecidos.*

### **Notas de AAV sobre el artículo 401**

“Desde las antiguas leyes españolas se ha facultado al juez para declarar liminarmente la improcedencia, pero no la impertinencia de un medio probatorio ofrecido por las partes. Y esto que, obvia y elementalmente es correcto, ha sido desconocido por casi todos los Códigos que han instrumentado el desarrollo de la producción de la prueba conforme con los postulados del ya tantas veces denostado sistema inquisitivo. Por ejemplo, en esta tónica hay varios Códigos actuales que respetan las bondades de las leyes del pasado. Por ejemplo, en Argentina, CPC de Santa Fe, art. 145: CPC Mendoza, art. 145: CPC La Rioja, art. 183. Por el contrario, y mereciendo los reproches del texto, ver LEC española, art. 566:” Los jueces repelerán de oficio las pruebas que no se acomoden a lo es-

tablecido en el Artículo anterior y todas las demás que sean, a su juicio, *imper-  
tinentes o inútiles*".

### **Sobre el inciso 1**

"A modo de ejemplo de *prueba improcedente* cito: la absolución de posiciones que puede derivar en confesión (en los juicios de divorcio legislados por la antigua ley de matrimonio civil argentina, art. 70); la declaración de testigos cuando se impugna el contenido de un documento dado en blanco (Cód. Civil, 1017, hoy actual CCCA, 315) y cuando se intenta acreditar la existencia de contratos de monto superior a una cantidad establecida por la ley (Cód. Civil, art. 1193, hoy sin vigor en el actual CCCA), salvo que haya *principio de prueba por escrito* (Cód. Civil, art. 1191, hoy CCCA, 1020); la exhibición de las declaraciones juradas hechas con motivos impositivos; la declaración testimonial de consanguíneos o afines en línea directa de la parte o de su cónyuge (CPC Nación, art. 427); pedido de informe que intenta sustituir el medio probatorio previsto al efecto en la ley (id., art. 397); etcétera".

### **Sobre el inciso 2**

"Esta es la única extemporaneidad atendible en el supuesto en tratamiento, Equivocada jurisprudencia lo refiere también a la ofrecida *antes* de la apertura de la subetapa de ofrecimiento (denominada *ante tempus*). Y es que los plazos, que habitualmente son de carácter preclusivo, juegan siempre *a favor de la parte*, razón por la cual puede renunciarlos, anticiparlos, etcétera".

### **Sobre el inciso 3**

"El típico caso de la escritura pública de constatación extrajudicial de algún hecho que hace un escribano a requerimiento de una de las partes y a espaldas de la otra".

### **Sobre el inciso 4**

"La prueba producida trasnochadamente, sin conocimiento del juez de la causa. Por ejemplo, secuestro de elementos presuntamente delictivos encontrados en un domicilio particular al cual se accedió sin previa expedición de orden de allanamiento por juez competente.

### **Sobre el inciso 5**

“Las grabaciones telefónicas clandestinas y a las filmaciones de actos aparentemente delictivos que provoca o incita, precisamente, quien ordenó hacer la grabación o filmación. Esta notable ilicitud es muy afecta la prensa amarilla que gobierna la opinión pública del país”.

### **Sobre el inciso 6**

“La extracción compulsiva de humores corporales.

### **Notas propias sobre el artículo 401**

Se detalla con toda precisión los supuestos de prueba improcedente. Queda claro que es sólo sobre la improcedencia de la prueba que puede expedirse el juzgador y esto es de toda lógica. Mal podrían admitirse medios de prueba que no son los previstos por la ley procesal para acreditar el supuesto fáctico o que se introducen al proceso de un modo ilícito.

\*

**Artículo 402. Impertinencia de la prueba.** *Es medio probatorio impertinente el que tiende a lograr convencimiento en el juzgador acerca de la existencia de hecho no litigioso. El juez no debe pronunciarse acerca de la impertinencia de un medio probatorio hasta la sentencia.*

### **Nota de AAV sobre el artículo 402**

Reconozco que en tren de “justificar” la incursión del juez sobre la impertinencia probatoria se originó el notable abuso que durante muchos años se hizo del ofrecimiento de prueba impertinente con la finalidad de dilatar y hasta llevar a extremos insospechados la duración de un pleito. Pero creo que si hubo mala fe y carencia de escrúpulos por parte de algún abogado, lo que correspondía era sancionarlo con todo el rigor que la ley permitiera en el caso. En cambio, lo que se hizo fue establecer el deber judicial de evaluar la eventual pertinencia probatoria de un medio cualquiera y, con ello, hacer que los jueces investiguen masivamente en las causas si *todo* medio de prueba ofrecido es o no pertinente con los inconvenientes sistémicos que ello genera para el servicio.

La enorme y absurda pérdida de tiempo que esto ha representado para el sistema de Justicia influyó notablemente en la morosidad judicial, pues los juzgadores pasan gran parte de su tiempo útil tribunalicio investigando cosas *ajenas a la labor de juzgar* en vez de dictar las sentencias que la sociedad les requiere. Cuando al fin se constitucionalice el procedimiento judicial - y ese día vendrá seguramente-- pues no se puede vivir durante dos siglos al margen de la ley fundamental- ésta es una de las facultades que habrá que vedar a los jueces, tal como siempre se hizo en el pasado”.

\*

**Artículo 403. Inconducencia de la prueba.** *Es medio probatorio inconducente el que refiere a hecho que no interesa para la solución del litigio. El juez no debe pronunciarse acerca de la inconducencia de un medio probatorio hasta la sentencia.*

### **Notas propias sobre el artículo 403**

La razón de ser de prohibir al juez expedirse sobre la *conducencia* de un medio probatorio es la misma que le veda el desechar un medio que lo entiende *impertinente*. El riesgo de que el medio propuesto por las partes no interese a la solución del pleito y con ello se alargue la tramitación de la causa, es mucho menor que vedar la práctica y producción de ese medio que, a la postre, puede ser dirimente para la suerte del litigio.

Si se tiene presente que en la etapa probatoria el juez no cuenta con todos los elementos para visualizar cuál es la *estrategia procesal* desplegada por quien pretende la confirmación de un hecho, parece razonable apostar por la *libertad probatoria* antes que por su *restricción*.

\*

**Artículo 406. Etapas del procedimiento probatorio.** *El procedimiento probatorio se divide en cinco etapas: 1) apertura del período de prueba; 2) ofrecimiento de las pruebas de las partes; 3) admisión de las pruebas ofrecidas; 4) producción de las pruebas admitidas; 5) alegación sobre el mérito de las pruebas producidas.*

## Notas propias del artículo 406

Las cinco etapas en que se divide el período probatorio profundizan el sesgo cognoscitivo que se consolida con la oportunidad de suministrar, con la debida amplitud, la información probatoria brindada por las partes al juez.

\*

**Artículo 407. Decreto de apertura a prueba.** *Contestada la demanda o la reconvenición, en su caso, o vencidos los plazos para hacerlo y resueltas las excepciones previas, si hay hechos controvertidos o de demostración necesaria, el juez abre el litigio a prueba por el plazo establecido para cada tipo de juicio. Contra el auto que la deniega, proceden los recursos de reconsideración y de apelación en subsidio.*

## Notas propias al artículo 407

Se subraya la racionalidad de que los medios de confirmación se ofrezcan una vez que culmina la etapa de postulación y cuando queden tamizados los hechos controvertidos o de demostración necesaria. Se deja de lado la tendencia que inspira a los códigos publicistas de acumular la carga de postulación para el actor o de refutación para el demandado, sumada a la pesada faena de aportar los medios de prueba. La pueril justificación de que con eso se acortan los plazos en la tramitación de la causa no resiste análisis alguno.

Quienes litigamos podemos dar fe de que las demoras se producen de igual modo o, peor aún, se profundizan cuando se genera esa absurda acumulación de cargas procesales. El actor, por caso, que se ve compelido a recabar los medios de prueba para aportarlos con la demanda, puede tomarse un tiempo excesivo (ya que no lo apremian los plazos procesales que suponen la notificación del decreto para ofrecer en términos perentorios las pruebas de las que se valdrá).

Así que la promoción del litigio es posible que se vea alongada por la inexistencia de exigencias, por lo menos para una de las partes, que ofrezca la prueba sin la *premura de los plazos procesales*. El accionante sólo queda sometido al riesgo de deducir la pretensión antes de que ésta prescriba. La conclusión es obvia: lo que se gana temporalmente en el proceso se pierde antes de que se trabe la litis.

De otro lado, el ofrecimiento de los medios de prueba en conjunto con la demanda alienta a la *mala fe procesal*. En efecto, el demandado, sabedor de que

el actor ya no puede aportar pruebas en otra etapa procesal, puede tentarse a negar ciertos hechos al advertir que estos no pueden ser confirmados y tomar así una postura especulativa.

Por último, siempre que se exija el cumplimiento de cargas en *tiempos angustiosos* el resultado será un método de debate con limitaciones en la información o por lo menos de la calidad que sería deseable, ya que la premura de los plazos conspira con recabar el abanico de pruebas de las que se podrían valer las partes, y, en suma, lo que se obtiene es un discurso *empobrecido epistémicamente*.

\*

**Artículo 416. Negligencia en la realización de la prueba.** *Fracasada una diligencia probatoria se tiene por desistido al ponente de ella si cualquiera de las partes no la urge dentro de los cinco días siguientes a la fecha del fracaso y el interesado en lograr la respectiva declaración demuestra el perjuicio que la falta de producción genera para la celeridad del proceso. La negligencia probatoria no puede ser declarada ni subsanada de oficio por el juez.*

### **Notas propias sobre el artículo 416**

Se innova -y mucho- en el tema de la negligencia probatoria. Si de lo que se trata es de aportar la mayor información posible al juez y asumimos que ésta es una función esencial de la prueba judicial para declarar la caducidad o negligencia de un medio probatorio, quien la solicita debe demostrar qué perjuicios le provoca que esa prueba se urja fuera de término.

Si, por caso, el que acusa la negligencia de un medio de confirmación no pide la clausura del término de prueba, bien mirado, estaría solicitando la *ineficacia de un acto procesal por la ineficacia misma*. Esa postura se opone a un criterio rector sobre la imposibilidad de declarar la nulidad de los actos procesales que reposa en la idea de que no puede procederse a la declaración de la nulidad de un acto sin la acreditación del *agravio concreto* que su existencia le provoca a quien lo peticiona.

\*

**Artículo 420. Producción de los alegatos.** *Vencido el plazo probatorio y siempre que no exista prueba pendiente de producción, el*

*juez ordena su clausura y corre conjuntamente traslado a las partes para alegar sobre el mérito convictivo de ella. En juicio escrito, alega primero el actor presentando su alegato en plica que se reserva en secretaría hasta que se halle consentido el decreto de llamamiento de autos. Logrado ello y bajo pena de nulidad, se lo agrega al expediente antes de que pasen a sentencia, dejando el actuario constancia escrita de ello. En juicio oral, alega primero la parte a quien le incumbe la carga probatoria del caso, haciendo lo propio del actor.*

### **Notas de AAV sobre el artículo 420**

“La etapa de alegación acerca de los medios confirmatorios producidos. Siempre que se hayan producido medios probatorios en la etapa respectiva y una vez concluida ésta, corresponde ahora abrir nueva y siguiente etapa: la de alegación o evaluación de las partes respecto del valor de convicción que -para cada una de ellas- tienen todos los medios rendidos.

Antiguamente, la finalización de esta etapa recibía la denominación de etapa de conclusiones, en la cual las partes manifestaban que nada más querían ni tenían que justificar ante el juez. De tal modo, quedaban a la espera de la respectiva sentencia.

La voz *alegar* significa, semánticamente, argumento, discurso o razonamiento en favor o en contra de algo. El producto de la alegación es el *alegato*. Cuando se la refiere a la prueba judicial, genera el sintagma *alegato de bien probado*, que es el escrito que hace el abogado después de producidos todos los medios probatorios, en el cual trata de convencer al juez de que su parte ha justificado completamente los hechos y el derecho que amparan su pretensión, al tiempo que el contrario no ha hecho lo propio con el suyo, insistiendo así en que el juez sentencie oportunamente a su favor. Por eso es que lo que corresponde hacer a todo letrado en esta ocasión es analizar con precisión y esmero cada uno de los resultados probatorios para relacionarlos prolijamente entre sí a fin de llevar de la mano al juzgador en el momento de tener que hacer él mismo su propia evaluación de los mismos medios. Además, debe contener un análisis de la problemática jurídica contenida en el debate procesal, que viene formándose desde el inicio mismo del proceso con el contraste de las pretensiones y de las confirmaciones obtenidas en el curso del proceso.

Recuerdo ahora que el desarrollo de la tarea abogadil en un proceso cualquie-

ra debe transcurrir por dos diferentes líneas paralelas: 1) la de la *eficacia*. Se presenta dentro del estricto marco de la actividad de procesar y respecto del puro *instar*: la parte debe ofrecer tempestivamente el medio probatorio de que se trate, cumplir las cargas formales impuestas para el caso por la ley, efectuar las notificaciones del caso, concurrir a la audiencia señalada al efecto de su producción, etcétera. Pero hacer correcta y prolijamente todas estas tareas no sirve de nada si, a la postre, el testigo ofrecido -por ejemplo- no sabe las cosas acerca de las cuales se le interroga. De ahí la importancia de lo apuntado en el párrafo siguiente. 2) la de la *eficiencia*. Se refiere a la solución del litigio y, por ende, a la eficiencia del pretender, probar y alegar. Trabajando idóneamente en esta línea, el oferente del medio probatorio debe procurar que, al momento de producirse, sea congruente con sus postulaciones y, además, convincente para el juzgador. Y el alegato debe contener la puntual explicación de que la prueba producida ha sido eficiente. A tal punto es así esto, que Briseño Sierra denomina el *acertamiento sobre la eficiencia* a los sistemas evaluativos de los medios de confirmación”.

\*

**Artículo 421. Requisitos del alegato.** *Los requisitos son: 1) establecer liminarmente y con exactitud el contenido del tema litigioso sobre el cual ha versado el material probatorio aportado al expediente; 2) expresar seguidamente, en párrafos numerados escritos con claridad y concisión, cada uno de los hechos controvertidos objeto del debate, haciendo breve y metódico resumen de las pruebas que, a juicio de cada parte, los justifican o contradicen; 3) apreciar en párrafos también numerados y breves, y siguiendo el mismo orden de los hechos, la prueba de la parte contraria; 4) exponer todas las citas doctrinarias y jurisprudenciales sobre materias opinables que justifican la posición adoptada por la parte en el litigio; 5) consignar después, lisa y llanamente, si se mantiene en todo o en parte, los fundamentos de derecho alegados respectivamente en la demanda y contestación.*

#### **Notas de AAV sobre el artículo 421**

“La evaluación por las partes litigantes acerca de los medios producidos. Si bien se mira, el alegato es una de las piezas más importante que puede pro-

ducir una parte en el litigio. Esto, que es universalmente reconocido, se desconoce en la Argentina y, al influjo de sus doctrinarios, en muchos otros países de América. Sucede que, so pretexto de agilizar el trámite de los pleitos, se ha eliminado la etapa del alegato en la mayoría de los tipos procedimentales legislados, logrando con ello que las partes deban exponer en los escritos de demanda y contestación los temas jurídicos que son desde antaño propios del alegato en todas partes del mundo.

Como es obvio, con esto se ha vulnerado el derecho de defensa de los litigantes y se ha tornado aún más inconstitucional el trámite procesal. Sabido es que una buena demanda debe ser *escueta*, aunque prolija en la enunciación de los hechos en los cuales se basa la pretensión deducida y correctamente implicados en la norma jurídica que el pretendiente desea que se aplique para obtener la solución que él busca en la sentencia.

Personalmente creo que es un grave error hacer citas doctrinales o jurisprudenciales en el texto de la demanda. Una buena contestación de demanda, a su turno, debe contener sólo *puras negaciones* de los hechos afirmados por el actor o del derecho en el cual él los implica. Mal hace un demandado cuando enuncia su propia versión de los hechos en la demanda pues, además de ser ello asaz inútil para el sentenciante, le produce perplejidad en caso de ausencia confirmatoria del actor (mucho más si también hay carencia en el propio demandado). Y muchas veces el juzgador imagina que el demandado tiene cargas que técnicamente no debe soportar según la ley.

El alegato, en cambio, tiene que contener *todos los argumentos necesarios* para que el juez se *convenza* de la razón de la parte mediante el análisis minucioso de quien lo redacta, haciéndole sencilla la lectura y el estudio de los autos, máxime si se trata de folios voluminosos. De la misma forma, debe contener las citas jurisprudenciales que muestran la bondad de la solución pretendidas. Dichoso el abogado a cuyo alegato debe seguir necesariamente el juez al momento de sentenciar, pues su razonamiento exhaustivo no sólo lo ha convencido de su razón, sino que, además, le ha cerrado todas las puertas posibles de escape en busca de otros argumentos para hacer ganar el pleito a la contraparte. Cuando le toque al juzgador hacer su propia evaluación, tendrá que sujetarse a algún sistema previsto en la ley”.

### Notas propias sobre el artículo 421

La errónea idea de que los alegatos son en cierta medida innecesarios pues si los hechos afirmados por la parte (actora o demandada) han quedado confirmados durante el curso del proceso y la predicción sobre quién saldrá ganancioso en la causa estaría ya determinada, debe ser dejada de lado porque no refleja la realidad de lo que acontece cotidianamente en las causas judiciales. La experiencia indica que es muy dificultoso que se acojan *plenamente* todas y cada una de las pretensiones esgrimidas por el actor. De ordinario esa recepción es solo parcial.

Lo mismo puede sostenerse sobre las defensas sostenidas por la parte demandada, que de ordinario son tomadas *sólo en parte por el juez*. Así que nos parece razonable no escatimar esfuerzos a la hora de acreditar ante el juzgador las razones por las cuales debería seguirlas a *pie juntillas*.

También nos parece un *mito tribunalicio* la creencia de que los alegatos extensos no son leídos por los jueces. En todo caso, de lo que se recela es de aquellas piezas procesales que suponen “un cortar y pegar” argumentos de doctrina y precedentes jurisprudenciales. Los alegatos que contienen fundamentos serios y correspondientes con lo afirmado, refutado y confirmado en la causa, suponen para los juzgadores una *guía muy valiosa* para orientarse en la toma de decisiones.

Para los códigos publicistas el desprecio por las razones que pueden aportar las partes antes de que la causa pase a la instancia de ser resuelta, se evidencia con la concesión de plazos *muy exiguos* para cumplirla y, de otro lado, se insiste en el carácter *facultativo* de la alegación. En rigor, no debería extrañar ya que un código de este tipo privilegia la celeridad sobre la cognición privando a las partes de brindar una información de calidad y retaceando al juez la chance de obtenerla.

Si, como lo afirma ALVARADO VELLOSO, en los escritos de postulación es útil y saludable apelar a una narrativa precisa y escueta y dejar para la etapa de alegar la alternativa de *explayarse* para demostrar o confirmar las hipótesis contenidas en la demanda o en su refutación, la importancia de esta suerte de *proyecto de sentencia* que diseña la parte, cuyo mayor éxito supone su aceptación por parte del juez *a la hora de decidir*, es de toda evidencia.

\*

**Artículo 422. Normas genéricas para valorar los medios de prueba en la sentencia.** *Al sentenciar el litigio, el juez valora la prueba rendida. A este efecto debe: 1) hacer mérito de todos los medios probatorios producidos. Si entiende que el análisis de alguno es redundante, debe brindar las razones de ello; 2) explicar racional, explícita y motivadamente cómo ha formado convicción a partir de cada uno de los medios probatorios que lo han persuadido para condenar o absolver; 3) sujetarse a criterios de menor rigor probatorio para quien invoca hechos acaecidos conforme su normal ocurrencia; 4) extremar la exigencia de la carga de la prueba para quien alega hechos que son contrarios al modo de ocurrencia normal y habitual de las cosas; 5) sujetar su razonamiento a los principios lógicos de identidad, de no contradicción y de tercero excluido; 6) sujetarse al dictamen de peritos de comprobación y de opinión, dando razón de la convicción que le provoca las conclusiones de los expertos. Pero puede apartarse del dictamen de peritos de opinión dando razón fundada y suficiente para validar ello; 7) tener por ciertos los hechos lícitos no contradichos por las partes, cuando se trata de conflictos que involucren asuntos transigibles; 8) establecer las inferencias necesarias que extraiga de los medios probatorios para la determinación de la cuantía que ordena condenar, cuando lo hace.*

### **Notas de AAV sobre el artículo 422**

*“Los medios para probar. (Cómo se prueba).* Habitualmente, en los códigos y leyes procesales se menciona como *medios de prueba* a los conocidos desde antiguo como: *documentos* (o *prueba documental*), *confesión* (o *prueba confesional* o de *declaración de parte*), *testimonio* (o *prueba testimonial*), *pericia* (rectius: *peritaje*) (o *prueba pericial*), *informes* (o *prueba informativa*), *presunciones* (o *prueba presuncional* o *indiciaria*) y *reconocimiento* (o *prueba de inspección ocular*).

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

tar a toda costa. En esa tarea, la mejor doctrina actual ha intentado sistematizar adecuadamente dichos conceptos, luego de advertir que el juez, para tomar contacto con los medios de prueba que le presentan las partes, tiene que: *ver* (en rigor, *mirar*) experimentos, análisis, documentos, registros, informes, etcétera y, también, personas, lugares y cosas, *oír* (en rigor, *escuchar*) declaraciones de partes y de terceros, y *razonar* y *deducir* o *inferir* hechos desconocidos a partir de hechos conocidos para poder presumir. Pero, además, no todo lo que ve, oye y razona tiene o puede tener objetivamente la misma entidad probatoria. Por eso es que, con el declarado propósito de intentar que el lector comprenda cómo funciona un *verdadero sistema procesal* con pautas directrices de absoluta objetividad que hagan previsible (máxima seguridad para las partes) el eventual resultado del litigio, dicha doctrina explica la prueba procesal enumerando sus distintos posibles medios que, en general y enunciadados conforme al grado de eficacia probatoria que ostentan, se denominan: de comprobación (producen *certeza*), de *acreditación* (producen *verosimilitud*), de *mostración* (producen *percepción*) y de *convicción* (producen *probabilidad*). Por cierto, huelga aclarar que no se trata aquí de imponer en forma caprichosa y absurda denominaciones exóticas al lector desprevenido, sino de sistematizar adecuadamente los conceptos para que, una vez repensados y comprendidos, pueda continuar utilizando los nombres convencionales empleados desde antaño para los *medios de prueba* -si así lo desea y goza”.

### **Notas propias sobre el artículo 422**

La valoración de los medios probatorios conforma una parte del razonamiento judicial direccionado a justificar por qué esos medios le generaron la *convicción* para inclinarse por una de las hipótesis, declarándola vencedora. La norma es verdaderamente revolucionaria por cuanto por primera vez en un código procesal no penal se establecen *pautas y deberes exigidos al juez* para fortificar la necesidad que su decisión no sea el fruto de *su puro voluntarismo*.

Se le exige que valore *todos y cada uno de los medios de prueba* practicados e incorporados al proceso, dejando definitivamente de lado la posibilidad que solo escoja aquellos que entienda son de su interés para resolver la contienda (inciso 1).

La explicación sobre el grado de persuasión que le generó el material probatorio debe ser motivado de un modo racional y explícito, acentuando el deber judicial de dar razón suficiente de sus dichos (inciso 2).

Se le impone un menor rigor probatorio frente a la parte que esgrime hechos conforme el *curso normal y ordinario de su ocurrencia* y, por el contrario, debe extremar ese rigor si es que acoge la tesis apoyada sobre hechos *cuya ocurrencia resulta extraordinaria* (incisos 3 y 4).

No se descuida el imperativo de que el juez ajuste su razonamiento no violando los principios lógicos de *identidad, no contradicción y tercero excluido* (inciso 5).

La norma distingue entre el peritaje *científico* y el *de opinión*. El peritaje de opinión, si bien contiene la declaración de un experto sobre un área ajena al derecho, no supone el sometimiento liso y llano del juzgador a sus conclusiones. Si decide apartarse de los dichos del perito debe *motivar* las razones que lo llevan a desechar sus criterios (inciso 6).

En un sistema plenamente dispositivo, en la medida que el hecho reconocido por la parte sea lícito debe ser incluido en la sentencia. No resulta optativo para el juzgador restarle eficacia probatoria.

En los sistemas neoinquisitivos en los que el papel del juez sobrepasa al de las partes, este reconocimiento puede operar como una presunción de veracidad del hecho. Se genera así una enorme incertidumbre entre las partes y se violenta de este modo la congruencia procesal ya que, como bien lo afirmaba Francesco Carnelutti, un hecho afirmado y no contradicho en el proceso debe ser *puesto* en la sentencia por el juez (inciso 7).

Por último, y también con el fin de fortificar la racionalidad de lo decidido, se determina que el juez debe motivar que las distintas variables que tomó en cuenta para fijar la cuantía reparatoria han gozado de las *debidas inferencias* que le otorgan consistencia al monto condenado.

\*

**Artículo 472. Valor probatorio de los medios de convicción en general.** *Sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos, deben ser apreciadas y valoradas en conjunto y razonadamente las pruebas que producen el convencimiento del juez acerca de cómo debe fallar.*

### Notas de AAV sobre el artículo 472

“*La convicción*. Castizamente, el vocablo convicción significa seguridad de algo que parece lógico racionalmente. Psicológicamente, es el fenómeno interno que se produce en la mente del juzgador que posibilita la inclinación de su ánimo hacia la aceptación como probable de una afirmación (se convence de ella) que no es comprobable ni acreditable. En otras palabras: se utiliza la convicción cuando hay ausencia de otros medios de mayor gradación en el campo de la prueba.

Es, por tanto, el menos importante de los todos los que he presentado hasta ahora. Y, sin embargo, como luego se verá, es el que se utiliza a diario por los jueces. Y es que la convicción -que se encuentra vinculada habitualmente con un régimen de derecho libre y que opera de modo cabal en el sistema inquisitivo- se presenta como un medio probatorio puramente subjetivo que se aparta de la objetividad manifiesta propia de los medios de comprobación y de acreditación.

No obstante eso y, además, ser extraños a los sistemas acusatorios que rigen en América latina, los medios de convicción son los que más se usan en la tarea de probar procesalmente pues, a todo evento, permiten la reflexión indiciaria que puede generar una presunción *hominis*. Y es que si bien el juez (especialmente, el de lo penal) no debe sentenciar sólo a base de la confesión del interesado, si está convencido de su sinceridad la tomará como un indicio que, al ser valorado con otros varios más en las condiciones que luego explicaré, permitirán fundar adecuadamente su pronunciamiento. Los medios de convicción son los que inclinan el ánimo del juzgador para fallar en determinado sentido”.

### Notas propias sobre el artículo 472

El artículo que glosamos pone sobre el tapete un tema por demás relevante: el de la convicción judicial a la hora de decidir. Ya deslizamos extensos comentarios en el libro quinto al que ahora le sumamos algunas reflexiones adicionales.

Por lo pronto, y lo iteramos, no nos alineamos con la idea que sostienen algunos epistemólogos que asocian el estado de convicción y lo emparentan con el subjetivismo o la irracionalidad del juez. Parece una obviedad enunciar que, para fallar, el juez debe convencerse de la decisión que adoptará. Si esto es así, el eje transita por otro lado: supone verificar la validez del protocolo epistémico que adoptó para llegar a esa postura mental.

Si la certeza es positiva, o negativa, o queda sumido en un estado de duda, estas son las tres alternativas posibles que se le presentan a todo juez al momento de resolver un conflicto no penal. Lo que asume relevancia, entonces, es la racionalidad del razonamiento en general, y del probatorio en particular, que debe exhibir ante las partes para justificar su convicción.

Y una normativa procesal debe suministrar precisas reglas para colaborar con la racionalización de ese razonamiento. De allí que la regulación de los medios de prueba y su clasificación en el Código Modelo apuntan a determinar de un modo lógico los grados de fehaciencia que esas pruebas son capaces de aportar. En esa dirección, como lo veremos seguidamente, la prescripción que encierra el artículo 475 vinculado con la confesión judicial fue sustituido por el formato de *declaración de la parte* que, sin duda, auxilia mucho más al juez para llegar a una convicción impregnada de objetivismo crítico que es, en definitiva, lo que se busca.

\*

**Artículo 475. Procedimiento para obtener la declaración y eventual confesión.** *Toda parte procesal puede intentar obtener la declaración judicial de su contraria cumpliendo el siguiente procedimiento: 1) ofrecer el medio probatorio en cualquier momento del proceso, desde la contestación de la demanda hasta el llamamiento de autos. El simple ofrecimiento de esta prueba implica que quien la pide acepta desde ya someterse inmediatamente después de finalizar el propio a interrogatorio similar y bajo las mismas condiciones del que pretende lograr de su contrario; 2) de tal pedido, el juez corre traslado por el plazo de cinco días al propuesto para ser interrogado, notificándolo por cédula. Él es libre de rechazar o de aceptar el interrogatorio. Si lo rechaza, ningún efecto se genera para las partes; 3) si lo acepta, se señala audiencia al efecto. A ella deben concurrir bajo pena de nulidad el juez y ambas partes: quien declara y quien pregunta. Si falta alguna cualquiera de las partes, precluye el acto y no puede repetirse en lo sucesivo; 4) abierto el acto, previo juramento o promesa de decir verdad que presta formalmente el declarante pues actúa como testigo en causa propia y de ser impuesto de las consecuencias penales que puede tener una declaración falaz, comienza el interrogatorio que una parte formula a la otra. A este fin, las preguntas deben versar sobre hechos*

*y circunstancias del pleito y ser efectuadas de viva voz y con claridad y precisión. Las respuestas se brindan de la misma forma a menos que el declarante se niegue a responder preguntas que recaen sobre hechos cuya investigación o reconocimiento prohíbe la ley, o cuya respuesta compromete derechos irrenunciables o intransigibles, o que él estima que pueden comprometerlo en su honor o someterlo a enjuiciamiento penal; 5) inmediatamente después se procede a tomar juramento o promesa al ponente de la prueba para que sea interrogado ahora por su contraparte y se le advierte acerca de las consecuencias penales que puede tener su declaración falaz. Con esto, comienza el nuevo interrogatorio con la misma modalidad que el anterior; 6) terminado ello, y sin perjuicio de su registración fílmica -que se guarda en secretaría hasta tanto la sentencia que eventualmente se dicte en el pleito pase en autoridad de caso juzgado- se levanta acta de lo acontecido, que firman todos los presentes en el acto.*

### **Notas de AAV sobre el artículo 475**

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

Desde siglos, se la privilegió frente a todos los demás *medios probatorios*. Tanto, que se la ungió como la *probatio probatissima*, de donde nace el antiguo refrán *a confesión de parte, relevo de prueba*. Y aplicando este criterio, igual en lo civil que en lo penal, los jueces de todos los tiempos fundamentaron sus sentencias sólo en el hecho de la confesión, si ella había sido rendida en autos.

Desde mediados de la década del ‘60 en el siglo XX, los procesalistas penales le quitaron su calidad de *medio de prueba* y le asignaron la de *medio de defensa*. Y ese criterio pasó al derecho procesal civil. A tal punto ello es cierto, que hoy -y desde finales del siglo XX- se estudia a la confesión como un simple medio de convicción.

Con la imprescindible recordación de estos antecedentes, ya es hora de acotar ideas: tal como lo define este código, la confesión judicial es *la declaración que*

*hace una parte procesal en contra de su propio interés litigioso, aceptando extremos fácticos que lo perjudican de una u otra manera.* Precisamente porque la lógica histórica enseña que si ello ocurre se debe a que el confesante -actuando de buena fe, cual lo haría en la confesión religiosa- acepta como exacta una verdad que alguien quiere imponerle, resulta obvio que lo confesado debe coincidir con esa verdad.

Sin embargo, la vida muestra ejemplos en los cuales esa coincidencia no se presenta. Muchas veces -en rigor, más de las que podemos imaginar- un padre confiesa haber cometido el delito imputado a un hijo. Si bien se mira, ¡se trata de noble actitud fundada en el amor filial! Pero que, a la postre, proclama que lo confesado *puede no coincidir con la realidad*. El problema no se detiene allí: la historia reciente muestra que en la época dorada de la mafia conocida como *cosa nostra*, había personas que -por dinero- confesaban haber cometido los delitos imputados al *capo mafiosi*. Y esto no se presenta como hecho noble y amoroso sino como vil negocio.

Con tantos elementos que han generado enorme desconfianza en el tiempo hacia este medio de *suma prueba*, los procesalistas penales -que actúan en un campo en el cual tiene peso verdadero la confesión- y como se ha dicho recién, han dejado de brindarle el valor de *medio de prueba* para asignarle otro mucho más correcto funcionalmente: se trata de un verdadero *medio de defensa* que el interesado puede hacer valer a su exclusiva voluntad en el proceso. Si bien esta es la tónica actual -veinte años después- todavía sigue siendo incomprendido el problema por la generalidad de los procesalistas civiles, lo que ahora genera graves problemas de naturaleza constitucional.

En el pasado, toda declaración de parte (al igual que la de los testigos) se hacía bajo *juramento de decir verdad*. Y el pensamiento de la época era congruente con ella pues, castizamente, *jurar es prometer algo en forma solemne, poniendo a Dios por testigo*. Tanto era así, que legalmente se tipificó el delito de perjurio (jurar en falso) -con lo cual se vedaba teóricamente la posibilidad de mentir en el proceso- que se despenalizó en la Argentina hace ya muchos años, acorde con el mandato constitucional que asegura que *nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo*. Desde que ello ocurrió, dejó de cumplirse la práctica del juramento en forma previa a la declaración penal. Sin embargo, continuó siendo exigido en el proceso civil (en verdad, hasta el día de hoy toda posición que debe ser absuelta en la prueba de confesión se redacta tontamente con la fórmula. *jure como es cierto que*).

Todo esto es inconstitucional pues parece obvio que si nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo y, en esta tónica, el imputado penal puede abstenerse de declarar sin que sufra efectos contrarios a su propio interés, es absurdo y contrario al orden constitucional que se pueda exigir judicialmente que el demandado civil declare en contra de sí mismo y se le apliquen gravísimas consecuencias en caso de inasistencia a la respectiva audiencia o de silencio ante las posiciones o preguntas que se le formulan (adviértase que el alcance legal de la prohibición de declarar en contra de sí mismo es mayor en los países de América latina que en los propios Estados Unidos, donde el mandato constitucional refiere sólo a la materia penal. De donde resulta que los discípulos han superado largamente al maestro). Y esto es así en todos los códigos del continente que siguen la impronta del derecho español en la materia penal.

No ocurre lo mismo en los países que responden al sistema del *common law*. En ellos, nadie puede exigir en proceso penal la prueba de absolución de posiciones (provocación de la confesión) a su oponente. Por el contrario, cada parte es libre de decidir si ha de declarar o no en el proceso.

Nótese bien que, en tales condiciones, si la parte declara es porque espontáneamente así lo quiere. Insisto: nadie puede generar en su contra la carga de hacerlo. Y por ello, *debe decir la verdad*, en serio y bajo juramento, pues a la postre se trata de un testimonio en causa propia. Obviamente, aquí la mentira se castiga con la pena del falso testimonio. De ahí entonces que no debemos quejarnos de la mentira sino de comprender y aceptar que la ley admite -inconstitucionalmente- que pueda ser provocada una confesión convocando el juez a la parte procesal a una audiencia donde se le pide que declare en su contra, reconociendo hechos que le son adversos.

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

### **Notas propias sobre el artículo 475**

La nota de AAV brinda razones suficientes para dejar de lado la prueba de confesión y reemplazarla por *la declaración de parte*. Solo queremos adicionar un argumento a favor de que la parte declare en la condición de testigo en su propia causa: *impide que el juez pueda convocarlo a declarar*. Imaginar que le toma declaración bajo juramento de decir verdad deja bien a las claras que esa actividad no debe ni puede ser llevada a cabo por el juzgador a riesgo de

agredir duramente el principio de imparcialidad e imparcialidad que no puede quebrantar de modo alguno. Es que la norma opera en plena adecuación con las mandas constitucionales y le permite a la parte abstenerse de declarar y esa concesión la puede hacer valer si es que el juzgador la convocara absurdamente para cumplir con esa carga.

Por cierto, que en el Código Modelo el juez tiene *prohibido el despacho de pruebas de oficio*, pero la observación sobre la potestad de la parte de brindar o no testimonio deja muy en claro que sus dichos en un formato dispositivo adversarial constituyen un medio de defensa y no de autoincriminación.

Concluyendo: si las partes (nunca el juez) se convocan -mutuamente- para declarar de esta forma, y si en todo caso la declaración les resulta desfavorable por el contenido de su testimonio, lo será *bajo la misma valoración con la que se analiza la prueba testimonial* y, como contrapartida, en la medida que sus dichos la favorece, pueden ser incorporados como soporte de la hipótesis que se esgrime si es que resulten verosímiles y guardan correspondencia con otros medios de prueba.

\*

**Artículo 502. Concepto de indicio.** *Denominase indicio a un hecho conocido partir del cual se razona la existencia de un hecho desconocido que permite al juez obtener el resultado de una presunción judicial. El hecho conocido se denomina indicador o indiciario, que puede ser: 1) necesario: lo es cuando por sí solo e inexorablemente -y con independencia de cualquier otro medio de prueba- permite aceptar la existencia del hecho indicado; 2) contingente: lo es cuando exige la presencia de otros indicios -también contingentes- para posibilitar el resultado de la presunción que tendrá por probado al hecho indicado. El hecho desconocido se denomina indicado.*

### **Notas de AAV sobre el artículo 502**

“*Concepto del indicio.* Es un hecho conocido (el indiciario o el indicador) a partir del cual se razona: a) por *inducción*: se entiende por tal el método de razonamiento que consiste en partir del estudio y del análisis de datos particulares conocidos y avanzar lógicamente hasta alcanzar un principio general desconocido. Actualmente se expresa mejor diciendo que es la forma de inferencia que

permite predecir la regla que vincula a ciertos rasgos (o características) que surgen de un caso determinado; b) por *deducción*: se entiende por tal el método de razonamiento que consiste en partir de un principio general conocido y avanzar lógicamente hasta alcanzar una conclusión particular desconocida. Actualmente se explica mejor el tema diciendo que es la inferencia que permite predecir los rasgos (o características) que aparecerán a partir de la aplicación de una regla a un caso determinado y c) por *abducción crítica*: el moderno término abducción refiere a la forma de inferencia que permite identificar a un caso perteneciente a una regla a partir de ciertos rasgos (o características) determinados) Y todo ello para llegar, razonamiento mediante, a la aceptación de la existencia de un hecho desconocido (el indicado).

Constituye, por ende, un medio de prueba indirecto que le permite al juez obtener el resultado de una presunción que, a su turno, es el juicio lógico que permite al juzgador tener como cierto o probable un hecho incierto después de razonar a partir de otro hecho cierto. Para llegar a ese resultado, que bien puede ser fundamento definitivo de una sentencia judicial, el juez debe razonar desde la entidad misma del hecho indiciario o indicador, que puede ser necesario o contingente”.

### **Notas propias sobre el artículo 502**

La información que le brindan al juez los distintos medios de confirmación ha sido profundamente repensada en el Código Modelo. A partir del deficiente o casi nulo tratamiento de la prueba de indicios ausente en los códigos publicistas, se los reguló con toda precisión.

Es que la prueba indiciaria reviste una enorme importancia en los conflictos no penales. La experiencia indica que se apela cotidianamente a ella y que en ciertas ocasiones se vuelve dirimente para acreditar la existencia del hecho principal que se encuentra contradicho. Si tenemos presente que de ordinario ese hecho principal afirmado por la parte y sobre el que sustenta su pretensión ocurrió en el pasado, lo cierto es que en numerosas ocasiones no se cuenta con medios directos de prueba para confirmarlo. Si esto ocurre a partir de la acreditación de *hechos distintos (indirectos o indiciarios)* nos puede llevar a la determinación del hecho principal *desconocido (indicado)*.

También se otorga claridad al despejar la confusión entre la prueba de indicios diferenciándola de la presunción judicial. La presunción forma parte del razona-

miento probatorio del juzgador. Si los indicios son graves, precisos y concordantes, llevarán al juez, mediante pasos inferenciales lógicos, a generar la presunción que el hecho principal afirmado por la parte efectivamente ocurrió. En el artículo siguiente y su nota se complementará la idea que se vuelca en este tramo.

\*

**Artículo 503. Concepto de presunción judicial.** *Denomínase presunción el juicio lógico que permite al juzgador tener como cierto o probable un hecho incierto después de razonar a partir de otro hecho cierto.*

### **Notas de AAV sobre el artículo 503**

“*La presunción.* Se entiende por presumir (de *præsumere*, conjeturar, sospechar, tener por cierto) la admisión de la certeza de una cosa sin que esté probada o sin que le conste a quien presume.

En el derecho romano antiguo se empleó en el sentido de creencia, suposición u opinión y se relacionó el vocablo con el de *probare*, configurando el concepto de una hipótesis que se tiene por cierta mientras no se destruya con una prueba en contrario. Si bien se mira, presumir es igual a ausencia de necesidad de prueba. Y ello tiene, obviamente, estrecha relación con las reglas de la carga de la prueba, de las cuales son claras excepciones los hechos presumidos (no hay carga de probarlos).

Recién en el derecho canónico aparecieron las verdaderas presunciones -las que no admiten prueba en contrario- y, al desarrollarse los estudios sobre la prueba judicial, se generalizó la tendencia de sustituir a los indicios por las presunciones legales, aceptando ahora la posibilidad de prueba en contrario. De tal forma, el tema se estudia desde siempre con una triple óptica: *præsumptiones iuris et de iure* (presunciones legales absolutas o de pleno derecho), *præsumptiones iuris tantum* (presunciones legales relativas) y *præsumptiones facti* (presunciones judiciales emergentes del análisis de varios hechos indiciarios y que, obviamente, también es relativa).

Actualmente, corresponde hacer una nueva sistematización: toda presunción admite un doble estudio: en cuanto a su origen y en cuanto a su valor. Por el origen, puede ser legal (*præsumptio legis*), que está impuesta por el legislador y debe ser aplicada por el juez, y humana o del hombre (*præsumptio hominis*)

que el juzgador establece a su voluntad después trabajar con indicios en las condiciones que la ley los admite).

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

### **Notas propias sobre el artículo 503**

Ratificamos la claridad normativa que ubica a la presunción judicial como parte del razonamiento judicial. En este caso, ese razonamiento presuncional tiene por probado *el hecho principal* afirmado por alguna de las partes pero que en principio luce incierto. Adquiere *certeza* a partir de la confirmación de otros hechos *diferentes* tenidos como ciertos y que por la calidad de la información que contienen lleva a esa inferencia racional.

Para cerrar en este tramo vinculado con los medios de confirmación: a riesgo de ser reiterativos, queda en evidencia que decidimos, muy a nuestro pesar, no reproducir ni brindar las notas aclaratorias sobre una gran cantidad de normas que son de la mayor relevancia. Algunas lucen un perfil técnico pero otras son expresivas de la política procesal que anima el sistema dispositivo adversarial. Así, a modo de ejemplo, resultaría pertinente abordar por qué se alteró el modo de clasificar los medios de prueba como se precisan en el artículo 423.

Allí se distinguen los de *comprobación, acreditación, mostración y convicción*. Y queda claro que, así redefinidos, impactan decididamente sobre el razonamiento probatorio del juzgador y ordena la fuerza convictiva que pueden provocar. El lector deberá comprender que esa renuncia consciente a explayarnos sobre el universo normativo probatorio obedece al límite que nos impone la extensión de la obra que, aun con estos drásticos recortes, asume un contenido muy voluminoso.

La misma reflexión cabe para la reducción que se efectuará sobre los modos de terminación del proceso y que seguidamente abordaremos.



## **8. CONTINUIDAD DEL EXAMEN NORMATIVO DEL CÓDIGO MODELO EN EL LIBRO VII**

Como lo anticipamos en la introducción de este libro VI tomamos la decisión de analizar el conjunto de normas contenidas en el Código Modelo que, más allá de la escogencia selectiva de las mismas, igual representan un desarrollo y extensión muy importantes. Si a este dato le sumamos lo insumido en las notas doctrinarias de AAV y de las propias, llevamos utilizadas hasta aquí más de ciento cincuenta páginas, tomando la última norma que comentamos, el artículo 503 del Proyecto.

Y, todavía, nuestra labor debe ser completada con el análisis de otro cúmulo importante de artículos con los que finalizaremos el examen de la parte general del proyecto. A ello se suma las normas que seleccionamos de la parte especial, que regulan los procesos de conocimiento y los ejecutivos a las que también agregamos notas doctrinarias propias.

Dicho esto, culminamos aquí el libro VI y en el próximo libro, el VII que consumió una extensión similar, completaremos nuestra faena bajo la premisa de facilitar al lector su lectura con un formato amigable al ser distribuido su contenido en dos volúmenes.



## BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *“Proyecto de Código Procesal General Modelo para Justicia no Penal de Latinoamérica, con correlación normativa y explicación de todas las instituciones legisladas. Fuente Código procesal general. Academia Virtual de Derecho <http://www.academiadederecho.org>.*

CIPRIANI, Franco, *El autoritarismo procesal (y las pruebas documentales)* revista ius et praxis - año 13 - N ° 2 45, Italia, disponible en la web.

FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y Razón*, Trotta, Madrid, 1995.

Texto del “Proyecto de Código Procesal General Modelo para Justicia no Penal de Latinoamérica”, Fundación para el desarrollo de las ciencias sociales, Rosario, Argentina, 2017.

