RESPUESTAS PROCESALES

SEGUNDA EPOCA

SECCIÓN 1ª . DERECHO A LA ACCIÓN Y A LA JURISDICCIÓN

LA ACCION Y EL DERECHO A TRAMITAR EN UNA INSTANCIA UTIL

Comentario a fallo

1. El acceso a la justicia reconoce múltiples facetas que perfilan características y precisiones de la organización judicial de un país.

A veces, se acortan singularidades en torno a la dificultad por el costo económico de la actuación procesal, brindándose paliativos con la asistencia jurídica gratuita, la defensa oficial, o el beneficio de litigar sin gastos. En otras, la problemática atiende al hombre con sus derechos, los que no tienen inmediata cabida al tener que transitar la fatiga incómoda de las acreditaciones de legitimación.

En esta oportunidad, queremos detenernos en un aspecto vinculado, aun cuando ramificado de una postura más general como es el concepto de acción procesal y lo que ella importa para el derecho constitucional y, fundamentalmente, procesal-constitucional.

2. Una vez iniciada la causa justiciable, parten consecuencias previsibles: a) la formación de un expediente que hará de sustento material al trámite; b) se generan efectos procesales y sustanciales consabidos; c) se concreta la jurisdicción interviniente; y, sin agotar las posibilidades secuenciales, d) se respeta el derecho de accionar dando un trámite donde los interesados puedan hacerse oir ante las autoridades.

Justamente, el comienzo de la instancia tiene esa proyección tan trascendente para la repercusión en el orden y respeto al debido proceso.

Quien reclama y presenta una pretensión, tiene derecho a ser escuchado y a tener un procedimiento donde debatir sus conflictos para obtener una respuesta de quien confía.

Naturalmente este es el bosquejo superficial de la inspiración que tiene el Poder Judicial

Es decir, cuando se da a los jueces el poder de resolver las controversias entre individuos, se ofrece a igual tiempo respuestas coincidentes con una fina aspiración ideológica. Por ejemplo, que no es bueno que los hombres hagan justicia de mano propia; que recurran a sus jueces en un acto de confianza hacia la equidad, equilibrio e imparcialidad que ellos representan; que la sociedad tenga una caja de resonancia (el proceso) donde gritar sus reclamos; que exista un desarrollo adecuado a esas necesidades vitales para

la organización comunitaria; y que ese trámite no esté apartado de la esperanza que todos depositan en la institución judicial.

3. Observemos que simple y sencillo parece el discurso, y aun cuando difícil resulta compartirlo ante una confrontación con la realidad. La acción es el primer paso de la pretensión y ésta implica siempre la existencia de un tercero, de otra persona frente a la que se formula la declaración de voluntad petitoria. ([1])

Esta explicación introduce una notable variante: al derecho procesal no le interesaría tanto encontrar la esencia del proceso, como sí el modelo de la jurisdicción. Por eso, partiendo de que el proceso es una categoría jurídica propia, lo que importa descubrir es su "por qué", y la respuesta puede estar en considerarlo un instrumento necesario.

Así tiene el proceso judicial esa definida presencia como garantía constitucional.

Ya en 1965, Bidart Campos elaboraba un concepto aproximado destacando que el "derecho a la jurisdicción" marcaba tres tiempos para el análisis: "antes del proceso", como obligación del Estado de suministrar justicia; "durante el proceso" manteniendo la idoneidad de vías procesales y la garantía de defensa en juicio en todas las instancias hasta llegar a la sentencia y, finalmente, en la "integridad de requisitos que tendría que contener el acto resolutorio jurisdiccional" para considerarlo válido. ([2])

El dilema histórico que protagoniza la acción, es decir, el interrogante de saber si es el mismo derecho que se reclama en juicio, o supone un interés diferente, independiente del derecho subjetivo, parece abandonado en las teorías que abonan el derecho a la jurisdicción. El punto de partida es otro, y radica en observar la función jurisdiccional.

Sin embargo, el alerta que puso calamandrei al precisar la relatividad de los conceptos, fue mucho más allá, porque logró demostrar la necesaria simbiósis entre la acción, el tiempo en que se formula y la circunstancia propia del Estado que debe dar respuesta.

Quedó en claro, también, la correspondencia de la teoría con la doctrina política que era su fundamento; porque tanto afirmó la existencia de corrientes opuestas, una liberal e individualista del Estado, y otra más rígida y autoritaria. Mientras una priorizaba el interés individual del sujeto, otra radicaba en la teoría del derecho abstracto de obrar. ([3]).

Nosotros hemos creído ([4]) que la acción "no es más que un acto" de contenido estrictamente procesal destinado a presentar un reclamo a la autoridad jurisdiccional. Esta, conocida la petición, iniciará un proceso, y, de

---

1. Montero Aroca, Juan: *Del derecho procesal al derecho jurisdiccional,* en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1984-I, págs. 40/1.

2. Bidart Campos, Germán J., *El derecho a la jurisdicción en Argentina*, El Derecho (Argentina), tomo 11, pág. 969.

3. Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil,* tomo I, editorial Ejea, Buenos. Aires.,1986, pág. 226.

4. Cfr. Gozaini, *Derecho Procesal Civil*, tomo I (*Teoría General del Derecho Procesal*), volumen 1 (*Jurisdicción, acción y proceso*), editorial Ediar, Buenos Aires, 1992, págs. 96/103.

ese modo, cerrará el circuito característico, propio e inconfundible, del proceso jurisdiccional.

Este acto de pedir informa al mismo tiempo una manifestación típica del derecho constitucional de petición. Como tal, el carácter abstracto que presenta se refleja en la posibilidad de lograr un litigio donde pueda ser oído y, en su caso, habrá obtenido el ansiado acceso a la justicia.

Ahora bien, para obrar en el sentido apuntado basta con el ejercicio reflejo de una motivación; es decir, quien acude al proceso no necesita estar respaldado de razón o derecho alguno; es suficiente que el Estado le garantice el acceso otorgándole la posibilidad.

De este modo, la acción será también un derecho subjetivo fundado en el deber del Estado de otorgar la tutela jurídica.

Aun así, en esencia, la acción tiene carácter intrínsecamente procesal (podríamos decir, de derecho procesal constitucional), porqué más allá de la garantía que supone, tiene como finalidad la protección jurisdiccional. Por ello es que la evolución conceptual del tema culmina con el derecho a la jurisdicción.

Entonces, si por la acción existe el proceso, el desarrollo de éste también sucede por la actividad de las partes, de suerte tal que la acción resulta del conjunto de las actuaciones interesadas. Pero además, como vimos, la acción procesal es jurisdiccional: ella en su jurisdicidad es petición de juicio y en último extremo exigencia del derecho. Sin el derecho no existe el juicio, y éste no existe sin la acción.

Hilvanando la idea, vemos que el destinatario de la acción sería el Estado, pues a él recurrimos en busca de tutela jurídica (derivación del concepto sustitutivo del Estado que se apropia de la facultad de juzgar y por ende componer los conflictos que se le plantean); pero también, la otra parte: el demandado, es objeto de nuestro interés. Procuramos que se someta a la obligación que le denunciamos.

4. Ahora bien, cuando la acción se postula hay ejercicio de un derecho constitucional. Este provoca el deber de proveimiento, por el cual se genera el derecho a la jurisdicción (al proceso útil y eficaz).

Cuando se aducen condiciones para "accionar", en realidad se establecen recaudos que corresponde a la pretensión, es decir, el objeto del proceso: aquello que se persigue en la declaración de voluntad petitoria.

de este modo, la doctrina que señala como elementos de la acción: la capacidad, el derecho, la calidad y el interés ([5]) no se detiene en observar que ellos son componentes de la eficacia de la pretensión, sin que afecten en algo a la acción; asimismo reposada en el derecho de igualdad de todos los ciudadanos ante la ley.

Frente a tantos contingentes la lucha por acceder al proceso se convierte en un arduo camino.

---

[5]. Alsina, Hugo, *Naturaleza jurídica de la acción,* Revista de Derecho Procesal, 1952-1, pág. 194.

5. Sin embargo, una vez superadas las vallas que sin mayor prolijidad enumeramos, el individuo lógicamente espera contar una instancia útil y efectiva para sus aspiraciones. Al menos, esa es la esperanza que la jurisdicción le ofrece.

JURISPRUDENCIA

CS, marzo 23-1993.- Colegio de Escribanos de la Provincia de Misiones c. Caja de Subsidios Familiares para Empleados de Comercio –CASFEC-

DICTAMEN DE LA PROCURADORA FISCAL DE LA NACION.-I-El Colegio de Escribanos de la Provincia de Misiones promovió demanda, ante la Justicia Nacional del trabajo, contra la Caja de Subsidios Familiares para Empleados de Comercio (C.A.S.F.E.C.), por cobro de una suma de dinero abonada por error, debidamente actualizada desde la fecha de cada depósito, hasta su efectivo reintegro.

Afirmó, en su escrito inicial, que desde el mes de agosto de 1978 había efectuado – a la orden de la demandada- los depósitos de ley en su condición de empleador, pero, cuando requirió de C.A.S.F.E.C. – el 21 de setiembre de 1984- el pago de la asignación por nacimiento para un agente del Colegio, le fue denegado el beneficio por no encontrarse empadronado en dicha Caja, toda vez que –por error de interpretación- se había consignado en las boletas de depósito el número de inscripción de la actora en la Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles.

Agregó que, al pretender gestionar su inscripción en la Caja demandada fin de regularizar la situación expuesta, esta le denegó el ingreso al sistema por resolución Nº 16.719/85, con fundamento en el carácter de persona de derecho público que inviste la actora. Por la misma resolución, se dispuso la devolución al Colegio de los importes depositados erróneamente. Recurrida por la actora, dicha resolución, C.A.S.F.E.C. rechazó la impugnación y ratificó la negativa a aceptar el empadronamiento del Colegio, ordenado el pago de la suma de AUSTRALES 766.77, en concepto de reintegro de los depósitos efectuados entre el 16 de agosto de 1978 y el 12 de julio de 1985 (Res. Nº 17.185/85).

Sostuvo que, no obstante que su parte rechazó el monto liquidado por la Caja, lo que dio origen a la resolución Nº 18.680/86 por medio de la cual la demandada dispuso la actualización monetaria e intereses, sin embargo el nuevo reajuste practicado tampoco fue admitido por el Colegio, dando origen al presente reclamo judicial.

Fundó su pretensión procesal en la inaplicabilidad de la ley 21.864, norma que utilizó la Caja para disponer que la actualización de los depósitos en reintegro se realizara a partir de los sesenta (60) días de dictada la Resolución Nº

16.719, que había denegado el empadronamiento del Colegio (julio de 1985) y hasta la fecha de dicho reintegro (febrero de 1986). Afirmó, en tal sentido, que la ley citada contempla la actualización de los reintegros a favor de los empleadores que no fueron puestos a disposición de los titulares dentro de los sesenta días de reclamados, situación que no se compadece con la de autos, en que el Colegio demandante, en virtud de la denegatoria de su empadronamiento por la Caja, no constituye un ¨empleador¨al que deba aplicársele el régimen instituido para los participantes del sistema de asignaciones familiares establecido por la ley 21.864.

Sobre esas bases, practicó la liquidación de la sumas reclamadas en concepto de devolución de importes erróneamente abonados por el Colegio, actualizados a partir de la fecha de cada uno de esos depósitos y no desde la que corresponde a la resolución de la Caja que denegó el empadronamiento. Ello así, por cuanto –a su entender- los fondos ingresados por su equivocación fueron utilizados por la entidad demandada en su beneficio, desde que ingresaron a su cuenta, por lo que si se reintegraran actualizados sólo a partir de la referida denegatoria, esto importaría un enriquecimiento sin causa para la Caja y un considerable perjuicio para la actora.

En la ampliación de demanda (fs. 19/21) la accionante reiteró sus argumentos respecto de la inaplicabilidad de la ley 21.864 al sub examine e introdujo subsidiariamente el planteo de inconstitucionalidad de la misma para el supuesto que se entienda aplicable al caso. Fundó el planteo en el hecho de que –a su juicio- el sistema de actualización de créditos que instituye la norma legal resulta violatorio del derecho de propiedad que garantiza la Constitución Nacional (art. 17).

II – A fs 221/226 contestó la demanda C.A.S.F.E.C. y pidió su rechazo, oponiendo las excepciones de pago, incompetencia, cosa juzgada y litispendencia.

Para fundar sus defensas definió – de manera preliminar- la naturaleza que atribuye al reclamo de autos. En ese sentido, estimó que de los propios términos de la demanda surge que el Colegio de Escribanos de Misiones formalizó sus reclamos y recursos ante la Caja, en vía administrativa, sometiéndose voluntariamente así al régimen instituido por las leyes 14.236 (arts. 13 y 14) y 15.223 (art.8).

Recordó que el Decreto-Ley 16.811/57 que modificó y reglamentó a su similar 7913/57) preceptúa que C.A.S.F.E.C,-pese a su carácter de entidad jurídica privada- tiene a su cargo la interpretación y resolución de todas las cuestiones que se susciten por la aplicación del régimen de asignaciones familiares para empleados de comercio, constituyendo a su respecto un ¨órgano jurisdiccional¨.

Con cita de precedente del Tribunal, concluyó que las decisiones de tipo jurisdiccional de la Caja son apelables ante la justicia, a través del recurso previsto por los arts. 13 y 14 de

la ley 14.236, por lo que no cabría que fuera demandada como ¨parte¨ en juicio ordinario. Fundó así la excepción de incompetencia, toda vez que –a su juicio- la actora debió transitar la vía del recurso directo ante la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social instituida por la ley 23.473.

Por las mismas razones argumentó que la última resolución adoptada por C.A.S.F.E.C. en ejercicio de las citadas funciones jurisdiccionales – la Resolución Nº 19.298/86, obrante a fs 212-, al no haber sido impugnadas dentro de los sesenta (60) días a través del recurso directo ante la Cámara, pasó en autoridad de cosa juzgada. Obviamente, la excepción de litispendencia fue opuesta subsidiariamente, para el supuesto de resolverse que no hay cosa juzgada y se entendiera que aún se encuentra en trámite el reclamo de la Caja.

III. La señora Jueza Nacional de Primera Instancia del Trabajo hizo lugar, a fs 237, a la excepción de incompetencia opuesta por la demandada y ordenó remitir las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social.

La actora apeló la sentencia interlocutoria, la que fue confirmada por la Cámara el fuero, con apoyo en lo dictaminado por el Procurador General del Trabajo (fs. 247/250) en cuanto a la incompetencia declarada, pero no ordenó la remisión a la Cámara de la Seguridad Social por estimar que, en el caso no media el recurso directo que habilita su competencia para intervenir en el conflicto. En consecuencia, dispuso devolver las actuaciones al juzgado de origen para su archivo.

Dedujo la actora recurso extraordinario a fs.253/256,con fundamento en la doctrina de ¨arbitrariedad de sentencia¨, en base a los siguientes agravios:

a)que la sentencia del *a quo* ha decidido más allá de lo demandado, al interpretar incorrectamente las cuestiones oportunamente planteadas por el Colegio de Escribanos. La actora no ha intentado la impugnación de un acto administrativo de C.A.S.F.E.C., sino que ha ejercido una acción ordinaria por cobro de pesos, contra un sujeto de derecho, fundándola en normas del Código Civil y del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (confr: Capítulo II, III y VII de la demanda);

b)que la sentencia recurrida ha omitido la consideración de extremos conducentes y decisivos para la resolución de la controversia, que enuncia:

b1)el Colegio de Escribanos de la Provincia de Misiones nunca estuvo empadronado en C.A.S.F.E.C., por lo que no puede ser calificado -como lo ha hecho el *a quo*- de ¨destinatario del sistema¨;

b2)frente a un tercero, ajeno al régimen de asignaciones familiares para empleados de comercio, C.A.S.F.E.C. carece de potestades ´jurisdiccionales¨, ya que tales competencias le han sido legalmente atribuidas sólo en cuanto actúa como

administradora de los fondos de la Seguridad Social, y frente a los destinatarios del sistema (art. 3º del D.L 16.811).

b3)tampoco tiene C.A.S.F.E.C. potestades jurisdiccionales, en el caso, por no tratarse de materia incluida en el ámbito específico de los decretos leyes 7913/57 y 16.811/57.

En el sub examine no se trata de reintegro de prestaciones del régimen de la Caja, sino exclusivamente de un supuesto en que ésta es deudora de sumas de dinero pagadas por error de un tercero ajeno a l sistema por lo que resulta aplicable el art. 784 del Código Civil.

B4)siendo la Caja, en el supuesto de autos, sujeto pasivo de un reclamo de pago de actualización monetaria de una deuda, ajena al sistema de prestaciones de seguridad social a su cargo, la regla de competencia que prevé el caso está contenida en el último párrafo del art. 8º de la ley 23.473, que dispone: ¨la competencia atribuida por la presente a la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social no excluye la de los respectivo tribunales competentes para conocer en procesos ordinarios o especiales contra... las cajas de ...subsidios familiares¨;

B5)que, la norma aludida, reconoce el derecho de todo acreedor de C.A.S.F.E.C de traerle a juicio ordinario o especial, en calidad de parte, cuando no se trata de deudas por prestaciones específicas del sistema. Pero la sentencia del *a quo* ha omitido toda referencia a ese derecho, aplicando el art. 8º de la ley 23.473 como si ese último párrafo no existiera.

Por último, el recurrente se agravió respecto de la interpretación que ha hecho la Cámara de la ley citada, la que vendría a negarle toda vía judicial para la tutela de su derecho no prescripto. Ello así, ya que al haber transcurrido los plazos de caducidad para deducir el recurso directo ante la Cámara de Apelaciones de Seguridad Social – recurso que a su entender no procede en el *sub lite*- el decisorio le cierra el acceso a la defensa judicial de sus derechos, con violación de la garantía del debido proceso y de la igualdad ante la ley, que implica igualdad de trato ante iguales circunstancias.

IV – A fs 269, la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (Sala III) rechazó el recurso extraordinario, lo que origina la presenta queja que llega a conocimiento de V.E.
Si bien la sentencia recurrida resuelve una excepción de incompetencia, circunstancia que en principio determinaría la improcedencia del recurso extraordinario deducido por la actora, por falta de uno de sus requisitos propios, cabe equiparar el decisorio a una sentencia definitiva, en los términos del artículo 14 de la ley 48, toda vez que ha resuelto más allá de la materia de competencia y ordenado el archivo de la causa.

El pronunciamiento en crisis, en efecto, no se ha limitado a decidir la incompetencia del fuero laboral para entender en la litis, sino que a declarado que la única vía idónea para la

consideración de la pretensión deducida era la de recurso directo ante la Cámara Nacional de la Seguridad Social.

En tales condiciones, no habiendo sido transitada la vía procesal que se señala en el plazo perentorio de sesenta (60) días, habría quedado sellada toda posibilidad de acceder a la justicia, por lo que la resolución apelada causa un gravamen de tal naturaleza que podría resultar frustratorio de los derechos constitucionales invocados, por ser de insuficiente o imposible reparación ulterior.

Estimo, pues, que el recurso resulta formalmente procedente, como lo tiene dicho V.E. en circunstancias análogas, en la medida en que se acredite lesión a la garantía del debido proceso y de la defensa en juicio (Conf. Sentencia del Tribunal de fecha 11 de febrero de 1992. Recurso de Hecho B.273 XXIII, in re ¨Banco de Intercambio regional (BIR), s/ quiebra, incidente de pronto pago promovido por el señor Dasso, Ariel Angel).

V –En cuanto al fondo del asunto, a mi modo de ver la sentencia recurrida omitió considerar extremos conducentes para la correcta solución de la causa, como el hecho repetidamente alegado por el Colegio de Escribanos de la Provincia de Misiones de que nunca estuvo empadronado en C.A.S.F.E.C.; y ello, por la propia decisión de la demandada que denegó su solicitud de inscripción.

A partir del desconocimiento de este hecho capital, el *a quo* le atribuye erróneamente el carácter de ¨destinatario del sistema de asignaciones familiares para empleados de comercio¨, única situación jurídica que permitiría concluir que la actora se encuentra sometida al régimen procesal específico instituido por las leyes 14.236, 15.223 y 21.864.

Pero no siendo ellos así, va de suyo que la actora es un tercero al ¨sistema¨, que viene a reclamar de la Caja la repetición de un pago indebido, con fundamento en las relaciones de derecho privado regidas por el Código Civil, entre personas jurídicas de igual naturaleza toda vez que ninguno de los dos entes ha ejercitado – en el supuesto de autos- prerrogativas de poder público.

Como el Colegio de Escribanos no integra el sistema de asignaciones familiares para sus empleados, no se encuentra en una situación especial de sujeción a su régimen, ni a su órgano ¨jurisdiccional¨específico. Por ello, C.A.S.F.E.C. carece, a su respecto, de competencias decisorias para resolver reclamos de la naturaleza del efectuado por la apelante, ajeno al de las prestaciones que constituyen la materia de su incumbencia; ya que aquellas potestades, propias del poder público, le han sido legalmente atribuidas sólo para los supuestos en que el ente actúe como administrador de los fondos de seguridad social y frente a los destinatarios del sistema (art. 3º, D.L. 16.811/57). Ese doble condicionamiento , por razón de la materia y de las personas, constituye precisamente la medida de las competencias públicas que le han sido transferidas por el

legislador para colaborar en la gestión de ese sector específico de la actividad estatal.

En tales condiciones, la conclusión del fallo de la Cámara,en cuanto a que correspondía que el Colegio tramitara la vía recursiva del art. 8º, inciso ¨c¨de la ley 23.473, por se trata, en el caso, de un conflicto relacionado con la administración del régimen de asignaciones familiares y sus secuelas, se apartó – a mi entender- de las constancias de la causa y de los hechos reconocidos por ambas partes.

Lo mismo puede afirmarse de los argumentos del dictamen del Ministerio Público de Trabajo obrante a fs. 247/248, que el *a quo* compartió y a cuyos fundamentos se remitió, que tampoco se compadecen con tales constancias, toda vez que el señor Procurador General el fuero se refiere a la controversia de autos ¨como consecuencia de una moratoria propia del régimen de asignaciones familiares¨, por lo que concluye que se relaciona ¨con la administración del régimen de asignaciones familiares y con la existencia o no de saldo a favor de una empleadora, que recibió un reintegro a valores nominales¨(énfasis agregado).

Adviértase hasta qué punto se apartan, estas conclusiones, de los hechos de la causa, que la propia demandada – en la motivación de la resolución Nº 18.680, agregada a fs. 208/209 – reconoce ¨que el caso planteado no se halla contemplado en la norma mencionada (se refiere a la ley 21.864)m ya que se trata de devolución de los aportes efectuados por un empleador que no solicitó previamente un empadronamiento. No obstante ello, y a fin de mantener el valor económico real de los aportes reclamados, cabe concluir que es procedente actualizar los mismos¨. Y más adelante, luego de fundar la obligación de la restitución nace al finalizar los estudios pertinentes que acrediten el hecho de que la institución del epígrafe no se halla comprendida en el sistema de este Fondo Compesador, motivo por el cual no debió realizar los aportes...¨.

Por lo expuesto, considero de aplicación la doctrina de V.E. según la cual¨...son susceptibles de descalificación las sentencias que omiten el examen y la resolución sobre alguna cuestión oportunamente propuesta,siempre que así se afecte de manea sustancial el derecho del impugnante y lo silenciado sea conducente para la adecuada solución de la causa¨(Fallos, 308-1662, ente muchos otros).

Máxime que la falta de consideración –por el tribunal- de la cuestión oportunamente planteada por la actora, en el sentido de que su reclamo versa sobre materia ajena al sistema de prestaciones específicas de C.A.S.F.E.C., derivó en el apartamiento de disposiciones legales expresas que rigen el punto en cuestión, esto es, el último párrafo del art. 8º de la ley 23.473, que precisamente prevé los supuestos en los cuales los entes del sistema de seguridad social son demandados- como ocurre en el *sub lite*- a raíz de cuestiones ajenas a lo específicamente previsional y están investidos de la calidad de parte en el conflicto(Cfr. Sentencia del tribunal, de fecha 27

de noviembre de 1990, in re P. 142, L..XXIII, ¨Ponce,José c. Estado Nacional ¨(ED. 141-706).

En tales condiciones, opino que el derecho de defensa en juicio invocado por la quejosa guarda relación directa con la cuestión debatida (Fallos, 297-250,452; 300-1080; 301-877; 304-325,1844), por lo que correspondería que V.E. hiciera lugar a la queja articulada y dejara sin efecto la sentencia apelada, devolviendo la causa al tribunal de origen.

VI – Sin embargo, habida cuenta de que el decisorio en recurso, atento a la forma como resuelve la excepción,no determina cuál es el juez competente para entender en la acción promovida, y a los fines de evitar nuevas dilaciones en el trámite, soy de opinión que corresponde a V.E. hacerlo, en virtud de lo prescripto en el art. 17 de la ley 48 y art. 24, inciso 7º in fine del decreto 1285/58.

Al respecto, estimo que no es ante la Justicia Nacional del Trabajo que debe tramitarse este juicio, dado que el art. 24 inc. e) de la ley 18.345 (ED, 30-933), norma que invoca la actora al contestar la excepción de incompetencia, se refiere a los procesos por cobro de aportes, contribuciones y multas, fundados en disposiciones legales y reglamentarias del Derecho del Trabajo; mientras que la acción que aquí se intenta persigue la repetición de una suma pagada a C.A.S.F.E.C. indebidamente, por un sujeto de derecho ajeno al sistema de prestaciones – como se ha señalado extensamente ut supra- por lo que el cobro de pesos no tiene por causa los aportes y contribuciones del régimen específico de asignaciones familiares.

Desde otro punto de vista, creo oportuno poner de resalto, con respecto a la naturaleza jurídica del ente demandado, que V.E. tiene dicho que, no obstante su carácter de ¨entidad de derecho privado con personería jurídica¨(art. 5º decreto-ley 7913/57, modificado por la ley 15.223), dado el tipo de competencias que el asigna el ordenamiento jurídico de la previsión social, su actividad puede ser considerada como ejercicio de un poder público (Fallos, 300-895, considerando 4º y sus citas).

Por otra parte, C.A.S.F.E.C. tiene un ámbito de actuación que cubre todo el territorio de la República, determinado en las normas de su creación (art. 1º del decreto-ley 7913/57, modificado por el decreto-ley 8879/57). Esa circunstancia, unida a la naturaleza pública no estatal de la Caja, tornan aconsejable admitir la competencia federal en los juicios en que la misma es parte.

Y toda vez que por su índole el reclamo de autos es de naturaleza centralmente civil, como antes se ha señalado, ya que se trata de reintegro de una suma de dinero pagada por error, con su correspondiente actualización monetaria, basada en la teoría del enriquecimiento sin causa, soy de parecer que corresponde atribuir el conocimiento del juicio a la Justicia Civil y Comercial Federal.

Por consiguiente, opino que corresponde hacer lugar a la queja articulada, declarar procedente el recurso extraordinario, dejando sin efecto la sentencia recurrida y disponer que se remitan los autos a la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal a fin de que por quien corresponda, prosiga con el trámite de la causa. 9 de diciembre de 1992. María Graciela Reiriz.

Buenos Aires, marzo 23 de 1993.-Vistos los autos: ¨Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Colegio de Escribanos de la Provincia de Misiones c.Caja de Subsidios familiares para empleados de Comercio –C.A.S.F.E.C.-¨, para decidir sobre su procedencia.

Considerando: 1ºQue contra el pronunciamiento de la Sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo que confirmó la resolución de incompetencia del juez de primer grado y ordenó el archivo de las actuaciones, la parte actora interpuso recurso extraordinario, el que denegado origina la presente queja.

2ºQue el Colegio de Escribanos de la Provincia de Misiones inició demanda contra la Caja de Subsidios familiares para Empleados de Comercio (C.A.S.F.E.C.) por cobro de una suma de dinero abonada por error, solicitando su actualización monetaria desde la fecha de los depósitos hasta su efectivo reintegro.

Las sumas reclamadas fueron depositadas por la actora en la caja mencionada, con el fin de obtener su inscripción como empleadora y el consecuente ingreso al sistema de subsidios familiares, solicitud que le fue denegada por resolución Nº 16.719/85 de la demandada.

3º Que al denegarse el ingreso de la actora, la demandada ordenó la devolución de los importes oportunamente depositados. Cuestionada la liquidación practicada, la actora promueve la presente demanda por cobro de pesos.

4ºQue el señor juez de primer grado hizo lugar a la excepción de incompetencia interpuesta por la demanda, dispondiendo el pase de las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social, por entender que las decisiones de la Caja de Subsidios familiares para Empleados de Comercio (C.A.S.F.E.C.) sólo eran apelables a través de los recursos previstos en la ley 14.236.

5ºQue apelada la decisión, la cámara *a quo* confirmó lo resuelto, expresando que correspondía, en cambio, el archivo de las actuaciones, atento a que no se había interpuesto el recurso de la ley 14.236, único supuesto que habilitaría la competencia de la Cámara de Apelaciones de la Seguridad Social, conforme a la ley 23.473 de su creación.

6ºQue en el sub judice, no sólo se ha resuelto una cuestión de competencia, sino que el *a quo* ha cuestionado la vía elegida por la actora para formular su reclamo.

En tal sentido, al ordenarse el archivo de las actuaciones y al estar vencidos los plazos para interponer el recurso de la ley 14.236, le queda cerrada a la actora toda posibilidad de recurrir a la justicia, para hacer valer sus derechos. Circunstancia que causa un gravamen irreparable, lesionando a la garantía del debido proceso y de la defensa en juicio consagrada por la Constitución Nacional.

7ºQue surge de las actuaciones que la actora no ha cuestionado su eventual derecho a ingresar al sistema de asignaciones familiares para empleados de comercio, sino que habiendo aceptado la resolución de la demandada, que rechazó su inscripción, pretende la devolución de lo erróneamente pagado, en virtud del art. 784 del Código Civil.

Dicha circunstancia implica que no se está frente a un caso regido por las leyes 14.236, 15.233, 21864 y 23.473, que establecen la vía recursiva ante la Cámara Nacional de Apelaciones de la Seguridad Social.

Por el contrario, se trata de una demanda ordinaria que no está referida a prestaciones específicas del sistema de subsidios familiares para empleados de comercio, y que en virtud de lo dispuesto por el art. 8º in fine de la ley 23.473, no corresponde a la competencia de la nueva cámara creada ni, tampoco, al fuero nacional del trabajo.

8ºQue en base a los fundamentos expuestos, a los que cabe agregar los formulados en el dictamen precedente de la señora Procuradora Fiscal que esta Corte comparte, los agravios del apelante suscitan cuestión federal suficiente para admitir la procedencia del recurso extraordinario interpuesto.

9ºQue a fin de evitar nuevas dilaciones en el trámite de las actuaciones y en virtud de lo previsto en el art. 17 de la ley 48 y el art. 24, inc. 7º in fine del decreto-ley 1285/58, corresponde que esta Corte resuelva la cuestión de fondo planteada y, en tal sentido, atribuir la competencia para el conocimiento de la causa al juez que en definitiva corresponda.

10ºQue la Caja de Subsidios familiares para Empleados de Comercio, no obstante su carácter de entidad de derecho privado con personería jurídica, dado el tipo de funciones que le asigna el ordenamiento jurídico de previsión social, su actividad puede ser considerada como ejercicio de un poder público. (Fallos, 300-895, considerando 4º y sus citas).

11ºQue raíz del ámbito de actuación y la naturaleza pública del ente demandado, así como el carácter civil de la materia traída a juicio, se torna aconsejable admitir la competencia federal en los juicios en los que la Caja sea parte.

Por ello, de conformidad con lo dictaminado por la señora Procuradora Fiscal, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la

sentencia apelada. Consecuentemente, se declara la competencia para seguir conociendo en las actuaciones, de la Justicia Nacional en lo Civil y Comercial Federal por medio de sus juzgados de primera instancia. Agréguese la queja al principal. Remítanse las actuaciones a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial federal a los efectos pertinentes. Notifíquese y hágase saber al Juzgado Nacional del Trabajo.- Mariano A. Cavagna Martínez.- Carlos S. Fayt.- Enrique S. Petracchi.- Julio S. Nazareno.- Eduardo Moliné O´Connor.

EL DERECHO A LA CONTRADICCION

Comentario a fallo

1. El derecho de recurrir una decisión que resulta contraria, se encuentra consagrada no sólo en las normas procesales sino también, en la Constitución Nacional a través de la garantía de defensa en juicio.

A su vez, quien ha logrado una sentencia favorable cuenta con la posibilidad de defender la argumentación del juzgador contestando las críticas concretas y fundadas que efectúe el apelante contra las partes del fallo que considere equivocadas.

2. Esta pauta que se integra a la noción de cargas procesales modifica la opinión que estima que el responde a la contestación del escrito de expresión de agravios es facultativa y por tanto su omisión (o su falta de agregación al expediente) no incide en el progreso de la instancia.

Sin embargo, el artículo 261 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación sostiene que del citado escrito de apelación se correrá traslado a la parte contraria, quien *deberá* contestarlo dentro del quinto día.

Como vemos, la verbalización establecida no coloca a la pieza de responde como una facultad, sino todo lo contrario, como deber o carga.

De este modo, toma sentido el traslado que se corre a tenor de lo normado en el art. 265, y por eso la ausencia de contestación contrae las consecuencias previstas en el art. 267, esto es, no poder hacerlo en adelante por haber precluido la oportunidad.

Sin embargo, la doctrina coincide en sostener como posibilidad de la parte vencedora el responder a los agravios del apelante, toda vez que él ya tiene en su favor un derecho judicial establecido y cualquier posición que pueda adoptar será puramente refrendataria de los fundamentos del *a quo.*

3. A veces, la falta de contestación permite la exención de gastos causídicos (por no haberse sustanciado el escrito), pero es una posibilidad inmersa en el cuadro objetivo y subjetivo que tiene el juez en la apreciación para resolver el curso de la condena en costas.

4. De todos modos, aunque la explicación anterior es importante, no cabe duda que no basta con declamar el deber o la potestad de respuesta si en el proceso no se ha hecho efectivo el derecho a la contradicción, pues a partir de su adecuada implementación se consigue dictar una sentencia válida, que no vulnera en la instancia la garantía de la defensa en juicio y

fundamentalmente por esta doble circunstancia: a) tiene que prevalecer en la formación del litigio entre partes la posibilidad de fijar cada una la posición respecto a los hechos; b) debe existir la posibilidad de adquirir con cierta facilidad la certeza de cada una de las posiciones.

En otras palabras, "el juez debe tener a su disposición un proceso que le permita llegar a fijar con toda claridad cada una de las posiciones que se mantienen en el proceso; y debe poder conseguir fácilmente la certeza de los hechos que se le plantean a debate. Sólo así tendrá el medio adecuado para dictar una sentencia y con todas las garantías, adaptada al Derecho" ([6]).

JURISPRUDENCIA

CS, noviembre 17-1994.- Amigo, Roberto P. c. Asistencia Médica Social Argentina, S.A. y otros s/ ordinario.

2º INSTANCIA.- Buenos Aires, junio 10 de 1993.- Autos y Vistos y Considerando: I. Pasan estos autos para resolver sobre la nulidad planteada a fs. 1613/14 por los codemandados Maspero, Espagnol, Del Sel y Centro Traumatológico Uriburu.

II. En primer lugar cabe señalar que, conforme surge del informe del Sr. Secretario obrante a fs. 1602 resulta exacto que se dictó la sentencia que luce a fs 1584/93 sin que obrara autos la contestación de agravios de los nulidicentes.

Ahora bien, partiendo de dicho hecho controvertido corresponde analizar si esa omisión tiene entidad suficiente como para invalidar el acto procesal aludido, pudiendo anticipar nuestra opinión en sentido negativo.

La conclusión a que se arriba encuentra su fundamento en dos apreciaciones que estimamos sustanciales para decidir la cuestión planteada: la primera es que el acto omitido no resulta ser de imprescindible necesidad para el trámite procesal de la causa, desde que la contestación de agravios puede o no existir lo cual no altera el curso de la instancia (Conf. arts. 267 y 268, cód. Procesal).

Aún de existir contestación, como en el caso no resulta obligatoria su consideración, ni es necesaria su evaluación, ni el análisis de su contenido para validar el acto de sentenciar en la Alzada, toda vez que el art. 271 del ritual resulta sumamente claro en cuanto a que en el decisorio los miembros del Tribunal deben examinar “las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios (subrayado nuestro), no mencionando que igual requisito se requiera con relación a la contestación de los mismos.

---

6. Cortes Domínguez, Valentín, *La eficacia del proceso de declaración*, en "Para un proceso civil eficaz", editorial de Francisco Ramos, Universidad Autónoma de Barcelona, 1982, pág. 124

El segundo aspecto de la cuestión que merece tenerse presente es que si bien la finalidad del formalismo que determina el traslado del memorial de agravios es asegurar la defensa de la persona y sus derechos (en este caso los del apelado), por aplicación del principio de trascendencia en materia de nulidades es menester limitar su procedencia a los supuestos en que el acto que se estime viciado sea susceptible de causar un perjuicio o agravio concreto a los impugnantes, valioso criterio que tiene acogida legislativa en el art. 172 del Cód. Procesal (Conf. CNCiv., sala G, 3/11/80, LL, 1980-D-641, Nº 79.076).

En el fallo citado se agrega que no basta para satisfacer la exigencia mencionada la mera invocación de haberse violado el derecho de defensa en juicio, sino que se debe precisar y demostrar la existencia de un interés legítimo atendible.

En efecto, tanto el interés como el perjuicio deben ser fehacientemente demostrados, ya que es preciso que la irregularidad haya colocado a la parte en estado de indefensión, pero no una indefensión teórica, sino concreta y efectiva(Conf. CNCiv., sala E, 30/11/79, LL, 1980-A287/5,Nº 77.991).

En el caso que nos ocupa los incidentistas se limitan a expresar que la agregación de su escrito de contestación de agravios constituía “un acto procesal indispensable para salvaguardar el derecho de defensa”. Dicha afirmación aparece como puramente dogmática y no cumple en mínima medida con el requisito a que nos venimos refiriendo desde que no se manifiesta siquiera que la consideración de alguno de los argumentos contenidos en el escrito no agregado hubiera variado sustancialmente el rumbo de la decisión definitiva que surge de la sentencia. En tal circunstancia no existe un daño concreto que merezca ser reparado mediante la declaración de nulidad solicitada y la misma aparece como interpuesta en el solo interés de la ley, lo cual obsta al acogimiento de lo peticionado.

Por lo antedicho, el Tribunal resuelve: rechazar la nulidad articulada, con costas por su orden por no haber mediado controversia de partes. Regístrese y notifíquese. Se deja constancia de que no firma la Dra. Estevés Brasa por haber sido recusada a fs. 1475.- Carlos R. Degiorgis. - Julio R. Moreno Hueyo (Sec.: Adolfo Campos Fillol).

Buenos Aires, noviembre 17 de 1994.- Vistos los autos:”Amigo, Roberto P.c. Asistencia Médica Social Argentina S.A. y otros s/. ordinario”.

Considerando: 1º Que contra el pronunciamiento de la sala K de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil (fs 1625/1626) que dispuso rechazar la nulidad articulada por los codemandados Máspero, Espagnol, Del Sel y Centro Traumatológico Uriburu, estas partes dedujeron el recurso extraordinario de fs. 1632/1647 que, con el alcance que resulta fs.1650, fue concedido a fs. 1657.

2ºQue aunque el interlocutorio mediante el cual se concedió el remedio federal no aparece debidamente fundado y tal circunstancia habilita su declaración de nulidad (Fallos, 313-934, entre muchos otros), no cabe en la especie dicha solución en tanto se encuentra en juego un derecho indemnizatorio fundado en daños a la personal y la medida sólo conllevaría prolongar aún más el ya dilatado trámite de la causa)(Cfr. Fallos, 312-532).

3ºQue -sin consentir el pronunciamiento de fondo dictado a fs. 1584/1593- los recurrentes plantearon su nulidad (fs. 1613/1614) atento a que a la fecha de su dictado no se había agregado el escrito de contestación de agravios que oportunamente habían presentado ante el tribunal, circunstancia objetivamente acreditada por el informe del actuario de fs. 1602 y el acta notarial obrante a fs. 1604/1605, de los que se desprende que el escrito en cuestión no se encontraba en autos y que fue hallado traspapelado, con cargo y sin foliatura.

4º Que el *a quo* - no obstante admitir la existencia de la irregularidad - desestimó el planteo de nulidad/ Afirmó en primer lugar que el acto omitido no resultaba “de imprescindible necesidad para el trámite procesal de la causa”, desde que la contestación de agravios puede o no existir, sin que importe alterar el curso de la instancia: y aun de existir no resultaría “obligatoria su consideración, ni es necesaria su evaluación, ni el análisis de su contenido” en atención a lo prescripto por el art. 271 del cód. procesal civil y comercial de la Nación. En segundo término, el tribunal adujo que si bien la finalidad del traslado del memorial de agravios es asegurar la defensa de la persona y sus derechos, en virtud del principio de trascendencia no bastaba con la mera invocación de su violación, pues se debía demostrar que “la consideración de alguno de los argumentos contenidos en el escrito no agregado hubiera variado sustancialmente el rumbo de la decisión definitiva”(fs. 1625/1626).

5º Que los agravios del apelante suscitan cuestión federal bastante para su tratamiento por la vía intentada, pues si bien lo atinente a las nulidades procesales reviste el carácter de una cuestión de hecho y de derecho procesal, propia de los jueces de la causa y ajena, como regla, a la instancia extraordinaria (Fallos, 307-21700, ello no es óbice para hacer en el caso excepción a dicha doctrina si con lo resuelto - con carácter definitivo- se ha incurrido en un rigor formal lesivo de la garantía de la defensa en juicio (Causa G.472.XXIII, ”García,Francisco c. E.F.A. s/ ley 9688’, del 10 de junio de 1992).

6ºQue esta garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional requiere que se otorgue a los interesados ocasión adecuada para su audiencia y prueba en la forma y con las solemnidades dispuestas por las leyes procesales (Fallos, 289-308; 290-293); por tal motivo, en su aspecto más primario se traduce en el principio de contradicción o bilateralidad que se remonta al *audiatur altera pars* romano - el cual supone, en

substancia, que las decisiones judiciales deben ser adoptadas previo traslado a la parte contra la cual se pide, es decir, dándole oportunidad de defensa (de la disidencia del juez Fayt en la causa A. 721.XXIV, “Apoderados y electores de la Alianza Frente de la Esperanza s/ acción constitutiva de tipo cautelar” de fecha 13 de mayo de 1993 (ED, 152-686).

7º Que, en primer término, lo resuelto por la alzada con sustento en el art.271 del cód. procesal civil y comercial de la Nación revela una comprensión inadecuada de la norma - que la desvirtúa y vuelve inoperante-, y conlleva un insostenible menoscabo de la garantía constitucional invocada. Ello es así pues, aun cuando la contestación de los agravios sea facultativa para la parte - en tanto su omisión no incide en el progreso de la instancia (Conf. art. 267, cód. procesal civil y comercial de la Nación), lo cierto es que si la vencedora hizo efectivo ejercicio del derecho conferido, no es dable soslayar su responde, pues por dicho acto se intentó - precisamente- rebatir los agravios del apelante y apoyar los fundamentos de la sentencia que se pretendía mantener. De lo contrario, tanto el traslado previsto en el art. 265 como la contestación del art. 267 se reducirían a rituales estériles, carentes de sentido y finalidad.

8ºQue, en este orden de ideas, cabe destacar que si bien no es obligación del juzgador el seguir todos los argumentos de las partes - sino tan sólo los conducentes para dirimir la cuestión-, bajo ningún aspecto ello implica que se pueda prescindir de la existencia misma de un acto alegatorio, cuyo contenido debe ser, al menos, conocido por el tribunal antes de emitir una decisión susceptible de afectar - eventualmente- los derechos del litigante, quien, de otro modo, se vería privado por esta vía de la efectiva oportunidad de ser oído.

9ºQue, por otra parte, al exigir en el caso la acreditación del interés y del perjuicio sufrido en los términos antes indicados, la alzada aplicó mecánicamente un precepto formal fuera del ámbito que les es propio y por esa vía hizo gala de un ciego ritualismo incompatible con el debido proceso adjetivo (Fallos, 310-933; 312-61). En efecto, imponer a la parte la demostración de la eficacia persuasiva de un responde no agregado en la etapa pertinente -en valorar tardíamente los argumentos defensivos antes ignorados-, son actitudes que no se compadecen con la gravedad de omisión incurrida, imputable al *a quo* y por sí sola susceptible de generar una situación de indefensión, cuyo gravamen cabe presumir cuando -como en el caso- el pronunciamiento de la cámara admitió los agravios de la contraria y - al revocar la decisión de la anterior instancia- extendió la condena a los codemandados.

10ºQue, de acuerdo con lo expuesto, lo resuelto sólo satisface en apariencia la exigencia de adecuada fundamentación de modo que, al mantener relación directa e inmediata con las garantías constitucionales que se dicen vulneradas (art. 15, ley 48),

corresponde la descalificación de la sentencia apelada como acto jurisdiccional. Habida cuenta del tiempo transcurrido desde la iniciación de la causa -año 1985-, la índole de los intereses en juego y la situación de la actora denunciada a fs. 1677, resulta conveniente - a los fines de evitar el reenvío en lo atinente al planteo de nulidad - hacer uso de la facultad conferida por el art. 16, segunda parte de la ley 48 y pronunciarse directamente sobre el incidente promovido a fs. 1613/1614.

Por ello: Y Se declara admisible el recurso extraordinario y se deja sin efecto la resolución de fs. 1625/1626; II.Se declara la nulidad de la sentencia de fs. 1584/1593. Vuelvan lo autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, proceda a dictar una nueva sentencia. Con costas. Notifíquese y remítase.- *Carlos S. Fayt. - Ricardo Levene (h)* (en disidencia).- *Julio S. Nazareno.- Augusto César Belluscio* (en disidencia).- *Eduardo Moliné O'Connor.- Guillermo A.F. López.- Gustavo A. Bossert*.

Disidencia del señor Presidente Dr. Ricardo Levene (h.) y del señor Ministro Augusto César Belluscio

Considerando: Que el recurso extraordinario es inadmisible (art. 280, cod. procesal civil y comercial de la Nación). Por ello, se declara improcedente el recurso extraordinario, con costas. Notifíquese y remítase. *-Ricardo Levene (h.)- Augusto César Belluscio.*

LIMITES DE LA RESPUESTA EN EXPECTATIVA (Art.356, inc 1, CPCC)

Comentario a fallo

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

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

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

En síntesis mientras la demanda es una actividad tendiente a lograrla iniciación de un proceso, la pretensión procura satisfacer una voluntad específica mediante la obtención de una sentencia favorable ([7]).

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

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

Pero además, el marco que postulan los escritos de postulación, marcan las referencias de obligada respuesta para el demandado. Un obrar insuficiente significaría el reconocimiento de los hechos y la admisión de otros que deberán tener prueba complementaria.

2. Cuando el demandado está ausente y es preciso recurrir a la figura del defensor oficial, la ignorancia que éste tiene sobre los hechos planteados le obliga a excusar una respuesta definitiva hasta que la prueba se haya totalmente recibido.

---

[7] Gozaini, Osvaldo Alfredo, *"Derecho Procesal Civil", t I (Teoría general del derecho procesal, vol. 2*), Buenos Aires, Ediar, 1992, pág. 558.

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

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

Las posibilidades defensivas que pude mecanizar el letrado oficial, cuando se trata de cuestiones basadas en hechos personales del ausente son muy limitadas, porque siempre su actividad está focalizada sobre lo que la otra parte realiza.

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

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

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

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

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

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

JURISPRUDENCIA

DOCTRINA DEL FALLO

CNCiv. sala F, Marzo 10-1992, B; R. J c I; M.M.I

1.-No es posible que por la incomparecencia de la demandada y la imposibilidad de hallarla -lo que motivó que ésta fuera representada por la defensora oficial- se otorgue tal amplitud a la facultad conferida en el art.356 inc 1° del cod. Procesal, que signifique derivar un juicio de separación personal sin atribución de culpas en una sentencia que atribuye culpa al actor, sin haber si quiera existido la posibilidad de éste de debatir y probar al respecto (en el caso de autos, la defensora oficial alego haber tomado conocimiento a través de la declaración de un testigo de una causal imputable al actor de la que no podía tener conocimiento al contestar demanda, razón por la cual pretende la admisión del planteo y la declaración de culpabilidad de éste).

2-. Aunque la demanda fue representada por la defensora oficial, ello no puede alterar principios esenciales del orden procesal como es fallar de acuerdo al contenido de la *litis*, es decir, a las pretensiones que en la demanda y contestación o reconvención se hayan esgrimido. Es decir, que si se pretende alterar el sistema de la separación personal fundado en la separación de hecho (conforme se peticionó en la demanda) destinado a resolver la situación existente entre los cónyuges que desde hace anos antes ya no conviven sin indagar, ni discutir, ni probar, ni imputar culpas o transformarlo en un sistema de sanción a la parte. Ello debe ser introducido por vía reconvencional oportuna y en forma. a efectos de dar oportunidad al actor de discutir y probar sobre lo que se le imputa, ya que de otro modo, se violaría el principio de congruencia, afectándose la necesaria bilateralidad y de ese modo, el derecho de defensa en juicio.

3- Resultaría contradictorio que, no obstante que la *litis* no abarca en su contenido el tema de la culpa de uno u otro esposo, se tomara de una parte de una declaración testimonial para atribuir culpa al marido, pasando por alto los restantes elementos de juicio -testimoniales incluidas- que podrían indicar la culpabilidad de la demanda o al menos la concurrencia de culpas.

4.- El defensor oficial debe limitarse a defender al ausente, pero no deducir una acción tendiente la culpabilidad del actor y menos aún puede declararse tal culpa sin reconvención en forma.

5.- Sin que resulte necesario analizar la facultad de la defensora oficial de invocar la culpa del actor en el ámbito de un juicio fundado en la separación de hecho, resulta evidente la improcedencia de agregar a la sentencia un elemento de clasificación y condena como ésta peticiona, que no ha dado oportuna posibilidad al actor de discutir, cuestionar y probar

sobre ello, e incluso. invocar las posibles actitudes culposas de la demandada.

Fallo in extenso

2da Instancia _ Buenos Aires, marzo 10 de 1992 _ La sentencia apelada.es arreglada a derecho?

El doctor Bossert dijo:

1º En 1987 el actor promovió demanda de separación personal por la causal objetiva de separación de hecho superior a los 2 años; señaló que la separación se produjo en mayo de 1981.

De fs. 6 a fs.39 obran constancias de las numerosas y diversas diligencias efectuadas por el actor para intentar localizar a la demandada a efectos de notificar la demanda; al resultar infructuosas tales gestiones, se publicaron los edictos citatorios, ante la falta de comparendo de la accionada, a fs. 39 se designó la defensora oficial, quien efectuó una negativa general, con el alcance establecido en el art. 356 inc.1° del cód. procesal.

La sentencia de fs.77 hizo lugar a la demanda y decretó la separación personal de los cónyuges por la causal prevista en el art. 204 del cód. civil; apeló la defensora oficial fundando recurso a fs. 85; solicita se declare la culpa del marido actor por la causal de adulterio.

2º Sostiene la apelante, que a través de la declaración de un testigo, tomó conocimiento que no sólo existió la separación de hecho prolongada invocada por el actor, sino que éste habría constituido posteriormente un nuevo hogar, con unan nueva pareja y con hijos: expresa que no podía esta circunstancia al tiempo de efectuar su responde, por lo cual debe aceptarse el planteo que posteriormente realiza, y declararse, como pide la culpabilidad del actor.

3º La demanda fue fundada en el art.204. Es decir, en una causal objetiva de separación de hecho, sin imputación de culpa a la demandada. Si bien la demandada fue representada por la defensora oficial, lo cierto es que ello no puede alterar los principios esenciales del orden procesal, como es fallar de acuerdo al contenido de la litis, es decir, a las pretensiones que en la demanda y contestación o reconvención de haya esgrimido. Concretamente, si se pretende alterar el sistema de la separación personal fundado en la separación de hecho, destinado a resolver la situación existente entre los cónyuges que desde años antes ya no conviven, si indagar, ni discutir, ni probar ni imputar culpas y transformarlo en un sistema de sanción a la parte, ello, debe ser introducido por vía reconvencional oportuna y en forma, a efectos de dar oportunidad al actor de discutir y probar sobre lo que se le imputa (conf. Lagomarsino y Uriarte, "*Separación personal y divorcio*",.1991, p 249; Vidal Taquini "*Matrimonio Civil*", 1991 p 429; Belluscio "*Derecho de Familia*".t. III p.371; CNCiv, sala B, febrero 28 - 1989, voto de los doctores Conde, Greco y Miras. JA 1989.III-

195; idem, sala A L 34.349, marzo 7-1988, Idem sala I, L 80.802, octubre 23 de 1990; Idem sala C. Febrero 13-1990, con primer voto del doctor Cifuentes: CApel. CC San Isidro, sala II, Marzo 9-1989, con primer voto del doctor Arazi; también lo sostuvimos en Bossert y Zannoni "*Manual de Derecho de Familia* ", 3ª ed. p.363), ya que de otro modo, fallando más allá del contenido de la litis se violaría el principio de congruencia, afectándose la necesaria bilateralidad y de ese modo, el derecho de defensa en juicio.

Por otra parte, la razón de lo expuesto queda particularmente ratificada en este caso con diversos elementos: a partir de fs.48 obran diversos cartas documentos, traídas por el actor, de las que surgiría que la separación de hecho se origino en el abandono de la mujer: además este abandono aparece descripto en las declaraciones de los testigos, uno de los cuales invoca la apelante para alegar el adulterio del actor. Sin embargo el actor, demandó la separación personal por la causal objetiva ya mencionada, sin invocar la posible culpa de la mujer. De manera que resultaría contradictorio que, no obstante que la litis no abarca en su contenido el tema de la culpa de uno u otro esposo, tomásemos una parte de una declaración testimonial para atribuir culpa al marido, pasando por alto los restantes elementos del juicio -testimoniales incluidas- que podrían indicar la culpabilidad de la demanda, o al menos la concurrencia de la culpa.

Con prescindencia de ello, de haber sido introducida oportunamente la cuestión del adulterio como objeto del litio, el actor, tal vez habría podido plantear entre sus eventuales defensas, la cuestión acerca que si el art. 204, en cuanto admite que un cónyuge alegue y pruebe su inocencia, permite invocar la culpa sobreviniente, posterior a la separación de hecho o sólo a la que le dio origen tal como fue motivo, tal como fue motivo del debate en torno a la participación del inocente en los gananciales acumulados por el otro cónyuge desde la separación de hecho, tras la introducción, por la ley 17.711 [ed, 21-961] del actual art. 1306, párrafo 3º del cód. civil (señaló esto sólo como una posibilidad de debate que habría podido tener la parte, sin perjuicio de la posición que sobre el tema tengo asumida en Fassi y Bossert “Sociedad conyugal” ,t II, p 384 y sigtes.)

Como se advierte, no es posible que por la incomparecencia de la demandada y la imposibilidad de hallarla. se otorgue tal amplitud a la facultad conferida en el art.356. inc 1º del cód procesal que signifique derivar un juicio de separación personal sin atribución de culpas. en una sentencia que atribuye culpa al actor, sin haber, siquiera, existido la posibilidad de éste de debatir y probar al respecto.

Cabe recordar que, como bien lo señala el fiscal de Cámara, ya con anterioridad a la introducción del art. 204 del cód. civil, se resolvió que el defensor oficial debe limitarse a defender al ausente, pero no deducir una acción tendiente a declarar la culpabilidad del actor, y asimismo, que no podría declararse la culpa del actor sin reconvención en forma, como en tales casos pretendía el defensor oficial (CNCiv., sala B L. 280.861, julio

30-1992: Idem sala G, L, 281.732, de agosto 26-1982). También se rechazó la pretensión en tal sentido del defensor oficial por falta de reconvención en forma (CNCiv., Sala G, L, 116.695, abril 12-1985; idem sala B, L 19.521, mayo 29 1986).

De manera que, sin que sea necesario analizar la facultad de la defensora oficial de invocar la culpa del actor en el ámbito de un juicio fundada en la separación de hecho, resulta evidente la improcedencia de agregar a la sentencia un elemento de calificación y condena como se peticiona, que no ha dado oportuna posibilidad al actor de discutir, cuestionar, probar sobre ello e incluso invocar las posibles actitudes culposas de la demandada.

4º Por lo expuesto, voto para que se rechacen los agravios y se confirme la sentencia, tal como lo confirma el Fiscal de Cámara.

Por análogas razones a las aducidas por el vocal preopinante, los doctores *Conde y Posse Saguie*r votan en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

-Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia de primera instancia. Difiérese la regulación de honorarios para una vez regulados los de la anterior instancia.

Notifíquese y devuélvase *-Gustavo A. Bossert .- Ana M. Conde.- Fernando Posee Saguier.*

SECCIÓN 2ª . CUESTIONES DE COMPETENCIA

DECLINACION DE COMPETENCIA POR LA ALZADA

Comentario a fallo

1. La determinación de la competencia tiene reglas clásicas, entre las que cabe recordar el de radicación de la causa y consentimiento expreso de las partes prestando conformidad al juez asignado.

En estos supuestos, el magistrado interviniente se convierte en el "juez natural", expresión que no es absolutamente precisa pero que utilizamos en sentido clarificador, y bajo la jurisdicción que asume sustancia y resuelve el problema.

2. Para despojarse de la causa, el juez puede declinar la competencia, a cuyo fin "debe" describir todos los hechos que dieron motivo al proceso de forma tal que pueda individualizarse perfectamente quien podría ser el juez competente. Por tanto, no quedan satisfechos estos recaudos cuando se declina en forma genérica e insuficiente.

La Corte sostiene desde hace mucho tiempo que tanto la declinatoria como la inhibitoria son cuestiones que no pueden articularse cuando el juicio se ha pronunciado, es decir, cuando la causa ha terminado en cualquiera de sus formas (Fallos, 259:362; 295:450, entre otras).

En tal sentido, las contiendas (civiles o penales) de competencia no pueden prosperar cuando existe decisión firme debiendo conocer en la causa el tribunal que se hubiera atribuido la misma.

A veces, la cuestión se focaliza desde este instante, pues suele ocurrir que se interprete que el *a quo* era incompetente, y sin pronunciarse sobre dicha circunstancia, deniega la Cámara su intervención como alzada declinando su jurisdicción.

3. El enfrentamiento resultante entre normas dictadas luego de la producción de los hechos que dieron vida al proceso que limitan una competencia diferente, ante aquellas que regían al tiempo de suscitarse generando la competencia federal, no puede modificar el temperamento conectado con la radicación de la causa, pues la incompetencia que observamos en el *sub lite*, conspira contra principios abastecedores del debido proceso, tales como, la cosa juzgada, la preclusión de etapas superadas, y esencialmente, la que advierte sobre la existencia de actos procesales cumplidos que tienen plena validez y no pueden vulnerarse por leyes posteriores aun siendo eficaces en el futuro.

La Corte ha resuelto con tino la crisis, y agrega un elemento más que pondera su reflexión, en el marco de los presupuestos procesales que focalizan el objeto de nuestro comentario.

En efecto, si la Cámara sólo interviene en los límites que le marca la apelación, pues cualquier avance sobre ella provoca vicios de congruencia; tal apreciación queda expuesta y en su mérito se ordena revocar el decisorio en un saludable fallo revisor de la constitucionalidad de los procedimientos.

JURISPRUDENCIA

C.S., agosto 27/993, F., J.R. del C.J. s/ robo a mano armada de automotor y tenencia de arma de guerra.

Buenos Aires, agosto 27 de 1993. *Vistos* los autos "F., J.R. del C.J. s/ robo a mano armada de automotor y tenencia de arma de guerra" y

Considerando: 1°: Que la Cámara Federal de apelaciones de Tucumán -que debía resolver la apelación interpuesta por el Fiscal de primera instancia contra la sentencia que absolvió a **F., J.R. del C.J.** y a **A.S.** por el delito de tenencia de arma de guera- declaró su incompetencia para entender en la causa. Fundó tal criterio en la modificación que la Ley 23.817 introdujo al artículo 3 inciso 5 de la ley 48, por la cual los jueces de sección debían conocer de los delitos previsto en el artículo 189 bis del Código Penal, a excepción de la simple tenencia de arma de guerra, salvo que ésta estuviere vinculada con otros delitos de competencia federal, circunstancia que, según el tribunal de grado, no se hallaba presente en el caso (fs. 386).

2° Que contra ese pronunciamiento F. dedujo recurso extraordinario, que fue concedido (fs. 407). Sustentó su impugnación, esencialmente, en que la declinatoria de competencia implicó una evidente arbitrariedad pues fue dispuesta después de la sentencia de primera instancia, retrotrayendo así el proceso a etapas superadas, con la consecuente violación a la garantía de la defensa en juicio.

Asimismo sostuvo que no era aplicable al hecho de la causa la modificación introducida a la ley 48 por ser aquélla a la comisión del delito (fs. 395/402).

3°. Que si bien, como regla, las resoluciones que deciden cuestiones de competencia no son apelables por la vía del artículo 14 de la ley 48, ello es así salvo que medie en el caso denegación del fuero federal tal como ocurre en el *sub lite* (Fallos, 306:190; 307:671, 1831, 2430).

4°. Que esta Corte ha establecido el criterio según el cual las leyes de procedimiento son de orden público y, por consiguiente, las nuevas que se dicten, aun en el supuesto de silencio de ellas, se aplican a las causas pendientes, reconociendo también que corresponde hacer excepción a tal principio en los casos en que su consecuencia fuese privar de validez a lo actuado de conformidad con las leyes anteriores (Comp. n° 551.XXIII

"Illescas, Luis Alberto s/ infr. art. 189 bis del Código Penal" con fecha 16 de abril de 1991).

5°. Que la doctrina expuesta fue reiterada al fallar F.304 XXIII "Fiscal c/ Rojas, Juan Rubén s/ infr. art. 189 bis 3° ap C.P." con fecha 30 de abril de 1991, oportunidad en la que, se tuvo en cuenta que en ella se había dictado sentencia por el tribunal de primera instancia, advirtiéndose asimismo, que ese pronunciamiento solo sería revisable por la cámara conforme al reconocido principio de derecho procesal que limita la competencia de los tribunales de grado al conocimiento de las causas en las que han intervenido, previamente, sus magistrados inferiores, doctrina esta aplicable al *sub lite.*

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada; debiendo volver los autos al tribunal de origen para que, por quien corresponda, dicte una nueva con arreglo a las pautas fijadas en la presente. Hágase saber y devuélvase. *Antonio Boggiano - Rodolfo C. Barra - Augusto César Belluscio - Julio S. Nazareno - Ricardo Levene (h.) - Eduardo Moliné O´Connor - Mariano Cavagna Martínez.*

LA CAUSAL DE PREJUZGAMIENTO DE LA ALZADA CUANDO LA MISMA HA ORDENADO MEDIDAS CAUTELARES PRECEDENTES

El título de este breve comentario todo lo dice. Pero no puede darse demasiada amplitud a ello pues podemos caer en el riesgo de equivocar la generosidad de la conclusión.

En efecto, no ha de olvidarse que la recusación solidifica la garantía de independencia e imparcialidad que deben ostentar los jueces que han de resolver sobre las pretensiones ambivalentes que, generalmente, tiene todo proceso.

El problema de marras estriba en definir si el estrecho conocimiento sobre los hechos que tiene el *a quo* cuando admite o deniega medidas cautelares, involucra la causal de prejuzgamiento.

La jurisprudencia ha dicho, ocasionalmente, que tratándose de un proceso cautelar debe admitirse la recusación, pues si se acepta para las diligencias preliminares, con mayor razón habrá de tolerarse tratándose de un proceso cautelar, sin que obste a lo expuesto la falta de autonomía del proceso precautorio, desde que -aun con esa limitación, que es meramente teleológica-, el juez toma en él conocimiento, si bien superficial y periférico, de importantes aspectos de la cuestión de fondo a plantearse en la litis principal a la cual aquel proceso tiende (CNCom., Sala C, agosto 21/975, Rev. La Ley, 1976-A, p. 484).

En cambio Alsina decía que el dictado de providencias de tal condición no podían constituir prejuzgamiento puesto que allí el juez sólo se pronuncia sobre la verosimilitud del derecho invocado por el pretendiente ([8]).

Ahora bien, como sucede en estas "cosas" del proceso, la mejor resolución es la que atiende a las circunstancias objetivas y comprobadas sobre hechos concretamente ocurridos. Es decir, para decidir la admisión o rechazo de la recusación por prejuzgamiento no basta con decir su improcedencia por cuestiones rituales, sino observar cuál es la situación efectivamente confrontada y resolver en consecuencia.

Es verdad que las medidas cautelares se dan sobre la base de presupuestos muy simples (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), pero también lo es que, si el juez cuando otorga la medida incurre en fundamentos agregados a los puramente procesales, está incurriendo en adelantos de opinión que anticipan un resultado hipotético.

Por ello el prejuzgamiento, no evidente, es cierto y esta presente cuando asi sucede, provocando un gravamen específico.

La Corte tuvo oportunidad de observar la circunstancia en el resonado caso, que nos diera motivo a diversas publicaciones ([9]) donde se podía

---

[8]. Cfr. Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, editorial Ediar, 2da. ed., tomo II, pág. 302

[9]. ED, 149-699 y ss. y en particular nuestra nota al fallo que otorgó el recurso extraordinario titulada*: Indebida ampliación de argumentos en el auto que atiende la admisión del recurso extraordinario federal*. Publicado en El Derecho del 28/9/92

constatar la evidente intervención opinada del mismo órgano que debía actuar como tribunal de alzada.

Era manifiesta la ausencia de imparcialidad.

LA COMPETENCIA EN LOS PROCESOS DE LOCACION DE OBRA Y/O DE SERVICIOS Y LA CALIDAD DE COMERCIANTE PARA DETERMINARLA

Comentario a fallo

1. La sanción de la ley 23.637 que modificó el artículo 43 bis inciso c- del decreto ley 1285/58 significó, en su momento, una saludable reparación al problema reiterado de encontrar el juez competente en los asuntos derivados de la locación de obra o servicios.

De aquella surgían tres conclusiones determinantes: a) en los procesos de esas características serían competentes los jueces nacionales en lo civil (proyectando de este modo, la asignación que antes correspondía a la justicia especial o denominada tradicionalmente "de paz"); b) la misma distribución correspondería cuando se trataren los denominados contratos atípicos y, c) estableció la excepción del fuero comercial cuando el locador fuese comerciante matriculado o sociedad comercial.

El criterio actual de la Corte -mayoría- comparte estas afirmaciones, entendiendo que el principio es la competencia *ratione materiae*, y la excepción la competencia *ratione personae*.

De este modo, la justicia civil es competente en todos los casos derivados del contrato y de otros atípicos, inclusive en los temas referidos a la responsabilidad profesional.

La variación queda impuesta cuando el locador es comerciante, regularmente inscripto como tal, o una sociedad mercantil.

2. Sin embargo, tanto el voto del Dr. Belluscio, como la disidencia del ministro Petracchi, dejan latente una cuestión medular: ¿cuál es el principio general?.

A estar por los dichos de la mayoría, pareciera decirse que el nuevo orden dispuesto concreta que la justicia civil será siempre competente, salvo que exista condición de comerciante.

La otra vertiente, indicaría que es competente la justicia comercial cuando el locador es comerciante matriculado o una sociedad de tal carácter, a no ser que fuese reclamada la responsabilidad profesional.

Ambos discrepan en sus fundamentos: la mayoría cita el precedente de fecha 27/12/90 por el cual se dijo que la inspiración de la ley resultaba de los precedentes que la anteponían, tales como las leyes 16.732, 22.093 y la actual de unificación de fueros. En cambio, la disidencia sostiene que la verdadera intelección es la de "reintegrar a la justicia comercial su competencia exclusiva para entender en las causas de esa naturaleza".

Si nos guiamos por la intención del legislador, ésta última pareciera ser la respuesta acertada porque confronta el mensaje de elevación que acompañó al proyecto de ley sobre unificación del fuero civil y lo transmite en sus términos.

3. La cuestión abandona posiciones teóricas porque incide directamente en la *praxis* al tener que afrontar posibilidades distintas según interpretemos la naturaleza mercantil o civil del acto jurídico.

En efecto, mientras la Corte con su actual pronunciamiento tiende a definir que la competencia se resuelve por la calidad civil del contrato y excepcionalmente por razón de la persona (únicamente el locador, con lo cual se abandona el criterio tradicional respecto al cual si sólo una de ellas era comerciante, devenía el fuero mercantil); la otra sostiene que hay que atender la condición intrínseca de la convención prescindiendo del hecho de que las partes o sólo una de ellas revista la calidad de comerciante.

Si interpretamos la polémica al conjuro de otros antecedentes, encontraríamos ciertas variables que orientan la razón de la disidencia.

Ya la Corte había dicho que para distribuir la competencia entre los fueros que se han declarado incompetentes, la ley no atiende la calidad de la parte sino a la naturaleza intrínseca de la relación sustancial en que se basa la pretensión. Ello así, otorgaba la competencia civil en una demanda de resolución de contrato atípico (en el caso, de franquicia), sosteniendo que era irrelevante que la locación se hubiese pactado entre comerciantes, como asimismo que el ámbito arrendado se destinara al comercio en el giro habitual de los negocios de la locataria (CS, agosto 20/991, in re: Harff SRL, Marta c/ El Hogar Obrero).

No obstante, y aun contra el precedente citado que por su proximidad podría no ser alterado, creemos razonable otorgar una pauta de hermenéutica que otorgue seguridad jurídica al justiciable, porque la competencia no puede transformarse en un laberinto difusor del acceso a la justicia. Por tanto, las reglas señaladas en el fallo en comentario, acuden beneficiosas para un servicio jurisdiccional útil y eficaz.

4. Pero el problema no acaba con estas reglas, porque la Corte no ha resuelto un punto más de la polémica.

La cuestión estriba en responder si la calidad de comerciante matriculado o sociedad mercantil debe o no acreditarse.

El dictamen del Procurador General, del que participa el fallo en disenso, dice que esa condición proviene de la presunción legal establecida en los arts. 5 y 32 del Código de Comercio; lo cual se compadece con la idea acerca de que el estado de comerciante se adquiere mediante el ejercicio profesional y habitual de actos de comercio, sin exigir otra cosa la ley y el código de la materia. No se requiere ningún elemento formal o tributario, como podría ser, por ejemplo, la inscripción en el Registro Público de Comercio o el pago de alguna patente.

La falta de anotación en el Registro no hace a la calidad, sino a la protección que tiene el comerciante.

De todos modos, como la calidad de comerciante no haría por sí sola surgir la competencia particular, si no cuenta con la demostración de la

matrícula, la respuesta al *quid* quedaría en estos términos: Debe probarse la inscripción pertinente que haga surgir la competencia comercial, porque de otro modo, las convenciones en conflicto tendrán asignada la competencia civil conforme las nuevas modalidades adoptadas por las leyes procesales.

JURISPRUDENCIA

DOCTRINA DEL FALLO

CS, marzo 10/1992- Baspineiro, Felix I.c/ Exden, S.A.

1.-Una adecuada hermenéutica del art. 43 bis, inc. C) del decreto-ley 1285/58 (ley 23637) lleva a concluir que la justicia civil es competente para entender en todos los procesos derivados de contratos de locación de obra, de servicios y de contratos atípicos a los que resultan aplicables las normas las normas relativas a aquellos, salvo que el locador sea comerciante matriculado o sociedad comercial, en cuyo caso es competente la justicia comercial; y si se pretende hacer efectiva en el mismo proceso la responsabilidad civil del profesional interviniente, resultan indiferentes las condiciones personales del locador y también en este caso corresponde intervenir al fuero civil.

2- El hecho de que el locador de obra sea un empresario individual, pero no esté matriculado como comerciante, no es suficiente para que la causa quede sometida a la competencia comercial; puesto que no se cumplen los requisitos taxativamente impuestos por el art 43 bis inc, c) del decreto-ley 1285/58 (ley 23637), para hacer excepción al principio general sentado en el art. 43 del mismo cuerpo legal, que atribuye a los jueces nacionales en lo civil el conocimiento de todas las cuestiones regidas por las leyes civiles cual es el contrato de locación de obra (del voto del doctor Belluscio).

3- Para decidir la atribución de competencia en materia de juicios derivados de contratos de locación de obra habrá de atender a la naturaleza mercantil o civil del acto jurídico determinante dela pretensión, prescindiendo del hecho de que las partes o sólo una de ellas revista la calidad de comerciante; salvo el supuesto contemplado en el inc. C) in fine del art. 43 bis del decreto- ley 1285/58, esto es cuando se demande por la responsabilidad civil del profesional (del voto en disidencia del doctor Petracchi).

Fallo in extenso

Dictamen del Procurador General de la Nación.-

1. Iniciadas las presentes actuaciones ante el Juzgado Nacional de Comercio Nro.9, por solicitud de la actora, se remiten las actuaciones al fiscal de primera instancia, quien se expide a favor de la competencia del juez interviniente.

No obstante ello, este magistrado declaró su incompetencia a fs. 25,resolución que apelada por el Ministerio Público, recibe opinión en contrario del fiscal de Cámara a fs.30.

El tribunal de alzada, a fs.34, confirmó la resolución del juez de primera instancia, ratificando la incompetencia del fuero comercial en orden a lo expresamente dispuesto en el art. 43 bis, inc. C) del decreto-ley 1285/58, modificado por ley 23.637, que requiere para asignar los juicios derivados de locación de obra o servicio, que el locador sea un comerciante matriculado.

Remitidas las actuaciones a la Justicia Nacional en lo Civil, el juez a cargo del Juzgado nro.6, a quien se le asignó la causa, se declaró a fs.34 incompetente para entender en ella, coincidentemente con lo dictaminado por el Ministerio Público, sobre la base de la naturaleza mercantil del negocio jurídico en cuestión, así como por sustanciarse el juicio entre comerciantes.

Destacó que la norma general dispone la asignación al fuero comercial, de causas con origen en actos de comercio y que de mediar excepciones a dicho principio éstas deben ser reguladas expresamente, lo que no ocurre en la especie.

2- Quedó planteada, en tales condiciones, una contienda de competencia negativa, que corresponde dirimir a esta Corte, en los términos del art. 24, inc. 7 del decreto-ley 1285/58.

Creo necesario señalar, como primer acercamiento al tema, que la asignación de competencia tiene como fin la distribución de causas siguiendo criterios generales diferenciadores. En consecuencia, no puede obviarse que en el caso, está en juego la distribución de procesos según la materia.

Determinado ello, corresponde destacar que los intervinientes en el conflicto coinciden en que se está en presencia de la realización de actos de carácter mercantil entre comerciantes. Consecuentemente, cabría, en primer lugar, concluir que, por la naturaleza de la materia, corresponde la competencia al fuero comercial.

No obstante, no siempre el legislador ha otorgado tal competencia al fuero indicado, sino que en casos excepcionales y en forma expresa, asignó jurisdicción en materias de esta índole a otros jueces de distintos fueros, por razones de ordenamiento de la actividad judicial, que no resulta relevante en esta instancia explicar.

Establecidos los aspectos generales del tema, cabe analizar si en el presente juicio, se da algún supuesto excepcional por el cual deba apartarse a los tribunales comerciales del conocimiento de las causas planteadas entre comerciantes, por un acto de igual naturaleza.

Debo advertir que en la anterior legislación, vigente hasta la sanción de la ley 23.637, verbigracia, decreto-ley 1285/58, modificado por la ley 22.093 en su art. 46, inc.a), se había asignado la competencia en causas con origen en contratos de locación de obra y servicio, a la Justicia Especial en lo Civil

y Comercial. Sin embargo, dicho artículo fue derogado por la nueva ley 23.637, de unificación del fuero antes indicado con la Justicia en lo Civil, quedando así constituido un único fuero en lo Civil de la Capital (art. 1ro., parte 1ª. Ley 23.637).

Por tal razón, el legislador produjo una nueva distribución de las competencias y asignó, como resulta claro del texto legal (art. 48 bis, inc. C), a los juzgados comerciales, la competencia en los juicios que se deriven de contratos de locación de obra y servicios, cuando ello según lo entiendo, se planteen entre comerciantes y sean expresión de un acto de comercio.

Además, el artículo contempla otra situación jurídica, cual es la de los contratos atípicos a los que resulten aplicables las normas referidas a locación de obra y de servicios, cuyo conocimiento se otorgó a la justicia mercantil, pero sólo aquí establece la condición de que el locador sea un comerciante matriculado – en mi parecer resulta claro que ello lo es en orden a la presunción legal establecida en los arts, 5to. Y 32 del cód. de com- o una sociedad mercantil destacó, finalmente que en este último supuesto si se demandare a la persona por razón de su responsabilidad profesional, la competencia correspondería a la instancia en lo Civil.

De todo ello cabe concluir que, cuando están en juego cuestiones referidas a actos de comercio, la competencia, en principio, ha de corresponder a la justicia en lo Comercial, salvo que la lay en forma expresa haya introducido una excepción y atribuida tal competencia a jueces de otro fuero.

En atención a lo expuesto, como en el *sub lite* se discute una situación derivada del cumplimiento de un contrato de locación de obra, celebrado en el marco del ejercicio de la actividad mercantil, por comerciantes, es mi parecer que corresponde a la justicia de ese fuero entender en la litis, por no resultar esencial que el contratante-comerciante individual-esté matriculado, al no exigirlo en estos casos –según lo expuesto- la ley vigente.

Por todo ello soy de opinión que debe definirse la contienda planteada, disponiendo que el tribunal en lo Comercial Nro.9 de esta Capital, continue entendiendo en la causa. Agosto 3 de 1990 – *Oscar E. Rogger*.

Buenos Aires, marzo 10 de 1992.- Considerando: 1ro. Que tanto la Sala D de la Cámara Nacional en lo Comercial – que confirmó la decisión del juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nro.9- como el titular del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro.6 se declararon, a su turno, incompetentes para conocer en las presentes actuaciones donde, *prima facie*, con fundamento en un contrato de locación de obra, el locador reclama a su contraparte una suma de dinero en virtud de diversos incumplimientos en virtud de que esta última habría incurrido. Consecuentemente, quedó trabada una contienda de competencia negativa que corresponde resolver a

esta Corte de conformidad con el art. 24, inc. 7mo.del decreto-ley 1285/58.

2do. Que el art,43 bis inc.c) del recién citado decreto-ley 1285/58, en su actual redacción –texto según ley 23.637 de Unificación de la Justicia Nacional en lo Civil con la Especial Civil y Comercial (art.10)- atribuye a los jueces nacionales de primera instancia en lo comercial de la Capital Federal el conocimiento de los "...juicios derivados de contratos de locación de obra y servicios, y los contratos atípicos a los que resulten aplicables las normas relativas a aquéllos, cuando el locador sea un comerciante matriculado o una sociedad mercantil...".Y seguidamente establece que "... Cuando en estos juicios también se demandare a una persona por razón de su responsabilidad profesional, el conocimiento de la causa corresponderá a los jueces nacionales de primera instancia en lo civil de la Capital Federal..." (ver Boletín Oficial de diciembre 2-1988).

3ro. Que la interpretación de la ley ahora vigente exige tener presente que ella ha tenido la finalidad de atribuir a la Justicia Nacional en lo Civil de la Capital Federal "única"(art.1ro) el conocimiento de todas las causas asignadas –antes de la unificación- a la justicia civil y a la justicia especial en lo civil y comercial, con la salvedad de algunos supuestos explícitamente contemplados en su articulado que consagran excepciones a ese principio (Comp. Nro.77,XXIII, " Perez, Elda A c. Empresa de Transportes Los Andes, S.A.C.E.I.", pronunciamiento de diciembre 27 – 1990

4to. Que este nuevo ordenamiento modifica el régimen impuesto por leyes anteriores que asignaban a un solo fuero competencia para entender en todos los procesos derivados de contratos de locación de obra (v. gr., 1º la ley 16.732 y, la – entonces-especial en lo civil y comercial, la ley 22.

5to Que, en estas condiciones, a criterio de esta Corte, una adecuada hermenéutica del referido art., 43 bis, inc.c) del decreto- ley 1285/58 (ley 23.637), conduce a concluir que la justicia civil es competente para entender en todos los procesos derivados de contratos de locación de obra, de servicios, y de contratos atípicos a los que resulten aplicables las normas relativas a aquéllos, salvo que el locador sea comerciante matriculado o sociedad comercial, en cuyo caso es competente la justicia comercial, en cuyo caso es competente la justicia comercial; y, si se pretende hacer efectiva en el mismo proceso la responsabilidad civil del profesional interviniente, resultan indiferentes las condiciones personales del locador y también en este caso corresponde intervenir al fuero civil.

Esta conclusión refleja una solución acorde con los criterios clásicos vigentes en materia de reglas de competencia y congruente con la finalidad perseguida por la ley 23.637, de conservar –en principio- la competencia previa de ambos fueros en cabeza del fuero civil; armonía de la que no puede prescindirse, pues la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador y a los fines que la informan propósito que no debe ser obviado por los

jueces con motivo de las posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal (Fallos, 302-973 y 308-2246).

En efecto, la atribución al fuero civil de los casos regidos por las normas aplicables al contrato de locación de obra (procesos derivados de estos contratos y de aquellos atípicos a los cuales se aplica el mismo ordenamiento)configura una hipótesis de competencia *ratione materiae* (conf. Art. 43, decreto-ley 1285/58, texto según ley cit.; la remisión al fuero comercial de aquellos en que el locador sea un comerciante matriculado o una sociedad comercial – que así constituye la única innovación-, establece una excepción *ratione personae*; y la intervención del fuero civil en todos los casos cuando se plantee la responsabilidad civil de los profesionales actuantes en la obra o prestadores de los servicios significa que el legislador hace prevalecer esta *ratione materiae* sobre toda otra consideración para asignar al fuero civil su conocimiento, conservando la solución anteriormente vigente.

Una interpretación en otro sentido conduciría a diferenciaciones nada razonables con apoyo exclusivo en una puntuación poco feliz, criterio gramatical que no resulta aceptable hacer prevalecer ante consideraciones sensiblemente más ajustadas al objeto de estas argumentaciones.

6to. Que, por lo demás, corresponde advertir que la distinción basada en el carácter del locador aventa la posibilidad de que se generen repetidos conflictos de interpretación, contrariamente a lo que sucedería si aquél la encontrara fundamento en la naturaleza de la contratación, dadas las dificultades que para su determinación pueden presentarse en cada caso concreto y, en este sentido, no cabe prescindir de las consecuencias que derivan de cada criterio pues ellas constituyen uno de los índices más seguros para verificar la razonabilidad de la solución y su coherencia con el sistema en que está engarzada la norma (Fallos, 307:1018,consid.6to y sus citas, S- 101,XXII. “Soengas, Héctor R. Y otros c. Ferrocarriles Argentinos”, sent. Agosto 7-1990 [ED,140-151].

7mo. Que como colofón de lo expuesto, atendiendo a la índole del presente reclamo y no tratándose el actor de un comerciante matriculado ni de una sociedad mercantil se impone, sin más, atribuir competencia a la justicia civil para conocer en el caso.

Por todo ello, oído el procurador general, se declara la competencia del juez a cargo del Juzgado Nacional de lera. Instancia en lo Civil Nro.6 para seguir entendiendo en las presentes actuaciones, las que se le remitirán. Hágase saber a la Sala D de la Cámara de Apelaciones en lo Comercial y al juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia Nro.9 del fuero.- *Ricardo Levene (h)-Mariano A. Cavagna Martinez- Augusto C. Belluscio(según su voto)- Enrique S. Petracchi (*en disidencia*)- Rodolfo C. Barra- Julio S. Nazareno- Eduardo Moliné O’Connor- Antonio Boggiano*.

VOTO DEL DOCTOR *Belluscio*- Considerando: 1ro. Que tanto la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial – que confirmó la decisión del juez a cargo del Juzgado Nacional de lera. Instancia en lo Comercial Nro.9- como el magistrado a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro.6, se declararon incompetentes para conocer en las presentes actuaciones, en las cuales, con fundamento en un contrato de locación de obra, el locador reclama a su contraparte una suma de dinero en virtud de diversos incumplimientos en que ésta última habría incurrido. Consecuentemente quedó trabada una contienda de competencia negativa que corresponde resolver a esta Corte, de conformidad con el art. 24, inc. 7mo.del decreto-ley 1285/58.

2do. Que el art. 43 del citado decreto- ley (en su actual redacción, texto según ley 23.637), atribuye a los jueces nacionales en lo civil el conocimiento de todas las cuestiones regidas por las leyes civiles que no sean atribuídas expresamente a los jueces de otro fuero, y el art. 43 bis inc. C) del mismo cuerpo legal, asigna a los jueces nacionales en lo comercial los juicios derivados de contratos de locación de obra y de servicios, y los contratos atípicos a los que resulten aplicables las normas relativas a aquéllos, cuando el locador sea un comerciante matriculado o una sociedad mercantil, salvo que en ellos se demandare también a una persona por su responsabilidad profesional caso en el cual se vuelve al principio de la competencia civil.

3ro. Que en autos demanda el locador de obra, persona individual que a fs.22 reconoce no estar matriculado como comerciante a pesar de considerarse empresario individual.

4to. Que la invocada calidad no es suficiente para que la causa quede sometida a la competencia comercial, puesto que el contrato de locación de obra está regido por el código civil y aquélla no suple los requisitos taxativamente exigidos por la segunda de las prescripciones legales mencionadas en el consid. 2do. para hacer excepción al principio sentado en la primera.

Por ello, oído el procurador general, se declara la competencia del juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro.6 para seguir entendiendo en las presentes actuaciones, las que se le remitirán. Hágase saber a la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial y al juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia Nro9 de ese fuero- *Augusto C. Belluscio.*

DISIDENCIA DEL DOCTOR *Petracchi*.- Considerando: 1ro. Que en la causa *sub examine* – adecuadamente reseñada por el procurador general- tanto la Sala D de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial- al confirmar la decisión del juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nro.9- como el juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro.6, se declararon incompetentes para conocer en las actuaciones.

Consecuentemente quedó trabada una contienda de competencia negativa que corresponde resolver a esta Corte, de conformidad con el art. 24, inc. 7mo. del decreto-ley 1285/58.

2do. Que de una interpretación contextual de los arts. 43 y 43 bis del decreto-ley 1285/58- modificado por la ley 23.637, art.10- se desprende que se legislan supuestos diferentes sobre competencia en materia de contratos de locación de obra, modificándose el criterio de las leyes anteriores sobre el tema v. gr. Leyes 16.732 y 22.093).

El inc. c) del art. 43 bis atribuye competencia al fuero comercial en los juicios derivados “de contratos de locación de obra y servicios” y “de contratos atípicos a los que resulten aplicables las normas relativas a aquéllos, cuando el locador sea un comerciante matriculado o una sociedad mercantil”.

Por su parte, del art. 43 y del inc. c) in fine del art.43 bis, se desprende que la justicia civil debe entender en los casos relativos “a las relaciones contractuales entre los profesionales y sus clientes” y en las que se demande por “la responsabilidad civil de los profesionales”. Entendiendo por profesional a las actividades reglamentarias por el Estado.

3ro. Que la ley 23.637 ha tenido como intención la de “reintegrar a la justicia comercial su competencia exclusiva para entender en las causas de esa naturaleza, que hoy tramitan ante el ex fuero de Paz”, otorgando “el conocimiento exclusivo de las causas de naturaleza mercantil a la justicia nacional en lo comercial de la Capital Federal” (Mensaje Nro.1188 de julio 23-1987 del Poder Ejecutivo Nacional al Congreso de la Nación, acompañando el Proyecto de Ley sobre unificación de la Justicia Nacional en lo Civil y la Justicia Especial en lo Civil y Comercial de la Capital Federal).

Consecuentemente, para decidir la atribución de competencia en materia de juicios derivados de contratos de locación de obra habrá que entender a la naturaleza mercantil o civil del acto jurídico determinante de la pretensión, prescindiendo del hecho de que las partes o sólo una de ellas, revista la calidad de comerciante, salvo el supuesto contemplado en el inc.c) in fine del art. 43 bis del decreto-ley 1285/58, esto es, cuando se demande por la responsabilidad civil del profesional (conf. Art.43, inc.c, citado cuerpo legal).

Por ello, y concordantemente con lo dictaminado por el procurador general, declárase la competencia del juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nro.,9 para seguir entendiendo en las presentes actuaciones, las que se le remitirán. Hágase saber al juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nro.6- *Enrique S. Petracchi*.

LA COMPETENCIA EN PROCESOS DE DIVORCIO CUANDO EXISTE SENTENCIA ANTERIOR QUE DECLARO LA SEPARACIÓN PERSONAL

Comentario a fallo

1. El problema que planteamos en esta breve incursión cifra en esclarecer qué juez resulta competente para entender en los procesos de divorcio deducidos por cualquiera de los cónyuges cuando existe una sentencia anterior que los ha separado legalmente bajo el régimen del art. 67 bis de la ley 2393.

No indicamos aquí los casos de reconversión, sino el divorcio causal que traen los arts. 202 y 214 inciso 1° del Código Civil.

2.La cuestión se obnubila porque el artículo 227 indica que tal pretensión disolutiva puede incoarse ante el magistrado del último domicilio conyugal, o bien optando por el correspondiente al domicilio del cónyuge demandado.

Es decir, que por esta alternativa podría llegar a presumirse la vigencia de un régimen selectivo que desplaza el principio de radicación establecido en distintas normas procesales y sustanciales que se vinculan con el objeto en estudio.

Pero no es así, porque la competencia se fija de acuerdo con los términos de la demanda, esto es, con la pretensión. Y si ella menciona la existencia de un precedente claramente vinculante por la presencia de esa triple identidad (sujetos, objeto y causa de pedir) que obliga a reconocer la unidad jurisdiccional establecida previamente, cualquier magistrado diferente al que en esa oportunidad intervino es incompetente.

Este es el criterio que sostiene la Corte, al ratificar que la competencia queda fijada con el obrar antecedente (principio de prevención), sin que puedan alterarla distintas circunstancias sobrevinientes (Fallos 292-514).

3. Por tanto, la opción prevista en el citado art. 227 no procede cuando existe una sentencia firme que ha separado personalmente cónyuges. El juez que ha de obrar será el que dictó ese fallo.

JURISPRUDENCIA

DOCTRINA DEL FALLO

CS, marzo 23-1993 - R.de T., S. M. C. T., S. S/ divorcio vincular

1. La opción prevista por el art. 227 del Código Civil reformado por la ley 23.515, no puede considerarse viable en el caso de ya existir una sentencia firme de separación personal.

2. Existiendo una sentencia firme de separación personal, más allá de la alegada reconciliación de los cónyuges o de la viabilidad del planteo de nuevas causales de divorcio, debe ser el juez que ha conocido en la separación personal al que le corresponde el conocimiento de la nueva acción intentada, atento a que su competencia ha quedado fijada oportuna y definitivamente, sin que puedan alterarla distintas circunstancias sobrevinientes.
3. Si bien el art. 354, inc. 1 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone el archivo del expediente en caso de que el tribunal considerado competente sea de distinta jurisdicción, dicha norma no puede extenderse más allá de aquellos supuestos en que sea admisible estimar invalido lo actuado ante el juez en principio competente, aunque luego haya perdido esa aptitud.
4. Si el sentido de la acción promovida por la actora no tiende a la conversión prevista en el art. 216 inc. 3 del Código Civil de la sentencia de separación personal oportunamente dictada sino al dictado de una sentencia de divorcio vincular en los términos del art. 213 inc. 3 del mismo cuerpo legal, con fundamento en la alegada reconciliación prevista en el art. 234 y por circunstancias posteriores a ello, no existen elementos de juicio que permitan desplazar la competencia del juez ante quien se inició la acción en ejercicio de la opción autorizada por el articulo 227 de la ley 23.515 a favor de aquel que intervino en la separación personal (del dictamen del señor Procurador General de la Procuración General de la Nación).

DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACIÓN. Doña S.M.R. de T. Inició demanda por divorcio vincular y disolución de la sociedad conyugal contra su esposo S.T. en los términos del artículo 214 inciso 1° y 202 inciso 4° del Código Civil, modificados por la ley 23.515. Alegó que si bien existía una sentencia previa de separación personal de conformidad con lo dispuesto por el artículo 67 bis de la ley 2393, recaída ante el Juzgado en lo Civil y Comercial N° 1 de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, con posterioridad se configuró la reconciliación a que se refiere el artículo 234 del Código Civil que extinguió de pleno derecho la separación. De ahí en más, dijo, se dieron diversas situaciones que la motivan a iniciar el tramite de divorcio por injurias graves.

A fs. 434 el fiscal de primera instancia, manifestó que el juicio de separación personal se hallaba concluido, en virtud del domicilio de las partes y en particular el del demandado, consideró que el juez nacional en lo Civil resultaba competente para entender en la causa.

Dicho magistrado dio curso a la acción, la que mereció oposición de excepciones por el demandado, quien alegó la existencia de sentencia de separación personal firme e inscripta, y negó la reconciliación y convivencia invocadas con

posterioridad a la separación, razones por las que solicitó se declarase la incompetencia del referido juez de la separación personal a los fines de la transformación de la anterior sentencia (v. Fs. 446/449). En subsidio contestó la acción, pidió su rechazo y para el supuesto de considerarse la existencia de reconciliación, reconvino por injurias graves y las causales previstas en el artículo 202, inciso 1° y 4° y 214 inciso 1° del Código Civil (v. Fs. 452/457).

Luego de la apertura a prueba de la excepción y de su producción, el señor Juez de Primera Instancia, hizo lugar a la defensa previa, para lo cual tuvo en cuenta que, fundamentalmente, no se acreditó la reconciliación invocada por la actora. Dispuso, en consecuencia, el archivo de la causa al tratarse el expediente de separación personal de juicio en tramite en extraña jurisdicción (v. Fs. 557/561).

Apelada la decisión, la Cámara Nacional de Apelaciones anuló el fallo por entender que incluía el indebido tratamiento de cuestiones de fondo como lo atinente a la reconciliación. Admitió, sin embargo, la excepción de incompetencia y ordenó su remisión al tribunal local para su ulterior trámite (v. fs. 614).

El señor juez provincial, por su parte, no admitió la radicación de la causa tras alegar que la anterior separación personal se hallaba terminada e inscripta la sentencia (v. Fs. 624).

En tales condiciones, se ha producido un conflicto de competencia que V.E. debe dilucidar, por ser el órgano superior jerárquico común de ambos tribunales en conflictos, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 24 inciso 7° del decreto ley 1285/58, texto según ley 21.708.

Adelanto que a mi juicio, la presente contienda deberá ser resuelta en favor del señor magistrado provincial, pues como lo dispone el art. 5° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación a los fines de determinar la competencia del tribunal que habrá de entender, corresponde estar a la naturaleza de las pretensiones deducidas en la demanda, a sus términos y alcances y no a las defensas introducidas por el demandado (Fallos, 308-830 y otro).

En efecto, en el escrito de inicio alegó la actora la existencia de reconciliación matrimonial, que modificó la situación previa de separación personal de los esposos. Nuevas circunstancias sobrevinientes, que considera injuriosas, fundan ahora una nueva demanda de divorcio “vincular” en esta instancia, por culpa de la contraparte, con arreglo a las disposiciones de la reciente Ley de Matrimonio Civil 23.515, que determina claramente que el accionante podrá optar entre el último domicilio efectivo del hogar conyugal o el domicilio del demandado, opción esta ultima por la que se inclinó la actora.

Resulta claro, entonces que la accionante no promueve conversión de la anterior sentencia de separación sino nueva acción de resultas de alegada reunión personal de los cónyuges, luego de la separación primigenia.

Consta a su vez, que el anterior proceso se halla concluido y archivado.

Ante estas circunstancias y más allá de la suerte que pueda correr en definitiva la pretensión de la accionante, y su afirmación, respecto de la existencia de la reconciliación, -tema este ajeno a la consideración de los tribunales en esta etapa procesal en la que se dirime una cuestión de competencia- todo lo cual es materia de la sentencia sobre el fondo o mérito, lo cierto es que no obran en autos elementos de juicio suficientes que permitan desplazar la del Juez Nacional, ante quien se inició la acción correctamente en ejercicio de la opción autorizada por el art. 227, ley 23.515.

Por ello, en mi parecer no es posible modificar el sentido de la acción promovida por la actora, ya que esta no pide en momento alguno la conversión prevista en el artículo 216 de la ley, sino un divorcio vincular en los términos del artículo 213, inciso 3 y con fundamento en la alegada reconciliación prevista en el artículo 234 de la ley y por circunstancias posteriores a ello, a su criterio, determinantes, para promover la acción de divorcio por culpa del cónyuge, con disolución de vinculo conforme a la nueva normativa.

Por todo lo cual opino que la causa deberá seguir su tramite ante el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 10. Buenos Aires, 8 de octubre de 1992. Oscar Luján Fappiano.

Fallo in extenso

Buenos Aires, marzo 23 de 1993. Autos y Vistos; Considerandos:

1° Que en la causa sub examine -adecuadamente reseñada por el señor Procurador General- se ha iniciado demanda por divorcio vincular ante la jurisdicción nacional, existiendo en jurisdicción provincial una sentencia firme de separación personal entre las partes litigantes.

2° Que la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil hizo lugar a la excepción de incompetencia planteada por el demandado, y ordenó la remisión de la causa al señor juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 de San Isidro, Provincia de Buenos Aires.

3° Que, en primer lugar, es dable advertir que en la resolución de fs. 624/624 vta., el señor magistrado provincial no ha decidido sobre la competencia para el conocimiento de la causa, sino que se ha limitado a ordenar la devolución de aquella al juez nacional a fin de que proceda a su archivo.

4° Que si bien el art. 354, inc 1° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone el archivo del expediente en caso de que el tribunal considerado competente sea de distinta jurisdicción, esta Corte ha resuelto que dicha norma no puede extenderse más allá de aquellos supuestos en que sea admisible estimar invalido lo actuado ante el juez en principio competente, aunque luego haya perdido esa aptitud (doctrina de

Fallos, 294-25; 307- 852; sentencias del 8 de octubre de 1991, in re: Competencia N° 692 XXIII "Frigorífico El Pampero S.A.C.I.A. le pide la quiebra a Scuotri, José Luis y otro", y del 30 de julio de 1991, in re: Competencia N° 495 XXIII "Coordinación Ecológica -Área Metropolitana- Sociedad del Estado c. Bello Hernan Carlos s/ repetición", entre otros). Doctrina que debe considerarse aplicable en el *sub examine*.

5° Que, en tal sentido, correspondería la remisión de las actuaciones al señor juez de San Isidro, a fin de que se pronunciase sobre su competencia. Sin embargo, atento a que en definitiva se discute la aplicación del art. 227 del Código Civil reformado por la ley 23.515, lo que determinaría que, de resultar aplicable, cualquiera de los dos magistrados seria competente según la opción ejercida por la parte actora, razones de economía procesal aconsejan proceder a la resolución definitiva del conflicto suscitado.

6° Que la opción prevista por el art. 227 del Código Civil, reformado por la ley 23.515, no puede considerarse viable en el caso de ya existir una sentencia firme de separación personal de los cónyuges.

7° Que, en dicho supuesto, más allá de la alegada reconciliación de los cónyuges o de la viabilidad del planteo de nuevas causales de divorcio, debe ser el juez que ha conocido en la separación personal al que le corresponde el conocimiento de la nueva acción intentada, atento a que su competencia ha quedado fijada oportunamente y definitivamente, sin que puedan alterarla distintas circunstancias sobrevinientes (doctrina de Fallos, 292-514; sentencia del 13 de agosto de 1992, in re: Competencia N° 143 XXIV "Landucci, Elvira c. Monzón, Alberto s/ privación patria potestad", y precedentes allí citados).

Por ello, habiendo dictaminado el señor Procurador General, se resuelve: 1) declarar procedente la remisión de las actuaciones dispuesta por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil; 2) declarar la competencia para seguir conociendo en las actuaciones, del señor juez a cargo del Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial N° 1 de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, al que se le remitirán. Hágase saber a la sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 10. *Ricardo Levene (h). Mariano A. Cavagna Martínez. Carlos S. Fayt. Enrique S. Petracchi. Julio S. Nazareno. Antonio Boggiano. Eduardo Moliné O´ Connor.*

LA REGLA DE ESPECIALIDAD EN LA ASIGNACIÓN DE COMPETENCIA.

1. Jurisdicción y Competencia

Ambos conceptos se integran y complementan actuando en conjunto, donde uno resulta el género y otro la especie.

La diferencia obedece a una distribución racional del trabajo que desenvuelve el oficio judicial, de manera que la potestad de resolver los conflictos humanos se divide entre los jueces en base a mecanismos predeterminados que facilitan el ejercicio del poder jurisdiccional.

No se trata, claro está, de escindir a la jurisdicción, sino de asignar la competencia en temas específicos sobre el presupuesto de la clasificación objetiva y subjetiva que se realice.

2. Clasificación

Objetivamente, la competencia adscribe al conjunto de causas o asuntos en los que el Juez interviene en razón de una disposición legal que lo autoriza; en tanto que subjetivamente, el mismo juez limita su actuación a las materias y territorios asignados.

A su vez la organización judicial permite referirse a una competencia externa, donde el oficio judicial atiende al conjunto de atribuciones que se obtienen; y a una competencia interna acotada a las funciones que realizan los auxiliares de la jurisdicción.

La distribución referida toma como factores de clasificación los siguientes:

A) Competencia por materia: en esta, el Juez asume la potestad judicial de acuerdo con la naturaleza del conflicto y la especialidad que posee. Encontramos así, por ejemplo, reparticiones por cuestiones civiles, comerciales, laborales, contencioso administrativas, penales, etc.

En esta categoría hallamos una división o compartimiento según el valor del pleito (competencia por la cuantía), desplazando la intervención de uno u otro magistrado cuando el monto del proceso supera o no los límites económicos antes precisados.

B) *Competencia territorial*: se relaciona con la circunscripción territorial dentro de la cual el juez puede ejercer su jurisdicción.

El territorio donde el proceso ha de ventilarse es único e indivisible, pero admite opciones de radicación de acuerdo con la naturaleza de la pretensión. Basta mencionar, por ahora, que si la demanda versa sobre cuestiones personales, el demandado no puede ser obligado a reconocer una jurisdicción territorial ajena a la de su domicilio, aún cuando pueda voluntariamente aceptarlo. Del mismo modo, los temas de contenido patrimonial convencional admiten el pacto de radicación de competencia; y los de contenido real se rigen -por vía de principio- por el lugar donde el inmueble se asienta.

C) *Competencia funcional o jerárquica*: se trata de la función que tiene el juez en la etapa que interviene; serán entonces, jueces de primera instancia, de alzada o de segunda instancia, superior Tribunales o Ministros de la Corte Nacional.

Genéricamente se denominan jueces *a quo* (hasta cierto momento) a los que actúan originariamente; *ad quem* (desde un momento hacia adelante) serán los superiores jerárquicos que revisan el fallo del magistrado anterior.

D) *Competencia por asignación de tiempo*: cuando el número de causas es de crecimiento constante y regular, algunos sistemas deciden asignar competencia en turnos que ocupan espacios de tiempo determinados, dentro de los cuales aquellos sucesos ocurridos en él debe resolverse ante el Juzgado que cumplía dicho turno. Atiende sólo a circunstancias de hecho, aún cuando obran congraciados con los restantes mecanismos de asignación.

Variante de esta posibilidad ocurre con el principio de prevención que otorga competencia al primer Juez que toma conocimiento impidiendo que otros lo hagan.

3. La regla de especialidad

La distribución de la competencia no debe perder de vista la unidad material del motivo del conflicto.

La asignación del tribunal de alzada que resuelva las apelaciones interpuestas contra las multas impuestas en sede administrativa municipal por violación de normas de tránsito, lleva a cierta imprecisión ante la pugna vigente entre dos preceptos.

De un lado lo dispuesto en el art. 27 inc. 1° del Código Procesal Penal de la Nación, complementado por el art. 97 inc. C de la ley 19.987 que le otorga a la justicia civil la atención de dichas causas; y por otro, lo normado en el art. 27 inc. 3° del Código Procesal citado por el cual se indica que los jueces en lo correccional conocerán **"***en grado de apelación en las resoluciones sobre faltas o contravenciones policiales y de queja por denegación de este recurso".*

Al no señalar esta ultima a los asuntos derivados de la justicia municipal queda emplazada la incógnita que, con buen tino, resuelve la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

Es decir, la vigencia del principio de especialidad no puede permitir la consagración jurisdiccional de jueces que no tienen parentesco alguno con el sustento material de la causa a la que acceden.

Por eso, bien se aprecia que el sistema de atribución de competencia debe seguir principios lógicos, fácilmente comprensibles por los justiciables, y no constituir un laberinto jurídico en el que éstos puedan verse atrapados. Si hablamos de un régimen de sanciones penales, regidos por principios propios de la materia criminal, en el que los Codigos penal y procesal criminal y correccional son normas supletorias, a lo que se agrega el hecho de reservar a los Jueces Correccionales su directa aplicación, no puede sostenerse frente al justiciable que es el fuero civil el habilitado por la ley para conocer en las cuestiones sometidas a tal sistema normativo.

JURISPRUDENCIA

DOCTRINA DEL FALLO

CNCiv., sala F, diciembre 29-1995. Linea 22, S.A., c. Tribunal Municipal de Faltas -MCBA- 85960/93 s/ recurso contencioso administrativo

1. El art. 27 inc. 3° del Código Penal, que atribuye competencia a los jueces en lo correccional en grado de apelación en las resoluciones sobre faltas o contravenciones policiales y de queja por denegación de este recurso, se refiere tanto a las contravenciones policiales que se tipifican en los edictos policiales como a las faltas municipales. En virtud de ello la justicia civil resulta incompetente para entender en la queja incoada contra la denegatoria del recurso de apelación interpuesto por el sujeto pasivo de la pena de multa impuesta en sede administrativa municipal por violación de normas de tránsito.
2. Resulta competente a la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional a los fines de conocer en la queja incoada contra la denegatoria del recurso de apelación interpuesto por el sujeto pasivo de la multa impuesta en sede administrativa municipal por violación de normas de tránsito. Ello es así, pues tras la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Grondona María Noemí y Bressan, Liliana s/ Recurso de queja”, que el Congreso de la Nación sancionó la ley 24.449 reglamentada por los decretos 646/95 y 724/95 que en su art. 69 inc. B, otorga a los jueces locales con competencia penal y contravencional del lugar donde se cometió la transgresión, a aplicar las sanciones que surgen de dicha ley, en los juicios en que intervengan de los cuales resulte la comisión de infracciones y no haya recaído otra pena.
3. La ley 24.449 -reglamentada por los decretos 646/95 y 724/95- viene a precisar la competencia que el decreto 2254/92 del PEN modificatorio del decreto 692/92- atribuía genéricamente en su art. 68 ap. B a los “Jueces del Poder Judicial”, sin distinción de fueros.
4. Con la sanción de la ley 24.449, el Congreso de la Nación ha establecido una competencia especifica que responde indudablemente a una adecuada vigencia del principio de especialidad que se vería afectado de admitirse la competencia civil en la materia. Ello es así toda vez que la ley mencionada al igual que sus decretos antecedentes, prevé la aplicación supletoria de las normas de la parte general del Código Penal y establece un sistema de sanciones -que incluyen la de arresto- con calificaciones atenuantes y agravantes, así como con institutos que, como el del concurso real o ideal de faltas o el de reincidencia, responden a principios ajenos a los de usual aplicación en el fuero civil.
5. Si para las faltas municipales se prevé régimen de sanciones penales, regidos por principios propios de la materia criminal, en el que los Códigos Penal y Procesal Criminal y

Correccional, son normas supletorias, a lo que se agrega el hecho de reservar a los jueces correccionales su directa aplicación, no puede sostenerse frente al justiciable que es el fuero civil el habilitado por la ley para conocer en las cuestiones sometidas a tal sistema normativo.

6. La atribución genérica de competencia para diversos supuestos que emana del art. 97 de la Ley Orgánica Municipal, debe interpretarse adecuadamente en su aplicación, de modo de no contrariar elementales principios de distribución por materias en los que se asienta nuestro sistema judicial. La ley 24.449 ha venido a establecer un régimen penal especifico que determina la exclusión del conocimiento de los magistrados del fuero civil de los recursos entablados contra decisiones punitivas de la justicia de faltas.

7. En los recursos entablados contra decisiones punitivas de la justicia de faltas no corresponde hacer aplicación de principio de competencia residual, por tratase de la aplicación de un régimen jurídico que, por su especialidad, exige la intervención de los órganos jurisdiccionales penales que resultan ser en la materia, los jueces naturales a los que alude el art. 18 de la Constitución Nacional cuando consagra, para los habitantes de la Nación, la garantía del debido proceso legal y adjetivo, a lo que se suma la exclusión de la competencia del fuero civil de causas que involucran debates de tipo penal, por expresa disposición del art. 43 del decreto ley 1285/58 -t.o. ley 23.637, art. 10-.

Fallo in extenso.

Buenos Aires, diciembre 29 de 1995. -Y Vistos y Considerandos: Vienen estas actuaciones en queja contra la denegatoria del recurso de apelación interpuesto por el sujeto pasivo de la pena de multa impuesta en sede administrativa municipal por violación de normas de tránsito.

Sostiene el Sr. Fiscal de Cámara, con apoyo en lo decidido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al fallar con fecha 14 de octubre de 1993 en la causa “Grondona, Marta Noemí y Bressan, Liliana s/ recurso de queja” (Competencia 138, XXV) que la cuestión propuesta a estudio es de competencia de este Tribunal, por aplicación de lo establecido en el art. 27, inc. 1° del Código Procesal Penal de la Nación y en el art. 97, inc. B de la ley 19.987 y que, aún cuando se considerara que no existe norma de atribución especifica de competencia, debe intervenir en la materia la Justicia Nacional en lo Civil, atento el carácter residual de la competencia de los Tribunales de este fuero.

Se establece en el art. 27 del Código Procesal Penal que los Jueces en lo Correccional conocerán: “...3) En grado de apelación en las resoluciones sobre faltas o contravenciones policiales y de queja por denegación de este recurso”.

Conforme se ha señalado, dicha norma se refiere tanto a las contravenciones policiales que se tipifican en los edictos

policiales como a las faltas municipales (conf. Edwards, Carlos Enrique *"Régimen del Código Procesal Penal de la Nación"*, 2° ed. Actualizada, pag. 68, editorial Astrea, Buenos Aires, 1994).

Adviértase que, tras el dictado del referido precedente de la Corte, el Congreso Nacional sancionó la ley 24.449, reglamentada por los decretos 646/95 y 724/95, que en su art. 69 inc. B, otorga a los jueces locales con competencia penal y contravencional del lugar donde se cometió la transgresión, a aplicar las sanciones que surgen de esta ley, en los juicios en que intervengan de los cuales resulte la comisión de infracciones y no ha recaído otra pena.

Debe advertirse que tal norma viene a precisar la competencia que el decreto 2254/92 del PEN -modificatorio del decreto 692/92, atribuía genéricamente en su art. 68, apartado b, a los "Jueces del Poder Judicial", sin distinción de fueros.

El Congreso ha establecido, entonces, una competencia especifica que responde indudablemente, a una adecuada vigencia del principio de especialidad, que se vería afectado de admitirse la competencia Civil en la materia; ello así toda vez que la ley *ut supra* mencionada, al igual que sus decretos antecedentes, prevé la aplicación supletoria de las normas de la parte general del Código Penal (conf. Art. 90 de la ley citada y 88 del decreto 2254/92) y establece un sistema de sanciones -que incluyen la de arresto- con calificaciones atenuantes y agravantes, así como con institutos que, como el del concurso real o ideal de faltas o el de reincidencia (arts. 74 y siguientes) responde a principios ajenos a los de usual aplicación en este fuero.

Sería ilógico que el legislador previera que los jueces pueden intervenir en grado de apelación en una materia en la que no pueden hacer directa aplicación de las normas, por estar ella reservada a los jueces Correccionales (conf. cit. Art. 69).

Adviértase, por otra parte, que en el art. 42 de la ley 19.690(Código de Procedimientos ante la Justicia Municipal de Faltas de la Ciudad de Buenos Aires) se prevé la aplicación, al juzgamiento de faltas y contravenciones, de las disposiciones generales del Código de Procedimientos en lo Criminal para la Capital Federal.

El sistema de atribución de competencia debe seguir principios lógicos, fácilmente comprensibles por los justiciables, y no constituir un laberinto jurídico en el que éstos puedan verse atrapados. Si hablamos de un régimen de sanciones penales, regido por los principios propios de la materia criminal, en el que los Códigos Penal y Procesal Criminal y Correccional, son normas supletorias, a lo que se agrega el hecho de reservar a los Jueces Correccionales su directa aplicación, no puede sostenerse frente al justiciable que es el fuero Civil el habilitado por la ley para conocer en las cuestiones sometidas a tal sistema normativo.

En cuanto a la invocación de la norma contenida en el art. 97 de la Ley Orgánica Municipal, hecha por la Representación del Ministerio Público -y sostenida por la Corte Suprema en

anteriores precedentes (fallos 312,2 y 1885)- debe advertirse que la atribución general de competencia efectuada allí para diversos supuestos debe ser adecuadamente interpretada en su aplicación, de modo de no contrariar elementales principios de distribución por materias en los que se asienta nuestro sistema judicial. La ley 24.449 ha venido a establecer un régimen penal especifico que determina la exclusión del conocimiento de los magistrados de este fuero de los recursos entablados contra decisiones punitivas de la justicia de faltas.

No corresponde, pues, hacer aplicación en la materia del principio de competencia residual, por tratarse de la aplicación de un régimen jurídico que, por su especialidad, exige la intervención de los órganos jurisdiccionales penales que resultan ser, en la materia los jueces naturales a los que alude el art. 18 de la Constitución Nacional cuando consagra, para los habitantes de la Nación, la garantía del debido proceso legal y adjetivo; a lo que se suma la exclusión de la competencia de este fuero de causas que, como la presente, involucran debates de tipo penal, expresamente establecida en el art. 43 del decreto ley 1285/58 -t.o. ley 23.637, art. 10-.

En su mérito, y oído que fuera el Sr. Fiscal de Cámara, se resuelve: Declarar la incompetencia de este Tribunal para conocer en el recurso de queja deducido y disponer la remisión de las actuaciones a la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, a los fines de su ulterior radicación. Notifíquese, y al Sr. Fiscal de Cámara en su despacho. *Fernando Posse Saguier. Ana María Conde. Elena I. Highton de Nolasco.*

DETERMINACION DE LA COMPETENCIA

Comentario a fallo

1. Pocas normas han sufrido tantas alteraciones como el decreto-ley 1285/58, en particular respecto aquellas que se encargan de señalar cuáles son los órganos jurisdiccionales competentes.

El nuevo (rectius: último) art, 43, inciso b), indica que le corresponde a la justicia nacional en lo civil el conocimiento de las causas emergentes de pretensiones por daños y perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual, generadas por la comisión de un hecho ilícito.

En el *sub lite* la Corte convalida esta asignación, apartándose del dictamen del Procurador General, utilizando esencialmente la regla introducida al art. 5º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, según el cual "la competencia se determinará por la naturaleza de las pretensiones deducidas en la demanda y no por las defensas opuestas por le demandado".

2. Lo curioso del caso proviene de la lectura diferente que tiene el Ministerio Público y el Tribunal Superior, toda vez que, mientras uno entiende que la demanda se dirige contra un banco que operaba como agente de pago de un organismo previsional, el cual al incurrir en un error de caja pagó a quien no debía (circunstancia que conduce a considerar la responsabilidad del ente con abstracción de la culpa o no del autor material o directo): la Corte interpreta que le caso no se deduce en el marco de la operativa bancaria -comercial-, sino por la vía de los daños y perjuicios emergentes de un acto ilícito, supuesto que lo torna a la jurisdicción civil.

3. Más allá de la diferencia intelectiva, debe reafirmarse el criterio sustentado por el alto tribunal, al decir que para verificar la competencia no cabe atenerse a la ley que pueda resultar en definitiva aplicable, sino a la que se invoca como fundamento de la acción entablada.

En esos términos, parece correcto encuadrar la situación tal como se hizo, aun sosteniendo dudas respecto al posible error de lectura en los hechos. Lo cierto es que en la especie, carece de relevancia referirse s cuáles son las normas o contratos que corresponde encuadrar, más cuando éstos pudieran deslindar derechos y obligaciones para las partes, porque de lo que se trata es de fijar un juez interviniente y no de anticipar una calificación jurídica que, por prematura, entrañaría el riesgo de incurrir en un indebido prejuzgamiento.

No obstante, la jurisprudencia ha señalado reiteradamente que es principio no es absoluto, ya que requiere como presupuesto que la relación o apreciación de los hechos y el derecho aducidos, no sea arbitraria, o no esté en pugna con los elementos objetivos obrantes en la causa.

JURISPRUDENCIA

CS, diciembre 3-1991.- Cortejarena, Delia H. c. Banque Nationale de París s/cobro de sumas de dinero

DICTAMEN DEL PROCURADOR GENERAL DE LA NACION. - 1º El juez a cargo del Juzgado Nacional de Comercio Nº 9 se declaró incompetente para entender en las presentes actuaciones en la inteligencia de que se estaba ante una demanda de daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual, motivo por el que, en virtud de la aplicación de lo dispuesto en el art. 43, inc. b) del decreto-ley 1285/58 modificado por la ley 23.637 (EDLA, 1989-334), resultaría a su criterio competente la Justicia en lo Civil, a la que envía las actuaciones.

Dicha decisión fue apelada por la actora y el tribuna de alzada, desoyendo el dictamen del Fiscal de Cámara que propiciaba la revocatoria del fallo, decidió confirmarlo.

Remitidas las actuaciones a la Justicia Nacional en lo Civil, el magistrado titular del Juzgado Nº 26, siguiendo el mencionado dictamen del representante del Ministerio Público, resolvió inhibirse para entender en la causa y dispuso su elevación a esta Corte para dirimir la contienda.

2º En tales condiciones quedó planteado un conflicto que habrá de ser resuelto por V.E. por virtud de lo dispuesto en el art. 24, inc. 7º del decreto-ley 1285/58.

De las constancias de autos, surge que la actora, persigue el cobro de una suma que le habría correspondido percibir en la institución bancaria Banque Nationale de París, el cual operaba como agente de pago de la Caja Nacional de Previsión de la Industria, Comercio y Actividades Civiles.

La mencionada suma que se reclama, habría sido abonada a quienes no tendrían derechos para percibirla, mediante el actuar del personal de la institución bancaria, lo cual, según el criterio de la actora, haría a este último plenamente responsable por la conducta de sus dependientes.

Toda vez que la demanda se promueve por un particular contra un banco, en razón de un acto que se reputa propio de su actividad específica conforme a las disposiciones vigentes del Banco Central de la República Argentina, y que, por ende, al ser calificado como operación de banca, constituye un acto de comercio (en los términos del art. 8º, inc. 3º del Código de Comercio de la República Argentina), motivo por el que, de acuerdo a las previsiones del art. 43 bis del decreto-ley 1285/58 modificado por la ley 23.637, estimo queda determinada la competencia de los jueces en lo comercial.

Ello así, en tanto la mencionada norma otorga la competencia a los tribunales de dicho fuero cuando las cuestiones estuvieran

regidas por las leyes mercantiles cuyo conocimiento, no hubiera sido expresamente atribuido a los jueces de otro fuero.

La actora hace hincapié en que promueve la acción por la responsabilidad civil objetiva consecuencia del evento dañoso, con abstracción de la culpabilidad o no del autor material o directo, y con fundamento en lo dispuesto en el art. 1113 del Código Civil, así como atendiendo a la naturaleza comercial de la operativa bancaria y la ineludible calidad de comerciante del demandado.

De lo expuesto se deduce que la demanda no tiene basamento en la comisión de un hecho ilícito en los términos contemplados por el artículo 43, inciso b) del decreto-ley citado ut supra y, por tanto, no puede inferirse que se tratase de la promoción de una acción de indemnización de daños y perjuicios derivada de aquel, en cuyo caso si se habilitaría la jurisdicción civil, sino que se está en presencia de una acción de indemnización de daño por responsabilidad extracontractual emanada del accionar objetivo de un ente de naturaleza comercial, y en el ejercicio de un acto de igual carácter.

En tal sentido, tiene dicho V.E. que la competencia se determina por la naturaleza de la demanda, atendiendo a la pretensión esgrimida, a las normas que con sujeción a los hechos la sustentan y al derecho en que estos deben ser encuadrados y rige la cuestión (Fallos, 306-360; entre otros).

Así también tiene dicho que habrá de estarse a la exposición de los hechos que efectúa el actor en su demanda y después y sólo en la medida en que se adecue a ellos al derecho que se invoca como fundamento en su pretensión (sent. del 23 e agosto de 1984), en autos C-83, L-XX “El Carrito, S.R.L. c.Greco, Juan Carlos y sus citas”).

Lo expuesto no importa, obviamente, anticipar opinión en torno a la idoneidad de la vía elegida por el actor para hacer valer sus derechos, ni sobre su viabilidad por legitimación activa o pasiva, temas todos ellos que resultan extraños al incidente de competencia, de limitado marco cognoscitivo.

Por todo ello, soy de opinión que habrá de dirimirse el presente conflicto de competencia, declarando que corresponde entender en la misma al Juez a cargo el Juzgado Nacional de Comercio Nº 9 de esta Capital Federal. Buenos Aires, mayo 24 de 1991.- *Oscar Eduardo Roger.*

Buenos Aires, diciembre 3 de 1991.- Autos y Vistos: Considerando: 1º Que en la causa, sub examine, -adecuadamente reseñada por el Procurador General- el Juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial º 9 declaró su incompetencia para conocer en las actuaciones disponiendo su remisión a la Justicia Nacional en lo Civil, decisión que fue confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

A su turno, el Juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 24 se inhibió para entender en la causa.

Consecuentemente, se ha planteado un conflicto negativo de competencia que, por aplicación del art. 24, inc. 7º del decreto-ley 1285/58, corresponde a este Tribunal resolver.

2º Que es doctrina de la Corte que para decidir cuál es el juez competente no cabe atenerse a la ley que pueda resultar en definitiva realmente aplicable, sino a la que se invoca como fundamento de la acción entablada (Fallos, 303-1231, 1645, entre otros).

En tal sentido, (la pretensión esgrimida por la actora está fundada en la norma del art. 1113 del cód. civil, con base en la cual imputa responsabilidad a la Banque Nationale de Paris, por el presunto hecho ilícito que habría cometido uno de sus dependientes).

3º Que, por aplicación del art. 43, inc. b), del decreto-ley 1285/58, modificado por la ley 23.637, corresponde a la Justicia Nacional en lo Civil el conocimiento de la acciones por daños y perjuicios derivados de la responsabilidad extracontractual, generadas por la presunta comisión de un hecho ilícito.

4º Que lo expuesto no significa -dentro del limitado marco cognoscitivo de la cuestión a resolver- abrir juicio sobre la aptitud de la vía elegida por la actora para hacer valer sus pretensiones.

Por ello, oído el Procurador General, se declara la competencia, para seguir conociendo en las actuaciones, del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 24, al que se le remitirán. Hágase saber al Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 9.- *Ricardo Levene (h).- Mariano A. Cavagna Martínez.- Enrique S. Petracchi.- Ausgusto C. J. Belluscio* (en disidencia*). Carlos S. Fayt.- Julio S. Nazareno.- Antonio Boggiano (*en disidencia*).- Eduardo Moliné O'Connor.*

DISIDENCIA DE LOS DOCTORES ***BELLUSCIO Y BOGGIANO***.- Autos y Vistos: De conformidad con lo dictaminado por el Procurador General y la jurisprudencia del Tribunal que cita, declárase la competencia para seguir entendiendo en las actuaciones del juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 9,a quien se le remitirán. Hágase saber al Juez a cargo del Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil Nº 24.- *Augusto C.J. Belluscio.- Antonio Boggiano*.

FACULTADES DEL ADMINISTRADOR DEL SUCESORIO PARA CONTESTAR LA DEMANDA

Comentario a fallo

1. A estar por los términos del artículo 712, párrafo final del Código Procesal, "…*cuando no mediare acuerdo entre los herederos, el administrador podrá ser autorizado por el juez para promover, proseguir o contestar las demandas de la sucesión. Si existieren razones de urgencia, podrá prescindir de dicha autorización, pero deberá dar cuenta al juzgado de esa circunstancia en forma inmediata"*.

Como la sucesión es un ente sin personería jurídica, los herederos son los únicos titulares de los derechos y obligaciones que les suceden del causante. Así lo reconoció la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando sostuvo que "*la sucesión indivisa no constituye una persona de existencia ideal o ficticia, ni es una creación legal con personería independiente de los herederos ni origina la formación de una sociedad sino de un condominio" (* [10]).

Con esta aclaración se convalida el criterio sostenido por alguna jurisprudencia que entiende que al no demandarse a los herederos sino a una persona inexistente como es la sucesión, deviene razonable la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por la administradora, actuando por su propio derecho.

2. La representación del administrador del sucesorio no alcanza para actos judiciales que puedan conmover el ámbito restringido de las actuaciones conservatorias que únicamente puede celebrar.

En efecto, dicho administrador está facultado para conservar los bienes que administra, de manera que limita sus intervenciones a los actos indispensables para ello y dentro de un estricto concepto de utilidad.

Es verdad que, a veces, esta intelección se confunde cuando ocurren simultáneamente en un acto acciones de conservación y disposición. Por ejemplo, se sostiene que "*la pretensión de realizar gestiones tendientes a obtener la percepción de los frutos civiles que devengue la participación de la causante en los condominios, se encuentra dirigida a la efectivización de los actos de mera administración, aun cuando para su obtención sea necesaria la promoción de juicios. No resulta en cambio*, *de tal carácter la división de los condominios, pues ello importa el ejercicio acabado de un acto de disposición, puesto que se traduce siempre en una variación de la composición patrimonial del titular" (* [11]).

Pero también lo es que, actualmente, el artículo 3451 del Código Civil resuelva las diferencias otorgando al juez del sucesorio las facultades de

---

[10]. Cfr. Rev. La Ley, 1982-D, pág. 461.

[11]. Cfr. CNCiv., Sala E, mayo 31/985, Rev. La Ley, 1985-D, pág. 385

esclarecimiento y decisión suficientes para establecer cuando hubo o no acciones posibles del administrador.

3. El problema que nos ocupa está en resolver la *forma como se deduce la demanda*, para esclarecer si es posible que la pretensión pueda oponerse "contra la sucesión" notificando en la persona de su administrador las cuestiones en conflicto; o bien, si de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 330 inciso 2º del Código procesal la demanda debe contener "el nombre y domicilio del demandado", bajo apercibimiento de obrarse las consecuencias eventuales de la "falta de legitimación pasiva" o, hipotéticamente, de la "defensa por defectuosa presentación de la demanda" (oscuro libelo).

En el caso se posicionan dos lecturas:

Una sostiene que la demanda debe dirigirse contra quienes resultan los verdaderos sujetos pasivos de la obligación resarcitoria, de modo tal que, cualquier decisión que modifique el encuadre dado al deducir la pretensión, altera oficiosamente el marco dispuesto para la litis, originariamente planteada entre el actor y la administradora del sucesorio.

Otra, en cambio, con mayor flexibilidad y en el marco de la doctrina del exceso ritual manifiesto, sostiene que puede interpretarse la notificación en la persona del administrador como un acto manifiesto de la intención de demandar a cada uno de los herederos, pues en definitiva, esta es una comunidad hereditaria que puede asumir la defensa individual apenas se endereza la demanda corrigiendo en la misma instancia las notificaciones pertinentes. Es decir, "*los jueces deben interpretar las normas procesales y aplicarlas de modo de favorecer y no entorpecer la organización del proceso con miras al logro de la verdad jurídica objetiva".*

4. La cuestión aparece clara en una de las proyecciones del caso. Es decir, la ausencia de representación procesal del administrador por carecer de personería para representar judicialmente a aquellos sobre los que no tiene acuerdo o autorización judicial para obrar, es manifiesto y no dá mayores problemas.

Tal como sostiene Palacio, la actitud de urgencia para responder sin mandato debe apreciarse conforme a las concretas circunstancias del caso ([12]), pero no acuerda legitimaciones extraordinarias a quien no tiene interés de obrar suficiente.

En cambio, desde la perspectiva del actor la situación cambia, pues si dirigió la demanda contra...:

a) ...la sucesión, bien puede leerse que lo hace contra el condominio hereditario o la comunidad indivisa de herederos.

b) ...el administrador, la circunstancia varía, pues el principio de congruencia obliga a establecer que no se han demandado a todos sino sólo a uno de ellos, y la posible integración de la litis puede llegar por decisión del

---

[12]. Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, tomo IX, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1988, pág. 465

juez (art. 34 inciso 5º apartado b del código adjetivo), o por expresa petición del actor, en cuyo caso el proceso se completa con todos aquellos que debieron ser demandados. En ausencia de estas decisiones, las alternativas son muchas.

Por ejemplo, los herederos pueden ser demandados aun cuando no tengan la posesión de la herencia. Es que si el heredero reconoce su carácter de tal, no podría oponer la falta de personería, pudiéndolo hacer solamente si niega su carácter de tal. Por ende, no correspondería imponer de oficio la apertura de la sucesión, ni el traslado de la demanda.

Si acude al proceso sólo uno de los herederos, su situación depende de la voluntad del actor, mientras él mantenga los términos de la demanda sobre su única persona, aun a sabiendas del error en que incurre. De ser así, no podría el juez incluir de oficio a otros.

Otra variante es la del artículo 3284 inciso 4º del Código Civil, donde el accionante debe denunciar los nombres y domicilios reales de los sucesores del *de cujus* a fin de notificarles el traslado ordenado. No se satisface esta carga con la designación genérica de "sucesores de....", pues es menester individualizar a los herederos. Esta conclusión no se altera ni aun cuando se pretendiere estar en presencia de un supuesto demandado incierto, ya que en tal hipótesis la citación debería efectuarse por la vía que contempla el artículo 343 del código de forma.

5. Otro punto de enfoque radica en la dimensión de las facultades del juez y su punto de interpretación sobre la legalidad de las formas.

La disciplina impuesta a la manifestación de los actos del procedimiento tiene sustento constitucional, en tanto tutela el derecho de defensa en juicio, admitiendo algunas excepciones específicas cuando se propone un acto fuera del encuadre predispuesto (v.gr.: excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda).

Pero es evidente que un ordenamiento procesal rígido en esta disciplina cae en el *formalismo* donde se confunde lo formal con lo ritual, fomentando una especie de geometría exacta que acomode la presentación del acto a las previsiones legales que la rigen.

Si recordamos que el proceso no tiene un fin en sí mismo, podemos colegir que tampoco es pura forma. No cabe equiparar la razón que el derecho reporta a las exigencias formales, a la razón que asiste a lo visible de un aspecto exterior. Es decir, el acto formal no puede ser aquél que exteriormente es apropiado ([13]).

---

[13]. Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Civil*, tomo I (Teoría General del Derecho Procesal) volumen 1 (Jurisdicción, acción y proceso), editorial Ediar, Buenos. Aires., 1992, pág. 344

JURISPRUDENCIA

CS, marzo 15-1994.- Ferrer de Rodríguez, Alicia Beatriz c. Avellaneda Huergo, Enrique Alfredo .

Buenos Aires, 15 de marzo de 1994.- Vistos los autos ¨Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Ferrer de Rodríguez, Alicia Beatriz c. Avellaneda Huergo, Enrique Alfredo, para decidir sobre su procedencia.

Considerando:1º Que la actora, que demandó por indemnización de los daños y perjuicios causados por el ataque de un caballo de propiedad del causante Enrique Avellaneda Huergo, dirigió la acción contra su sucesión y pidió la notificación del traslado respectivo en la persona de su administradora.

2ºQue la cónyuge supérstite - notificada en su carácter de administradora- se presentó por derecho propio y opuso la defensa de falta de legitimación pasiva, pues sostuvo que no existía una persona jurídica sucesión distinta de cada uno de sus miembros, de manera que correspondía desestimar la demanda porque los sujetos pasivos de la eventual obligación resarcitoria habían sido los coherederos declarados.

3ºQue el juez de primera instancia consideró que se había configurado una “simple cuestión de errónea notificación de la demanda”, por lo que dispuso el traslado de la pretensión deducida en la persona de los herederos, resolución que fue revocada por la alzada, por entender que no podía alternarse de oficio el marco de la litis, delimitada entre la actora y la administradora de la sucesión por los escritos de demanda y contestación.

4ºQue aun cuando los agravios de la apelante suscitan el análisis de cuestiones de derecho común y procesal, propias de los jueces de la causa y ajenas- como regla y por su naturaleza- a la instancia del art. 14 de la ley 48, ello no resulta óbice para habilitar la vía intentada cuando, como en el caso, lo resuelto adolece de exceso ritual y conduce a la frustración de las garantías constitucionales invocadas (Fallos, 304-1256 y 306-639).

5ºQue, en efecto, si bien la cámara dio una interpretación literal a la pretensión de la actora de dirigir su demanda contra la sucesión y notificarla en la persona de su administradora y consideró - a partir de esa exégesis- que correspondía hacer lugar a la citada defensa al haber sido demandada una persona inexistente, lo cierto es que no quedaba duda - más allá de la errónea calificación de la actora- de que la acción indemnizatoria estaba dirigida, en realidad contra la totalidad de los herederos.

6ºQue la circunstancia de que diversos tribunales hayan señalado reiteradamente que la sucesión no es una persona distinta de sus miembros, no configura argumento suficiente para desestimar

formalmente la pretensión, a poco que se advierta que, con sustento en esa misma definición - que concluye en la inexistencia de dicha entidad jurídica- la alzada debió tener por enderezada la demanda respecto de los miembros de la comunidad hereditaria.

7º Que asimismo y a la luz de tal principio, la petición de la recurrente de encausar la demanda con la persona de cada uno de los herederos no fue una aplicación ajena al marco original de la controversia dada por los escritos constitutivos del proceso - vedada por el artículo 331 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, ya que dicha presentación de la demandante sólo importó concretar en la práctica su voluntad originaria en el sentido de que fueran todos los miembros de la sucesión quienes respondieran por el daño causado por el animal.

8ºQue, en consecuencia, la admisión de la excepción de falta de legitimación consagró una exégesis formal de la demanda que no condice con una adecuada integración de los términos empleados en aquella oportunidad y concluye en una solución que persigue sólo el interés del formal cumplimiento de las normas procesales, las cuales deben ser interpretadas y aplicadas por los jueces de modo de favorecer y no entorpecer la organización del proceso con miras al logro de la verdad jurídica objetiva (Fallos, 314-203).

9ºQue, en tales condiciones, corresponde hacer lugar al recurso extraordinario, pues el pronunciamiento apelado no se muestra como una derivación razonada del derecho vigente y afecta en forma directa e inmediata las garantías constitucionales de propiedad y de defensa en juicio invocadas por los recurrentes (art. 14 de la ley 48).

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada. Con costas. Agréguese la queja al principal y vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se proceda a dictar nueva sentencia con arreglo a lo expresado. Notifíquese y Remítase. - *Julio S. Nazareno.- Carlos S. Fayt.- Augusto César Belluscio.- Ricardo Levene (h).- Antonio Boggiano.*

LA SUSPENSION DEL PLAZO DE CADUCIDAD DE LA INSTANCIA EN LA DOCTRINA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACION

Comentario a fallo

1. **Introducción**

La Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina se ha pronunciado varias veces sobre el criterio a seguir con un expediente que remitido a otra dependencia, allí permanece por un tiempo mayor al correspondiente al plazo para la caducidad de la instancia.

Se ha resuelto, por ejemplo, con la mínima mayoría, que corresponde decretar la perención sin analizar las posibles causales de suspensión del término ante la remisión del expediente al agente fiscal con motivo del beneficio de litigar sin gastos que se encontraba a su dictamen.

Recordemos que existe doctrina plenaria de las ex Cámaras Nacionales de Paz del 31 de agosto de 1956, que sostuvo la suspensión del plazo de caducidad cuando el expediente sale del juzgado *ad effectum videndi.* Es bueno saber, asimismo, que la Corte ha soslayado dichos argumentos alegando que ella "no podría entrar a juzgar la procedencia o improcedencia de la aplicación analógica de una disposición procesal sin alterar su cometido fundamental de Tribunal de Garantías Constitucionales para convertirse en una tercera o ulterior instancia ordinaria".

2. **Antecedentes jurisprudenciales**

La Corte ha puesto en dudas cierta jurisprudencia que, en algún momento, pareció dar flexibilidad al término para computar la caducidad de la instancia -tal como la que muestran los fallos que aquí presentamos-; la cual, como es sabido, es una institución destinada a dinamizar el proceso, tutelando el interés de la función jurisdiccional para evitar la carga inútil de lo que sólo es apariencia de proceso, con el desgaste que ello ocasiona; pero sin llegar a constituir una finalidad en sí misma, ni de convertirse en aparato sancionador o represor del incumplimiento en los tiempos del proceso.

Por ello, su interpretación es restrictiva, dando preeminencia a la subsistencia del litigio.

Este criterio fue abastecido reiteradamente por el Alto Tribunal, inclusive ha dicho que cuando el expediente principal abandona su sede para instalarse en otra dependencia judicial, sea *ad affectum videndi*, o para resolver una cuestión particular, se entiende que el término de caducidad no opera, al encontrarse las partes imposibilitadas de formular peticiones ([14]).

No obstante, justo es reconocer, que dicho impedimento no justifica la incuria de las partes para urgir la devolución de los obrados, ante la probable

---

[14]. C.S., noviembre 20/986, Rev. La Ley, 1987-C, 445.

radicación sin causa, o en la demasía del tiempo para confrontar, o por más del plazo necesario para dar cumplimiento al objeto para el cual se lo remitió, circunstancia bien apuntada en la disidencia de los ministros Bossert y Belluscio y que, desde otra faceta, la aplica el ministro Vázquez-.

Por tanto, para decidir si se ha producido la suspensión del plazo de caducidad hay que investigar, en la singularidad de cada supuesto, si la remisión del expediente a otro lugar ha derivado en la imposibilidad de activar la instancia, ya fuera porque la causa es retenida en razón de ser indispensable para resolver la cuestión para la cual fue recabada, ya porque sirve como documento imprescindible al otro juicio. En estos casos no cabría imponer a la parte interesada en la devolución la efectivización de actos tendientes a conseguir la restitución, por cuanto ellos serían ineficaces o inconducentes para lograr su objeto.

3. **Causales de suspensión.**

En materia de beneficio de litigar sin gastos, por ejemplo, la circunstancia cobra una coloración particular ante la previsión del art. 83, último párrafo del Código procesal federal, según el cual, el trámite del beneficio de pobreza suspende las actuaciones principales, aún cuando esta conclusión sea controvertida con sólidos fundamentos.

La polémica gira en torno de la interpretación de esta norma, entendiéndose que la disposición no es imperativa, sino facultativa, de modo tal que si la parte interesada no solicita la suspensión del proceso principal (o para el que interesa utilizar el beneficio), este sigue su curso continuando los plazos como en un proceso cualquiera. En este sentido, sólo interrumpirían la caducidad los actos dirigidos a desarrollar la relación del juicio sobre el fondo y no aquellos que desenvuelvan actividades que tienden a satisfacer un interés particular del litigante.

La Corte, en este aspecto, ha sostenido que "debe considerarse que el beneficio de litigar sin gastos interrumpe la caducidad de instancia, si se da el supuesto excepcional de que aquél ha seguido tramitando con la debida actividad procesal. Desatender esta circunstancia implica que la persona que manifiesta ser carente de recursos, y que ofrece y produce activamente prueba al respecto, se encontraría en determinado momento en la alternativa, de hacer una erogación económica que no puede soportar" ([15]).

4. **Los casos en estudio. Problemas procesales.**

La brevedad del comentario precedente impone la síntesis global, pero vale afirmar que la jurisprudencia es prolífica al reiterar que la remisión del expediente a los Ministerios Públicos suspende los tiempos de caducidad, porque la inactividad procesal que se atiende debe ser de todos los sujetos, y si uno solo de ellos actúa prosiguiendo el proceso, su actividad beneficia a los demás.

---

[15]. C.S., abril 24/974, Rev. La Ley, 155 pág. 2

La diferencia debe encontrarse en el origen que motiva la salida del expediente del juzgado. Cuando el requerimiento proviene de otro tribunal del mismo grado y competencia o distinto grado y jurisdicción, existe causa suficiente para interrumpir el curso; en cambio, no es así cuando la remisión obedece el pedido de una de las partes, pues la obligación de ellas es instar el procedimiento antes de que se cumplan los plazos legales de la perención.

Sin embargo, como recién anticipamos, las partes no pueden abandonar o suspender la marcha del proceso quedándose a la espera de la devolución. El principio de celeridad, y fundamentalmente el principio dispositivo les obligan a obrar con interés urgiendo la restitución.

Puesta en claro esa intención, la carga no significa la necesidad de mantener la instancia reiterando sucesivamente el planteo, si ello demostrara cierta inutilidad ante la renuencia del órgano que conserva el expediente por considerarlo necesario para su estudio.

Es verdad que la interpretación de los fallos plenarios fundados en normas no federales es materia ajena al recurso extraordinario; tanto como la problemática de la perención de la instancia por ser materia procesal y advertir la posibilidad de saneamiento con la interposición de una nueva pretensión. En este último argumento se apoya el certiorari de la causa “Menzaghi”.

Empero, ambos contingentes encuentran su límite en el derecho al debido proceso (art. 18, Constitución Nacional) que supone el ejercicio adecuado del derecho de defensa, la tutela efectiva del derecho y la no vulneración de derechos que quedan socavados por una cuestión puramente ritual.

Para ocuparse de un tema procesal en la dimensión constitucional del recurso extraordinario, es preciso superar algunas cuestiones. El requisito de sentencia definitiva estaría cubierto por cuanto la resolución que decreta la caducidad de la instancia hace sus veces cuando, atento las constancias de la causa, hay impedimento para reiterar con eficacia el reclamo ([16]).

Seguidamente, la cuestión de derecho adjetivo debe analizarse en el concierto de las garantías que el proceso mismo reserva. No olvidemos que éste, mas allá de su vestimenta solemne e instrumental, constituye una garantía constitucional. Por tanto, el debido proceso no puede guardar interpretaciones diversas según el reproche que se dirija contra la sentencia.

Sumadas las cuestiones pareciera asistir razón al recurrente (y en su caso a la minoría disidente), y los hechos hablarían por sí solos: *la garantía constitucional que la Corte reserva para sus actos, no tiene un registro negativo absoluto para los temas del proceso, ni asume una banda repulsiva que declare inadmisible toda su problemática*. La misión de hacer justicia impone relacionar las circunstancias de cada caso; así lo inspira la unidad del ordenamiento jurídico.

---

16. Fallos, 300:1185; 302:416; 308:334 entre otros.

JURISPRUDENCIA

C.S., junio 20-996, *Miedzylewski, Zelek c/ Provincia de Buenos Aires y otro.*

Buenos Aires, Junio 20 de 1996.

Considerando: 1. Que a fs. 302 la codemandada provincia de Buenos Aires solicita que se decrete la caducidad de la instancia sobre la base de considerar que desde el 13 de setiembre de 1994 -oportunidad en la que el tribunal proveyó el escrito de fs. 288- hasta el 17 de mayo de 1995 -fecha de su pedido- ha transcurrido el plazo de seis meses previsto por el art. 310 inciso 1° del Cód. Procesal.

El pedido es resistido por la actora, quien aduce que durante casi dos meses no pudo producir actividad útil alguna en virtud de encontrarse el expediente en la Procuración del Tesoro de la Nación.

2. Que, en relación a la defensa que esgrime la demandante, el examen de las constancias de la causa permite verificar que, en efecto, el expediente fue oportunamente remitido a la Procuración del Tesoro de la Nación, permaneciendo fuera del tribunal desde el 9 de noviembre de 1994 hasta el día 21 de diciembre de ese mismo año (conf. fs. 294 vta. y 295).

3. Que, en esas condiciones, toda vez que durante el período antes señalado la parte actora se vio imposibilitada de formular peticiones (Fallos, 308:2219), no corresponde hacer lugar a lo solicitado por la incidentista, en orden a la caducidad de la instancia pues, considerando aquella circunstancia, entre la última actuación del tribunal y el acuse perención, no transcurrió el lapso establecido por el inciso 1° del art. 310 del Cód. procesal.

4. Que, a mayor abundamiento, cabe reiterar aquí la conocida jurisprudencia de esta Corte, según la cual, por ser la caducidad de la instancia un modo anormal de terminación del proceso y de interpretación restrictiva, la aplicación que de ella se haga debe adecuarse a ese carácter sin llevar ritualistamente el criterio que la preside más allá del ámbito que le es propio (conf. Fallos, 308:2219 ya invocado y sus citas del Consid. 5, entre otros).

Por ello se resuelve: Desestimar el pedido de caducidad de instancia planteado. Provéase por secretaría la solicitud formulada en el punto III de la presentación de fs. 305/305 vta. *Julio S. Nazareno - Eduardo Moliné O´Connor - Carlos S. Fayt - Guillermo A.F. López - Adolfo R. Vázquez (en disidencia) - Enrique S. Petracchi - Gustavo A. Bossert (en disidencia) - Augusto C. Belluscio (en disidencia).*

Disidencia de los doctores *Belluscio y Bossert*

Considerando: 1. Que a fs. 302 la codemandada provincia de Buenos Aires solicita que se decrete la caducidad de la instancia sobre la base de considerar que desde el 13 de setiembre de 1994 - oportunidad en la que el tribunal proveyó el escrito de fs. 288- hasta el 17 de mayo de 1995 - fecha de su pedido- ha transcurrido el plazo de seis meses previsto por el art. 310 inciso 1° del Cód. Procesal.

El pedido es resistido por la actora, quien aduce que durante casi dos meses no pudo producir actividad útil alguna en virtud de encontrarse el expediente en la Procuración del Tesoro de la Nación.

2. Que, desde el dictado de la providencia de fs. 289, última actuación que ha tenido por efecto impulsar el procedimiento, hasta la fecha de interposición del incidente en estudio ha transcurrido el plazo legal citado, por lo que el planteo debe prosperar.

3. Que no es óbice para llegar a esta solución la defensa esgrimida por el actor, pues la aludida remisión del expediente a otra dependencia no es por si sola un hecho demostrativo de la imposibilidad absoluta de proseguir el trámite de la causa, ya que para la parte subsiste el deber de acudir a los medios que resulten eficaces a fin de demostrar su interés en la continuación del proceso e interrumpir así el curso de la caducidad de la instancia.

En las presentes actuaciones, si bien es cierto que el expediente estuvo en la Procuración del Tesoro de la Nación durante casi un mes y medio -desde el 9 de noviembre de 1994 al 21 de diciembre de 1994- no lo es menos que la parte actora, ni durante ese período ni con posterioridad, efectuó acto procesal idóneo alguno tendiente a hacer avanzar el juicio hasta el pronunciamiento definitivo.

Cabe señalar, asimismo, que la circunstancia señalada por el letrado apoderado del actor en el sentido de que durante ese período intentó la citación de su mandante para notificarle su renuncia tampoco resulta relevante en virtud de lo dispuesto por el art. 53 inciso 2° del citado código.

Por ello, se resuelve: Hacer lugar al pedido de caducidad de instancia planteado a fs. 302. Con costas (art. 69, Cód. procesal). *Augusto C. Belluscio - Gustavo A. Bossert.*

Disidencia del doctor *Vázquez*

Considerando: 1. Que a fs. 302 la codemandada provincia de Buenos Aires solicita que se decrete la caducidad de la instancia sobre la base de considerar que desde el 13 de setiembre de 1994 -oportunidad en la que el tribunal proveyó el escrito de fs. 288- hasta el 17 de mayo de 1995 -fecha de su pedido- ha transcurrido el plazo de seis meses previsto por el art. 310 inciso 1° del Cód. Procesal.

El pedido es resistido por la actora, quien aduce que durante casi dos meses no pudo producir actividad útil alguna en virtud de encontrarse el expediente en la Procuración del Tesoro de la Nación.

2. Que, desde el dictado de la providencia de fs. 289, última actuación que ha tenido por efecto impulsar el procedimiento, hasta la fecha de interposición del incidente en estudio ha transcurrido el plazo legal citado, por lo que el planteo debe prosperar.

3. Que no es óbice para llegar a esta solución la defensa esgrimida por el actor, pues la aludida remisión del expediente a otra dependencia no impidió ni física ni jurídicamente su actuación, quedando erradicada, por ende, toda idea de suspensión del plazo de caducidad de la instancia en curso. En este sentido, ningún impedimento tuvo el actor para impulsar el procedimiento requiriendo la devolución de la causa a esta Corte, extremo que, por cierto, se justificaba especialmente cumplir a partir del momento en que venció el plazo concedido en la providencia de fs. 294 vta., sin haberse producido la restitución del expediente por parte de la Procuración del Tesoro de la Nación. Diversa sería la solución, desde luego, si además de la remisión hubiera existido una causal convencional o legal de suspensión de los plazos procesales de la que se desprendiera una imposibilidad real de actuar, o si el interesado hubiera requerido la devolución del expediente y ella hubiera sido negada, pues frente a tal hipótesis ya no se le podría exigir la realización de acto impulsorio alguno, desde que la aludida denegatoria determina por si misma la suspensión del plazo de caducidad. Pero ninguna de tales circunstancias se presentó en el "sub examen".

Cabe señalar, asimismo, que la circunstancia señalada por el letrado apoderado del actor en el sentido de que durante ese período intentó la citación de su mandante para notificarle su renuncia tampoco resulta relevante en virtud de lo dispuesto por el art. 53 inciso 2° del citado código.

Por ello, se resuelve: Hacer lugar al pedido de caducidad de instancia planteado a fs. 302. Con costas (art. 69, Cód. procesal).*Adolfo R. Vázquez*

EL DERECHO A LA CELERIDAD EN LOS PROCESOS

1. El derecho procesal concibe a la celeridad como uno de sus principios elementales para la eficacia y seguridad de la justicia.

Ella se ha pensado en la dimensión de la rapidez misma del procedimiento y en la ejecutividad inmediata de las resoluciones judiciales. Sin embargo, por esas cosas inevitables del "acostumbramiento" forense, la lentitud supera el dogma pensado. Las demoras inusitadas son palmarias y evidentes para constituir un tema recurrente en la preocupación del jurista.

El fenómeno no es actual. Se reproduce por tradiciones vernáculas y en cualquier sistema adscripto. Ello se observa en los procedimientos orales y en los escritos.

Como el problema trasciende el reducido espacio de la controversia individual se ha ganado campo en declaraciones internacionales que proclaman la seriedad del caso. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Nueva York), se ocupa del mismo en el art. 14, apuntando esencialmente a las demoras suscitadas en los procesos penales.

Esta convención se refiere al juzgamiento "sin dilaciones indebidas", frase que también adopta la Constitución española en el artículo 24.2 y que llevó a interpretarla como un "derecho a la jurisdicción" vinculado al tiempo en que debe prestarse el servicio judicial, comprendiendo por tal el "plazo razonable" en que las personas reclaman el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

Por eso dijo el Tribunal Constitucional español, "*el ámbito temporal en que se mueve el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales lo viene a consagrar el párrafo segundo del artículo 24 de la Constitución, al hablar de un proceso público sin dilaciones indebidas, y aunque pueda pensarse que por el contexto general en que se utiliza esta expresión sólo está dirigida en principio a regir en los procesos penales, ello no veda que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial deba plantearse como un posible ataque al mismo las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso*" ([17]).

La misma intelección surge del artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, al incluir los dos aspectos comentados respecto al derecho a la tutela judicial y a la rapidez en los procedimientos (toda persona tiene derecho a que su causa sea oída dentro de un plazo razonable) ([18]).

---

[17] Cfr. Jesús González Pérez, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, cit., pág. 128.

[18] El Artículo 6 completo señala: 1. "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra

También expresan idéntico interés por la rapidez judicial, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, con sus estatutos y reglamentos respectivos, y se incorporan en las nuevas constituciones latinoamericanas como un derecho subjetivo público.

La distancia pretendida entre el proceso penal y el proceso civil puede comprenderse en la medida que ocupe la libertad de las personas; pero no significa más que ello pues los derechos e intereses sustanciados en causas de naturaleza civil tiene la misma proyección fundamental de respeto y eficacia que la justicia debe asegurar por sus tribunales.

2. Algunos precedentes jurisprudenciales orientan significativamente en la comprensión del precepto.

El caso "König" fallado por el Tribunal de Estrasburgo el 28 de junio de 1978 pone en claro que el carácter razonable de la duración de un procedimiento debe aplicarse en cada caso y de acuerdo con las circunstancias a cuyo fin se toman como pautas la complejidad del asunto, el comportamiento del demandante y la manera en que el problema fue llevado por las autoridades administrativas judiciales.

El primer aspecto se mide en relación con la mayor o menor sencillez del nudo a desatar, de manera que la dificultad para el esclarecimiento obra en la atención decisiva.

Estas dificultades pueden asentar en la complejidad de la prueba; en la imposibilidad de practicar notificaciones personales imprescindibles, en cuestiones prejudiciales que dejan latente la continuidad de las actuaciones, etc. Sin embargo, como se comprenderá, estas contingencias procesales que no alteran el conocimiento jurisdiccional, porque se trata de dilaciones probables y no de demoras indebidas.

Por eso la precisión se busca a partir del complejo mundo de situaciones que el juez debe resolver.

La conducta procesal de las partes se confronta en su comportamiento activo y pasivo. Es decir, en las maniobras utilizadas para dilatar sin causa el

---

ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibida a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia. 2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada. 3. Todo acusado tiene como mínimo los siguientes derechos: a) a ser informado en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de al acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y de las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por si mismo o ser asistido por un defensor de su elección y si no tiene medios para pagarlo podrá ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaran contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un interprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia".

procedimiento, obligando a demoras injustificadas o a través de alegaciones inconducentes que evidencian la conciencia de la propia sinrazón.

Esta forma de prolongar sinrazones puede castigarse en la misma sede jurisdiccional por las medidas sancionatorias a la conducta desleal y artera o temeraria y maliciosa. No obstante la pasividad de los jueces, que con su tolerancia propician el descontrol admiten prever el supuesto de procesos demorados a causa del tribunal.

El caso "Zimmerman y Steiner" (Corte Europea de Derechos Humanos, 13 de julio de 1983) muestra cómo un tribunal permanece impasible ante la dilación procesal creada a través de sus instancias, demorando la instrucción, la prueba y al mismo pronunciamiento.

El precedente "Bucholz" (10 de diciembre de 1982) se aplicó en esta causa, explicando que el plazo razonable se mide en proporción con el entorpecimiento pasajero de las tareas que el tribunal debe remediar con la presteza debida.

3. En los procesos penales, la detención del procesado implica adoptar temperamentos sobre la celeridad del juicio, circunstancia que permite delinear siete criterios que son tenidos en cuenta en cada caso a decidir a efectos de esclarecer si existe o no exceso del "plazo razonable" para juzgar a una persona que está detenida preventivamente.

Esos siete criterios se refieren a la duración de la detención en si misma; la naturaleza del delito y la pena que tiene señalada; los efectos personales sobre el detenido de orden material, moral u otros; la conducta del acusado; las dificultades de la instrucción del proceso; la manera en que éste ha sido llevado por las autoridades judiciales y la actuación de estas autoridades durante todo el procedimiento ([19]).

De todo ello surge que al respecto hacia el tiempo procesal justo, en materia punitiva, comienza desde que una persona conoce de la acusación, lo cual puede ser anterior al mismo enjuiciamiento (supuestos de arresto, instrucción preliminar, averiguación previa, etc) y se confronta con la duración del procedimiento.

Es el caso de la Convención Americana de Derechos Humanos que refiere a dos años sin condena.

En suma, es oportuno precisar el concepto de dilación, caso por caso, de forma tal que permita discernir algunas pautas sobre lo que debe entenderse por razonabilidad de los tiempos de duración de un proceso, y el significado y alcance de su exceso. Además, permite descubrir cuando esa dilación es indebida, por superar negativamente todos los criterios de

---

[19]. Lorca Navarrete, Antonio, *Tratamiento que tanto el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos, como el Tribunal Constitucional español otorgan a la garantía procesal del Derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, en "Revista Uruguaya de Derecho Procesal", 1985-3-262*.

justificación y pertenecer al ámbito de diligencia exigible a los tribunales de justicia, con abstracción de la laboriosidad de su titular ([20]).

4. Sin perjuicio de estos criterios de base, no escapan de la lectura las consecuencias hipotéticas que contrae la demora judicial, que en frases del mencionado caso "Zimmerman y Steiner" representan lo que arriesgan los demandantes, es decir, las consecuencias gravosas y dañinas que surgen por la lentitud procesal.

Las viejas Leyes de Partidas veían imposible cargar culpas en quien no fuese el director del proceso, el verdadero responsable de la actividad y ejercicio judicial. Así como no toleraban la delegación jurisdiccional, tampoco consentían que los errores y vicios del procedimiento pudiesen acabar en una sanción al Actuario, salvo expresas circunstancias administrativas.

Con este antecedente se conservan aún sanciones procesales a los jueces que encuentran revocadas sus sentencias por error evidente o manifiesto desconocimiento del derecho (*yerran á las vegadas los juzgadores en dar los juicio, bien así como los físicos en dar las melecinas*) ([21]).

5. Sin embargo, la praxis ha tenido que confrontarse con la realidad y ver que la administración judicial ha sobredimensionado sus posibilidades, siendo prácticamente imposible el control individual de todos y cada uno de los aspectos que hacen a la buena marcha del oficio.

Pero también es cierto que esa misma carga no admite justificativos ni indolencias cuando no admite justificativos ni indolencias cuando se trata de la vida misma del conflicto. Un expediente que se pierde, ocasionando demoras inusuales en su búsqueda y eventual reconstrucción, puede significar la destrucción misma del cuerpo presente y manifiesto de las distintas situaciones que las partes han confirmado, demostrando o sugerido en sus exposiciones.

El poder judicial -o mejor el sistema de justicia todo- no puede escapar al principio axiomático de todo régimen democrático en el cual nada es incontrolable ni nadie es irresponsable ([22]).

En nosotros pervive la idea de que la función jurisdiccional es mucho más que la simple resolución de controversias; se trata de ver en los jueces, efectivos contralores a la actividad administrativa o de gestión gubernamental, como fiscalizadores de la supremacía constitucional[23]; por tanto, su responsabilidad social trasciende los meros conflictos humanos. Y si el mayor compromiso resulta esencial para la excelencia del servicio, va de suyo que las dificultades menores, las pequeñas injusticias diarias que son tan importantes como las superiores, no pueden difundirse en agentes auxiliares, porque hay un problema de responsabilidad funcional.

---

[20]. Bandres Sanchez Cruzat, José Manuel, *Derecho Fundamental al proceso debido y el Tribunal Constitucional, ed. Aranzadi, Pamplona, 1992, pag. 535.*

[21]. Vide: De La Colina, Salvador, Derecho y Legislación Procesal, tomo I, pag. 161, ed. Lajouane, Bs. As. 1915.

[22]. Berizonce, Roberto Omar, en la presentación de la obra de Mauro Cappelletti, *La responsabilidad de los jueces*, editorial Jus, La Plata, 1987.

[23]. Gozaini, Osvaldo Alfredo, Derecho Procesal Civil, tomo I (Teoría General del Derecho Procesal) - Volumen 1-, cit., passim.

6. En pocas palabras, pretendemos que la responsabilidad judicial se extienda a todos los actos por los cuales los jueces deban responder, desplazando la noción de responsabilidad calificadas por la función precisa del oficio. Es decir que, si hay un juez a la cabeza del sistema, la tarea interna, la burocracia misma que desde allí se genere, los éxitos y los fracasos, son tan propios como las funciones de emitir sentencias.

7. Podríamos decir con Merryman "que la responsabilidad penal es especifica, tanto teórica como practica. Desde el punto de vista teórico, los deberes del juez, como tal juez, tanto en causas civiles como penales, son obligatorias ante el público, no solo respecto a personas determinadas y cuando no existen esos deberes no hay responsabilidad. De ahí que si el juez no tiene deber ninguno ante las partes de un juicio civil o ante el defensor en la causa penal, no puede incurrir en responsabilidad por incumplimiento de deberes inexistentes. Sin embargo, los actos del juez pueden contrariar sus deberes como funcionario, por lo cual será penalmente responsable. Los actos realizados en buena fe por el juez que no han violado deber alguno, no son iguales a los actos del que ha procedido corrupta o maliciosamente, y al que, por eso mismo, no le alcanza la inmunidad ([24]).

8. Parece de más agregar que en torno a lo explicado giran en órbitas convergentes dos principios esenciales: el de propiciar la eficacia del servicio jurisdiccional a través de un proceso sin restricciones (legitimación amplia, prueba conducente y efectiva; sentencia útil y motivada); y de lograr que el enjuiciamiento llegue en su tiempo, que no es otro que el de los intereses que las partes persiguen cuando ponen el conflicto en conocimiento de los tribunales.

Ambos preceptos concilian y obran armónicos e interactuados, porque de no serlo, cualquier infracción al derecho fundamental de la celeridad en los procesos serviría para advertir una crisis manifiesta en el derecho al proceso debido; y si fuera así, bastaría con condenar al órgano judicial que infringe el deber de rapidez sin otro recaudo que el de pronunciarse inmediatamente ([25]).

Para ello sería suficiente el artículo procesal a través del instituto de la perdida de jurisdicción y la sanción por mal desempeño; pero el principio persigue mucho más.

9. En efecto, la disposición puesta a nivel constitucional pretende conseguir la eficacia del servicio jurisdiccional de manera que las demoras inusuales injustificadas puedan generar responsabilidades civiles, esto es, pretensiones indemnizatorias que reparen el daño efectivamente adquirido por la tardanza del tribunal.

---

[24]. Merryman, John Henry, *La responsabilitá dei giudici, en "La educazione giuridica", pag. 275, Universitá degli studi di Perugia, volumen III, 1978*.

[25]. Cfr. Gimeno Sendra, José Vicente, *Constitución y Proceso*, Tecnos, Madrid, 1988, pag. 141.

En palabras de Gimeno, “conviene remarcar aquí que, si bien, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas ofrece un marcado carácter instrumental con el derecho a la tutela, por cuanto el exceso de tiempo puede producir una satisfacción platónica a las partes litigantes, tampoco es menos cierto que el derecho fundamental del artículo 24.2 constituye un derecho autónomo y distinto al de la tutela, cuya infracción ha de ocasionar el nacimiento de la oportuna pretensión del resarcimiento” ([26]).

10. Lograr una justicia oportuna depende del sistema dónde y cómo se orquesta el procedimiento; y de medidas concretas de política económica.

Las primeras responden a la crisis manifiesta que proyecta la transformación de las sociedades industriales y post industriales modernas que generan una nueva demanda de justicia, con un sentido de real y efectiva igualación, por encima de la sola igualdad formal, para posibilitar el desarrollo de la personalidad humana. Es a la luz de esta nueva demanda de justicia que debe interpretarse la filosofía política del “Estado Social” o “promocional” o “Welfare state” que se ha traducido en un enorme aparato de legislación económico social, consecuencia de la promoción y actuación de los “nuevos derechos sociales”. Empero, esta cada vez más vasta y compleja función promocional del Estado moderno ha comportado, obviamente, formas de gigantismo gubernamental a menudo peligrosas y potencialmente agresivas. De ahí la constante búsqueda de nuevos instrumentos y métodos alternativos, para la racionalización y el control de tal aparato y, por consiguiente, para la protección contra los abusos que el mismo puede originar ([27]).

El segundo pilar reposa en las medidas de policía social y económica que adapten la realidad del medio con las necesidades de justicia que la sociedad reclama.

No es únicamente el costo y la celeridad, sino la eficacia y la seguridad lo que se persigue en un estudio profundo de la elevación a rango constitucional o fundamental del derecho a un proceso rápido y expedito.

---

[26]. Ibídem, pag. 142.

[27]. Cappelletti, Mauro, *Acceso a la justicia (como programa de reformas y como Método de pensamiento), trad. De G.Seminara,* en “Revista del Colegio de Abogados de la Plata”, N° 41, pag. 159/160.

SECCION 4ª : EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL PROCESO

EL ABUSO DEL PROCESO FRENTE A LA LITIGIOSIDAD INNECESARIA

Sumario: I PARTE: 1. Planteo temático; 2. Límites normativos del abuso; 3. El abuso del derecho constitucional de petición; 4. La evolución del concepto de abuso procesal, 4.1 La intención de dañar, 4.2 La culpa, 4.3 El fraude procesal; 5. Tipificaciones del abuso procesal.

II PARTE: 6. La formación universitaria; 7. La teoría del conflicto; 8. El conflicto resuelto desde la negociación; 9. Supuestos de litigiosidad innecesaria, 9.1 Pedidos de quiebra, 9.2 La demanda de resolución contractual, 9.3 Las particiones de bienes, 9.4 El llamado proceso inadecuado, 9.5 Los procesos extraños; 10. Conclusiones.

I parte.

Aspectos generales de la teoría del abuso

1. Planteo temático

La doctrina del abuso en el proceso tiene múltiples manifestaciones en los actos que un litigio cualquiera desenvuelve cuando una de las partes esquiva con deslealtad la regla de comportamiento probo y honesto.

Habitualmente, estas conductas disvaliosas son calificadas según la gravedad de la incidencia; genéricamente, están comprendidas entre los actos temerarios y maliciosos, aun cuando la variedad es amplia y permiten encuadres diferentes.

Estas acciones abusivas ejercidas dentro de un proceso en marcha no serán motivo de estudio en esta oportunidad ([28]). Ahora, pretendemos incursionar en una etapa anterior al desarrollo procedimental, de manera que será más apropiado referirnos a las formas de abuso con el proceso.

Desde aquí observaremos como existe cierta regla de litigiosidad para resolver cualquier tipo de conflictos. Es decir, una búsqueda insistente de los métodos procesales para zanjar diferencias sobre la base del éxito y la derrota.

Tener conciencia de la propia sinrazón, obstruir la negociación previa sin motivos valederos, actuar con desconcierto provocando el error de la otra parte o del mismo tercero imparcial, etc. son actitudes que se encuentran ejemplificadas en este tramo del problema.

En definitiva, la litigiosidad innecesaria consiste en acudir al proceso judicial por obstinación u obcecuencia, con el único fin de desgastar energías y limar el ánimo del presunto accionado (valgan como ejemplos anticipados, la

---

[28] . Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La conducta en el proceso*, editorial Platense, La Plata, 1988, págs. 101 y ss.

demanda de resolución contractual cuando existe rescición automática; cuando se recurre a juicio para provocar la mora del deudor; cuando se busca conseguir a través del proceso un elemento de coacción; etc.).

2. Límites normativos del abuso

Afincada en la regla moral de raiz canónica, la doctrina del abuso del derecho se fue consolidando en la teoría general abriendo nuevos caminos e interpretaciones al principio que sustenta, otorgando firmeza y convicción al argumento de la ilegitimidad cuando ocurre el ejercicio contrario y abusivo de la ley.

El espíritu de la norma, tal como fue pensada por Josserand ([29]), admite una función social que cumplir, de modo que no se permitan derechos puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de dañar al prójimo, o de la mala fe, entre otros.

Precisamente, el texto dado por la ley 17.711 al art. 1071 del Código Civil, le ha impreso a todo el sistema positivo un profundo y benéfico soplo de equidad, el cual no era desconocido por Vélez (v.gr.: art. 2056 CC), logrando ponerlo a tono con la filosofía de nuestro tiempo.

La pauta hermenéutica de esta disposición particulariza una fórmula que puede proyectarse hacia la compleja trama de relaciones jurídicas entabladas entre individuos. De aquélla se derivan puntos de referencia y principios específicos que, *lato sensu*, muestran la preocupación por acentuar la conducta funcional, típica y adecuada al ejercicio regular de los derechos.

La unidad ontológica -natural por otra parte con la unidad del ordenamiento jurídico- expresa un axioma: *sólo el uso de los derechos es lícito; en tanto el abuso es ilícito*.

En otros términos, la regularidad en la utilización de un derecho subjetivo supone la íntima relación entre la norma y el sujeto que la invoca en su favor, pretendiendo obtener con su ejercicio una situación que normalmente, o en el curso corriente de los sucesos, le corresponde por lógica atribución.

Pero cuando a ese mismo derecho se lo esfuerza (aun cuando se actúe de conformidad con la norma objetiva) en procura de un fin desviado o antifuncional, existe abuso del derecho ([30]).

La naturaleza instrumental del proceso recibe estos postulados y los conjuga en sus propios términos, atendiendo primordialmente al interés social que se compromete, sea por la afectación de la administración de justicia, o por los derechos subjetivos que se ponderan.

En la actualidad, la figura del abuso esta imbrincada en la teoría general del derecho por lo cual su influencia se extiende a todas las ramas del sistema normativo.

---

[29] . Josserand, Louis, *El espíritu de los derechos y su relatividad*, trad. de Eligio Sanchez Larios, editorial José M. Cajica (h.), México, 1946.

[30] . Véscovi, Enrique, *El abuso del derecho en el ámbito del proceso civil*, en XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981, pág. 261.

La circunstancia de manifestarse en el curso de las actuaciones procesales no le asigna más singularidad que la del medio donde se produce. Por eso, lo importante es advertir las consecuencias.

En suma, el problema no apunta al proceso en sí mismo sino al curso de actos procesales regulares, válidos y eficaces que conforman el proceso, y cuya virtualidad pretende alterarse con el uso abusivo que de ellos se hace. Abuso que consiste en utilizar una facultad instrumental con un destino distinto al que tenía previsto.

De manera, entonces, que si puede interpretarse autónomamente el principio general del abuso del derecho, su aplicación en el proceso no variará como principio, pero derivará la atención hacia los efectos que produce.

3. El abuso del derecho constitucional de petición

Gelsi Bidart opina que la peculiaridad del abuso del derecho, en sí mismo, y con relación al uso del proceso, parte de un punto ineludible: el derecho al proceso y el derecho en el proceso implican la existencia de un derecho fundamental de rango constitucional y naturaleza instrumental (para garantizar la eficacia del derecho); este derecho puede utilizarse para el aludido fin propuesto por el ordenamiento jurídico, que no siempre coincidirá con la realidad ([31]).

El fenómeno es cierto, y no deja de plantear resistencias a la utilización del abuso como mecanismo depurador de las conductas.

La consagración del proceso judicial como garantía específica, y propiamente, como instrumento de realización de los derechos fundamentales, por vía de principio, no podría reconocer más limitaciones que las naturalmente reglamentadas. De otro modo, la defensa en juicio vería seriamente comprometida su presencia formal en el proceso.

Pero como el ejercicio de los derechos no admite excesos ni aprovechamientos, si esos derechos son obrados para conseguir un propósito desmedido (exceso éste que puede ser culpable o doloso o simplemente actuado con imprudencia) la base constitucional no tolera el desvío alegado, pues no existen los derechos absolutos.

La actitud subjetiva del agente ha de constituir una de las notas más singulares para perfilar el instituto, sumada con la elección del medio para llevarlo a cabo.

Esta medida cualifica la gravedad de las conductas, y así como la acción puesta en marcha puede sostenerse alegando el derecho de peticionar, también permite advertir si la intención desenvuelta es abusiva o constituye un simple desorden o un obrar ilegítimo por su anormalidad.

---

[31] **.** Gelsi Bidart, Adolfo, *Abuso del proceso*, en XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981, pág. 218.

4. La evolución en el concepto de abuso procesal.

Es este uno de los aspectos de mayor complejidad, porqué de inmediato nos sentimos tentados a señalar abuso en toda conducta procesal punible que se interpreta a la luz de los hechos que la exponen.

Pero si recordamos que el firmamento de estas actitudes contrarias a la buena fe está en el principio de moralidad, para lograr una definida aprehensión del concepto de abuso tendrá que comprenderse *ab initio* que la actitud violatoria a la buena fe, y a los principios de lealtad y probidad, reconoce gradaciones y tipologías precisas que pueden ir desde la culpa (con sus consecuencias en el marco de la responsabilidad civil), pasar por el dolo (con sus derivaciones penales), llegar a la estafa (e incluir otras proyecciones como el fraude civil o penal), o resultar, simplemente, un simple desorden de conducta o una actitud imprudente.

A su vez, es preciso saber si existe una intención dirigida a obtener beneficios concretos con las acciones emprendidas, si se pretende perjudicar a terceros, o existe mala fé pero sin intención de producir daños.

4.1 La intención de dañar

La primera etapa de calificación del abuso procesal encontró necesario que el ejercicio tuviera por finalidad la intención de perjudicar a otro, pero sin salirse de los límites y condiciones del derecho que la persone alega ([32]).

Es la conocida doctrina de la *aemulatio* del derecho romano donde la relación se dá entre el *animus nocendi* y la apariencia de actuar con derecho.

No es típico del abuso la intención de dañar, sino el aprovechamiento de un medio procesal que lo beneficia aunque lo actúe a sabiendas de su obrar disimulado.

El código civil define como dolosa toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con ese fin (art. 931).

Basados en esta tipicidad, encontramos que la intención de producir un daño existe en la figura del *dolo procesal*, porqué se encuentra la particularidad de buscar a través del proceso sorprender a un adversario a quien se engaña con una finalidad precisa: generarle un *perjuicio*.

En esto radica su diferencia con el *fraude procesal*. El dolo acarrea siempre, en sus elementos objetivos y subjetivos, un comportamiento destinado a dañar un interés ajeno; en cambio, el fraude a la ley es un instrumento -proceso o negocio- con el cual se quiere eludir una norma imperativa, sustrayendo a su mandato o prohibición, una conducta concreta.

---

[32]. Cfr. Condorelli, Epifanio José Luis, *Del abuso y la mala fé dentro del proceso*, editorial Abeledo Perrot, 1986, pág. 25.

4.2 La culpa

El abandono del sistema anterior lleva a considerar culpable la actitud de quien actúa a sabiendas de su desatino, debiendo en consecuencia, reparar el daño producido por su dolo o negligencia. La culpa será delictual si existe intención maligna, y cuasidelictual si fuera imprudente.

Es la filosofía que caracteriza la codificación que produce la relación permanente entre un acto y sus consecuencias normativas previstas, lo cual conduce a evidenciar su inconsistencia en un tiempo donde reiteradamente se observa la caida del dogma de plenitud de la ley escrita ([33]).

Además, bien dice Condorelli, "es menester convenir, a poco que se indague, que a la postre la teoría de la culpa significa ni más ni menos que restarle personería propia a a tesis, al confundírsela con el acto ilícito. Sería inútil hablar de un abuso del derecho cuando una persona ha cometido una culpa que puede ser atacada por aplicación del art. 1382 y siguientes del Código civil francés" ([34]).

4.3 El fraude procesal

Más adelante, las manifestaciones del abuso procesal fueron consideradas como expresiones típicas de fraude.

En este sentido aparecen actitudes *unilaterales*, donde el acto de sólo una de las partes se califica como ilícito y ocasiona responsabilidades civiles y penales por las que responder. Es el tiempo, entre otros ejemplos, de la insolvencia fraudulenta, la negativa maliciosa de la firma que se atribuye, de los procesos simulados, o de la misma adulteración de piezas del expediente ([35]).

También el fraude puede ser *bilateral*, y se dá cuando el medio de engaño a un tercero lo concretan las partes, burlando la ley, el orden público o la confianza de otros.

La conciencia de la propia sinrazón (temeridad) agrega como elemento característico la "colusión", derivando la posibilidad de: a) *procesos aparentes*, es decir de aquellos que no componen un litigio real y concreto, y que persiguen una finalidad diversa a la natural eficacia que sirve a la justicia; b) *procesos simulados*, donde la concertación entre las partes persigue distraer derechos de terceros o evadirlos directamente mediante un proceso que, por sus consecuencias, permite sustraer judicialmente la acción de los acreedores; c) *procesos fraudulentos* (propiamente dichos), en los que se utiliza la estructura procesal con el fin de provocar daños a terceros.

El cuadro simplemente esbozado encuentra el nacimiento doctrinario que divide el abuso *en el proceso*, donde se violentan cada una de las etapas a través de medidas lícitas pero desviadas del fin teleológico que inspira el curso

---

[33] . Ver entre otras obras de elocuente explicación del fenómeno, a Lorenzetti, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales del derecho privado*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1995; Mosset Iturraspe, Jorge *El fraude a la ley*, en Revista de Derecho Privado y Comunitario, nro. 4, 1993, pág. 21.

[34] . Condorelli, ob. cit., pág. 27.

[35] . Cfr. Gozaíni, ob. cit., pág. 247.

de cualquier función judicial. Y *con el proceso*, que es la utilización fraudulenta del medio procesal para lograr una decisión jurisdiccional oponible a terceros.

5. Tipificaciones del abuso procesal

El abuso en el proceso se puede secuenciar según el momento y el acto donde se manifiesta.

a) En la proposición de la demanda, se dá tentativamente cuando la pretensión es ambigua, inmotivada, falsa o con intenciones dolosas. Son ejemplos de este grupo, la elección de la vía más dañosa para el adversario; la confusión a través del proceso con la intención de provocar una incertidumbre dañosa; el reclamo sin fundamentos con la finalidad de lograr tiempo adicional u otra ventaja aparente; cuando a través de la demanda se busca una medida de coacción directa o amenazante; cuando se acude al proceso sin necesidad; etc.

b) En la actividad procesal, se refleja mediante peticiones que encierran engaños o mentiras, superficialidad, temeridad o malicia, etc. V.gr. la recusación maliciosa, la negativa de la firma propia, la insistencia recursiva cuando ella es improcedente, el abuso en la traba de medidas cautelares, etc.

En suma, se trata de advertir las dos actitudes propias del abuso con el proceso y del abuso en el proceso.

II parte

La litigiosidad innecesaria

6. La formación universitaria.

La litigiosidad, entre otras causas, es un fenómeno de la formación universitaria que tiene el abogado.

Los claustros tienden a insistir en la práctica profesional enseñando a partir del modelo que ofrece un proceso judicial. Se elabora la disciplina dando preponderancia al arte de la retórica, se formulan técnicas dispuestas para las formas de decir y peticionar, se exacerban las ritualidades en cuestiones probatorias, y finalmente, se exhibe la solemnidad de una sentencia como expresión definitiva de la justicia y el derecho.

Muchas veces hemos sostenido que esta metodología sólo sirve para que, al lograr el ansiado título profesional, sólo nos entendamos entre nosotros: los abogados.

La gente, la sociedad que no está en nuestro mundo, no entiende esas fórmulas bien orquestadas para un purismo elitista.

Cada disciplina del ordenamiento jurídico se estructura en contenidos que bajo el nombre de asignaturas vuelcan sus experiencias o las resumen en códigos preestablecidos.

La codificación es un ejemplo de la falta de actualidad en los problemas sociales. Al ser una estructura autosuficiente no necesita de colaboradores

para resolver disputas. Al tener una parte general ordenada exporta instituciones y técnicas. Es el caso, por ejemplo, del negocio jurídico que se pretende aplicable al derecho de familia, al administrativo, al laboral ([36]).

Adquiere así el intérprete del derecho una importancia inusitada; lo prueban los llamados activismos judiciales, y la esforzada y proficua tarea doctrinaria.

Bien apunta Lorenzetti cuando dice que "la igualdad legislativa es un sueño olvidado, en la medida en que las normas jurídicas son particularizadas y con efectos distributivos precisos. La idea de ordenar la sociedad ha perimido al ritmo del decaimiento de las visiones totalizadoras; el derecho civil se presenta como una estructura defensiva del ciudadano y de colectividades antes que como el "orden" social" ([37]).

Otra contundente demostración del cambio está en el derecho comercial, donde en la praxis no existe el código que aglutinó otrora cada institución. Se ha desintegrado dando lugar a verdaderos estatutos especiales, y a espacios particulares de conocimiento que quedan como auténticos nichos en la enseñanza superior.

El derecho procesal, en cambio, continúa adorando sus disposiciones codificadas. Inclusive las entroniza al pensar el cambio futuro sobre las mismas bases de regulación ordenada y omnicomprensivas.

Ante semejantes actitudes de alejamiento entre la vida del derecho y la que cotidianamente se tiene (derecho y realidad) era lógico que la justicia cayera en desgracia.

La confianza que otrora tuvo se difumina en la incomprensión.

7. La teoría del conflicto

Veamos el suceso desde la perspectiva del litigio.

¿Cuáles son la razones que obligan a demandar?

Una respuesta posible e inmediata será: no haber logrado conciliar diferencias entre intereses en conflicto, y por ello se debe recurrir a la justicia para que un tercero imparcial que representa al Estado diga aquello que es justo y equitativo.

Es verdad que esta instancia, en ocasiones, es insoslayable (V.gr.: las demandas tendientes a lograr el divorcio), también lo es, que repetidas veces no se alcanza a dictar sentencia porqué en etapas anteriores a ella las partes consiguen aproximar sus intereses y disponen arreglos que componen sus diferencias primeras (V.gr. conciliación, transacción, desistimiento, etc.).

No se descarta, ni se desconoce que en múltiples oportunidades, la demanda es producto de las mismas conductas que la provocan, pues el proceso judicial ha sido en muchos tiempos de nuestra historia una buena inversión financiera para el deudor recalcitrante o para el acreedor usurario.

---

[36] . Lorenzetti, ob. cit., pág. 12.
[37] . Ob. cit., pág. 14.

Pero el trasfondo del problema oculta un vicio de la conducta profesional. No hay cooperación mutua ni equilibrios interactuantes que tiendan a disuadir efectivamente la posibilidad de litigio.

Diríamos más, la lucha entre intereses tiene entre los abogados un terreno más cómodo cuando se conocen las reglas y el conflicto deja de pertenecernos para dejar su solución en manos de otro, a quien debemos convencer mediante mecanismos muy alejados de la verdad. Tan alejados son de ella que hoy, en el proceso escrito, se reconoce como cierta la verdad jurídica objetiva que es una creación sofista de la elocuencia jurisprudencial.

En cambio, si el abogado procurara conocer las causas que provocan las confrontaciones quizá las soluciones serían diferentes.

Algunos autores advierten en el conflicto un enfrentamiento globalizado de sectores, donde todo es motivo de pretensiones y resistencias; de ganadores y perdedores. La búsqueda del vencimiento "*en las posiciones*" explica la irreductibilidad de las conductas; el éxito se concilia con los resultados queridos más que con los beneficios logrados.

Pero esta idea del éxito, basada en un cálculo o balance de ventajas e inconvenientes, está sustentada por un propio orden de valores internos. "La idea de ganar de los participantes no implica que quienes intervengan no puedan tener intereses comunes, además de otros opuestos. Sólo en el conflicto puro los intereses de las partes son completamente opuestos" ([38]).

Cada observación sitúa al conflicto como un problema singular que identifica al hombre con sus necesidades. Estas, para alcanzarlas, suponen el diseño previo de un camino y la toma de decisiones individuales que hacen a *la posición*, generalmente expuesta en la demanda judicial.

Cuando los objetivos sufren alteraciones por obstáculos imprevistos, la probabilidad del conflicto es inmediata, y la celeridad para llegar al fin querido se posterga.

Si *la posición* resulta inflexible seguramente no se encontrarán salidas alternativas. Si fueran buscadas, pero sin negociar con plasticidad, también la dureza retardará cualquier hipótesis de solución.

El choque entre voluntades es inmediato; el *"ego"* se posiciona en la perspectiva del éxito o triunfalismo; se eliminan los acercamientos y el único rumbo posible es la sentencia judicial que divida los intereses. Habrá un vencedor y un vencido. Seguramente, también, existirán dos voluntades insatisfechas.

8. El conflicto resuelto desde la negociación

La duplicidad de intereses alimenta las cuestiones en conflicto. Cualquier aspecto de la vida de relación comprueba que la controversia se origina cuando las voluntades se enfrentan y los ánimos se exacerban multiplicando las diferencias y, consecuentemente, alejando las probabilidades de conciliación.

---

[38]. Wilde, Zulema – Gaibrois, Luis Mauricio, *¿Qué es la mediación?*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 36/7.

Si la hipótesis se da entre varias partes, el problema se agudiza, porque suelen personalizarse las pretensiones, agregando mezquindades que no miran la solución posible, sino el vencimiento desde la firmeza.

¿Cómo tratar el caso desde una perspectiva jurídica?

Habitualmente los abogados nos hemos acostumbrado a derivar hacia otros las soluciones, presentando nuestro caso como una cuestión de pretensiones.

La demanda judicial resulta el camino más transitado y, por supuesto, el más cómodo para una sistemática donde el derecho tiene respuestas para todo.

Sin embargo ésta es una opción falsa.

El problema se reduce al conflicto entre adversarios, por el cual no tendrán más posibilidades reales de conversar que las hipótesis infrecuentes de las audiencias. Cuando el sistema procesal es escrito, se comprende inmediatamente la verdad de lo expuesto.

Las pretensiones son el más claro ejemplo del viejo concepto que acuña al proceso judicial como un campo de batalla, donde el derecho lo obtiene quien mejor defiende sus intereses, aun cuandio ellos no sean justos o razonables.

Hoy día se impone golpear el timón hacia otro rumbo. El norte se vislumbra asumiendo el conocimiento del conflicto en todos sus aspectos y dimensiones, revirtiendo la actitud del abogado que estudia el caso para someterlo al proceso.

Precisamente, se trata de considerar al litigio como loa intervención quirúrgica en la atención de un enfermo: la decisión final más crítica, después de intentar otros caminos o tratamientos posibles.

El abogado es el primer comprometido en esta empresa, despojando al conflicto de preconceptos que alimentan en quienes lo padecen la noción estricta de ventajas y poderes que el derecho otorga.

Esta realidad hostil que presenta al sistema normativo condicionando las figuras de posible captación, han llevado a configurar al proceso como un campo que desarrolla las mejores aptitudes de los derechos subjetivos.

Cada interviniente se posiciona en el juego de fuerzas que toma del derecho y no concibe abandonar el territorio logrado, esperando de la sentencia la consagración de una victoria eventual.

Es verdad que mediante la modificación de esta base presupuestada, se persigue trasformar la juridicidad del conflicto.

Relegar la dimensión personal del entuerto para encontrarle ventajas compartidas. Olvidarse del éxito individual para solidarizar las soluciones; en fin, cuando hablamos de conocer el conflicto para negociar sobre el mismo, pensamos en la estimativa social que tienen los acuerdos que pacifican rápidamente la crisis entre partes.

Una visión correcta del fenómeno que se avizora, lo explican algunos autores señalando que "la exaltación de lo individual, de confianza en el poder

de la razón y en la conciencia del hombre, en su autodeterminación, esa fé en el voluntarismo inicial de lo subjetivo frente a toda finalidad externa, suponiendo que los fines son con exclusividad el resultado de expresiones libremente adoptadas, está en crisis. En este sentido no asombra que así como en un momento se llegó a proclamar la muerte de Dios, en estos días de ha podido anunciar la muerte del hombre, suponiendo que es un mito la reivindicación del sujeto consciente" ([39]).

Son las paradojas que la evolución del derecho muestra, al destinar sus preocupaciones esenciales para la protección del individuo y llevarlo a un estrecho cuello de botella que vierte en el juicio la herramienta habitual para sus conformaciones.

La confianza en la justicia, sostén y esencia del fenómeno jurisdiccional, no queda vaciada de de contenido; simplemente se trata de ocupar al abogado y a todos los partícipes en el conflicto, en una modalidad analítica que desarrolla la teoría de la negociación ([40]).

9. Supuestos de litigiosidad innecesaria

El planteo teórico lleva a dar algunos ejemplos sobre como se desplaza el abuso de la herramienta técnica que es el proceso, cuando se actúan sin necesidad pretensiones que pueden tener soluciones alternativas.

9.1 Pedidos de quiebra

El pedido de quiebra por el acreedor previsto en la ley 19551 sin modificaciones de la ley 22917, ni variaciones importantes en el tema en los actuales proyectos de reforma, dispone que toda persona que tenga un crédito contra otra puede peticionar su quiebra demostrando sumariamente que los bienes que ella posee son insuficientes para solventar su acreencia.

La demostración de la insolvencia no es plena, basta con acreditar la cesación de pagos. Este presupuesto, en consecuencia, aunque plausible en la idea de que es exigible al sólo y único efecto de abrir la ejecución colectiva, en los hechos provoca una significativa alteración de los fines previstos legalmente.

La realidad demuestra que el pedido de quiebra obra como medida de coacción contra el deudor renuente, quien a sabiendas de las graves consecuencias de un proceso falencial opta por responder al acreedor en sus pretensiones.

La ley había previsto esta posibilidad y estableció la imposibilidad de desistimiento, cosa que a través de otras figuras se lograba.

---

[39] . Chaumet, Mario E., *La posmodernidad y las técnicas alternativas de resolución de conflictos*, La Ley, 1994-C, p. 866.

[40] . Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1995, págs. 23/29.

En realidad jamás la norma consiguió evitar el abuso en las peticiones de quiebra por el acreedor, pues el condenado desistimiento se practicó encubierto bajo las figuras de la caducidad o de la renuncia del acreedor ([41]).

Así las cosas, el proceso iniciado constituye un auténtico supuesto de abuso del derecho, pues el acreedor actúa a sabiendas de la potencialidad coactiva que ejerce; o dicho en otros términos, sabe que el deudor no está en cesación de pagos y por ello lo presiona con el pedido de falencia.

9.2 La demanda de resolución contractual

Cuando la prueba preconstituída demuestra por el silencio de una de las partes, o directamente, por su manifestación de voluntad que no habrá continuidad contractual, esos elementos son suficientes como conjunto de situaciones que abastecen la rescisión.

Sin embargo, la parte decide promover su petición judicial.

Es un caso típico de demanda innecesaria.

9.3 Las particiones de bienes

Igual que en el supuesto anterior, el acuerdo entre interesados para dividir los bienes correspondientes inutiliza la vía jurisdiccional para llegar al mismo resultado.

Sin embargo, la demanda igualmente se intenta y tiene vía de sustanciación.

9.4 El llamado proceso inadecuado

En otros casos se utiliza un procedimiento dado para lograr un destino diferente al que el medio permite. Estamos en presencia de un supuesto de abuso por la vía de la *sustitución* de un proceso por otro o de una por otra medida.

Sostiene Gelsi Bidart que, "a veces, es la propia ley que pone en el camino esta solución: pero una cosa es la ley y otra quien a ella esta sujeta. De manera que si no hay expresa autorización legal, podrá darse el abuso del derecho y, en su caso, del proceso ([42]).

Son los casos de denuncias penales por delitos presumidos, en especial cuando se trata de tipificaciones amplias cuya concreción no está definida claramente (v.gr.:estafas).

---

[41] . Cfr. Iglesias, José A., *Concursos. Las reformas a la ley*, editorial Depalma, Buenos. Aires., 1995, pág. 159. Agrega el autor con sumo criterio que "mientras el acreedor no cuente con una ejecución eficaz, que le permita la recuperación pronta, las figuras pretendidamente principistas que adornen la regulación del pedido de quiebra habrán de ser soslayadas. Y esto no es sustancialmente lo criticable, sino la irrealidad de estas construcciones".

[42] . Gelsi Bidart, ob. cit., pág. 223 .

9.5 Los procesos extraños

Se nos informa de ciertos procesos iniciados por motivos totalmente frívolos, o carentes de relevancia o aun estériles para forzar la puesta en funcionamiento del aparato jurisdiccional.

Demandas que podríamos llamar "raras" o "extrañas" y que, sin embargo, tienen admisión y provocan un desarrollo innnecesario pues tienen, por lo general, otras respuestas posibles.

En los tribunales de San Isidro (provincia de Buenos Aires) se sustancia un juicio donde la actora solicita la exhumación del cadáver de su madre por no haber asistido a su velatorio, ocurrido meses antes.

En un incidente de régimen de visitas la madre solicita que el padre cuando asiste a retirar del hogar a la hija de ambos lo haga por lo menos un metro más allá de la puerta, después de tocar el timbre.

La beneficiaria de una cuota alimentaria de importancia promueve una incidencia para reclamar la provisión de un juego de sábanas ([43]).

10. Conclusiones

La relación que se pretende trabar es entre el proceso y la función preventiva del abogado, donde el litigio no sea la respuesta común, más fácil por conocida y segura, para la solución de los conflictos intersubjetivos.

La abogacía requiere de profesionales que eviten las actuaciones seriadas o estandarizadas por modelos de comportamientos. Antes de la demanda debe estar la reflexión. Saber que es el último tramo de un camino de negociaciones, en el cual el diálogo, la concertación, los intereses que se aproximan y se alejan conforme el estado de las conversaciones, son las reglas para la resolución de conflictos por uno mismo.

No es tiempo de descargarnos responsabilidades hacia otros. Aun cuando en ellos se confíe.

El abogado sabe de esos roles y si nos los actúa por irreflexión, apresuramiento, desidia, provocación, o cualquier actitud absurda con un raciocinio natural, no puede lograr un *bill de indemnidad* argüida bajo la apariencia de la defensa en juicio.

Habremos presenciado un caso más de abuso procesal.

---

[43] . Casos tomados de la ponencia presentada por los doctores Delma Cabrera, Susana Clara Friedman, Carlos Miguel Manguel y Clara Rosa Sklar, en el XVI Congreso Nacional de Derecho Procesal, Bs. As., 23/26 de octubre de 1991.

EL PRINCIPIO DE MORALIDAD EN EL CODIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVIL Y COMERCIAL DE LA PROVINCIA DE CORDOBA

Sumario:1. Introducción; 2. La moralidad en el proceso; 3. La moralidad en el Código de procedimienhtos; *3.1. El principio de probidad y buena fe; 3.2 Las conductas establecidas como agresivas al principio de probidad y buena fe; 3.3 Petición de parte y actuación judicial*; 4. Las conductas contrarias al principio de moralidad; *4.1 ¿Qué debe hacer el juez al interpretar estas conductas?; 4.2 Potestades del juez o del Colegio Profesional?; 4.3 ¿A quien corresponde calificar la conducta temeraria o maliciosa?*; 5. Moral y proceso. Síntesis

1. Introducción

El nacimiento de un conflicto entre personas reconoce tantas cuestiones que resulta casi imposible establecer hacia el futuro soluciones progresivas o planificadas.

El proceso judicial es una de esas previsiones de solución, es cierto, y hasta ahora, el remedio por excelencia para resolver las disputas entre sujetos. Sin embargo, el método que se entrega a las partes para convenir o acordar no tiende a superar el problema de los estados de animosidad; el otro sigue siendo un adversario, alguien a quien derrotar "porqué yo tengo un derecho incuestionable", y no es posible la resistencia a mi voluntad.

Más o menos en estos términos se plantea el inicio del debate procesal. Por ello, existiendo tantas contingencias que trascienden la idea de pacificación y armonía, el juicio se convierte más en una batalla que una vía planificada para eliminar las diferencias y encontrar acuerdos que concilien los intereses de ambos ocasionales contendores.

Este problema que, en otros términos, presenta la cuestión de nuevas metodologías para resolver controversias (V.gr.: mediación, conciliación prejudicial, arbitraje, etc.), aprisiona los objetivos de política procesal, porqué cuando se diseñan objetivos, se practican reformas judiciales o se planifica sobre la base de normas adjetivas de cambio, sin atender las facetas de la sociología procesal, queda latente el conflicto, pervive la insatisfacción y poco consigue el sistema creado sino cuenta con la confianza de la gente, que es justamente, el destino final de nuestras intenciones.

2. La moralidad en el proceso

El principio de moralidad procesal, *lato sensu*, porqué se reconocen más aspectos del mismo, como son la lealtad, la probidad y el comportamiento honesto, lleva a cuestas el padecimiento anticipado.

En efecto, pensar desde una perspectiva estática como debe ser la conducta de las personas que litigan puede resultar una utopía, un ideal a alcanzar, o un principio que debe ser satisfecho a pie juntillas.

En cualquier caso, son tantos los inconvenientes para lograrlo que prácticamente ningún código procesal en el mundo expresa concretamente el deber de moralidad; sólo anticipan derivaciones de su apartamiento y tornan prioritaria la conducta leal, proba y honesta, que son parte del mentado principio superior ([44]).

Por eso, el contenido del principio de moralidad procesal está compuesto por imperativos éticos que, a partir de la buena fe, obran como condicionantes del comportamiento procesal.

Cuando el principio es respetado, no tiene otro galardón que la satisfacción de haber obrado con rectitud; los problemas acuden cuando no se respetan sus previsiones, en cuyo caso, es tarea del intérprete (contraparte o juez director del proceso) señalar dónde y en qué consiste la inmoralidad.

La ausencia de una regla expresa que establezca paradigmas de un obrar ajustado al principio moral, por otra parte imposible de establecer, obliga a una tarea de análisis y valoraciones puramente subjetivas, donde imperan principios generales, costumbres o usos determinados.

Precisamente, es objeto de esta presentación facilitar ese trabajo de comprensión, mostrando los diversos rostros de la mala fe.

3. La moralidad en el código de procedimientos

Pensar que se pueden establecer códigos de conducta moral es de dudosa moralidad; ante ello, mejor resulta penalizar -con el riesgo que ello supone- el desvío de las conductas, a cuyo fin es preciso encontrar aspectos incuestionables de los comportamientos que equivalgan como paradigmas de la lealtad, probidad y buena fe.

El problema son los límites y aun los encapsulamientos. Veamos entonces en casos concretos como opera la regla:

3.1 El principio de probidad y buena fe

Sostiene como principio general en esta materia el art. 83:

"Las partes, sus letrados y apoderados, deberán actuar en el juicio con probidad y buena fe. El incumplimiento de este deber, o la conducta manifiestamente maliciosa, temeraria, dilatoria o perturbadora será sancionada, a petición de parte, de la siguiente forma:

1) Si se tratare de la parte, con una multa de hasta el treinta por ciento del valor económico del litigio, o de hasta cien jus en caso de que no lo tuviere.

2) Si se tratare del abogado o procurador, con una multa de hasta el treinta por ciento del máximo de los honorarios posibles para el tipo de actuaciones de que se trata.

---

[44]. Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La Conducta en el proceso*, editorial Platense, La Plata, 1988, pág. 8

La sanción, que será dispuesta en la resolución que pone fin a la instancia o al juicio, podrá ser aplicada a la parte, a su letrado patrocinante, a su apoderado, o a todos conjuntamente, y lo será a favor de la contraparte.

La resolución será recurrible"

Probidad significa honradez, o dicho en otros términos, la conciencia de obrar honestamente.

Como se trata de un "actuar" debe cuidarse de confundir este precepto como inmerso en el mundo de los hechos, pues su relación con éstos se define en un estado del espíritu, o más bien, en una actitud psicológica de actuar correcta y honestamente, aun mediando error o ignorancia, pero sin dolo, con buena disposición y de acuerdo a la normatividad y usos vigentes [45].

Buena fe, por su parte, encierra aspectos diversos, es confianza o buen concepto que se tiene de una persona o cosa; es seguridad, en el sentido de tener por cierta una aseveración; es lealtad o fidelidad; y básicamente, es rectitud y honradez.

También puede decirse de quien actúa con ingenuidad y sencillez, sin dolo o malicia; y de quien dice la verdad sincera.

Probidad y buena fé tienen consecuentemente vinculación, pero el deber genérico asienta en la segunda. La probidad resulta una manifestación del primero.

Para corresponder el carácter de una conducta con la buena fe, debemos instalarnos en el terreno de los hechos; y por implicancia, este sentido objetivo de apreciación nos transporta al encuadre con el principio moral.

En realidad, cuando decimos que un individuo procede de buena fe, lo que se está haciendo es valorar su conducta social. Esta puede trasuntarse en la honestidad pura y simple que manifiesta; o también, en la errada actitud que provoca una interpretación equivocada. En ambos casos, el fondo ético es idéntico ([46]).

Por eso debemos partir de una premisa: *la buena fe se presume presente en todos los actos de los hombres*.

La presunción es *juris tantum* y se afinca en que la buena fe alude a un sentido moral de las personas que les recuerda el valor de la palabra empeñada y que las compromete con los deberes adquiridos.

Por eso decimos que la buena fe no es un elemento puro que dependa de las normas, sino un conjunto de situaciones que aunados con la norma jurídica, consagran un derecho completo elevado a la jerarquía de principio general.

---

[45]. Sagüés, Néstor Pedro, *Acerca de la buena fe y su problemática en el mundo jurídico-político,* La Ley, 1976-A, pág. 197

[46]. Silveira, Alipio, *La buena fe en el proceso civil*, Revista de Derecho Procesal, año V nº II, editorial Ediar, Buenos Aires, 1947 pág. 230

En suma, recíproca confianza y actuación conforme a la firme convicción de obrar asistido en el propio derecho, implican las razones en que se sustenta la presunción de buena fe ([47]).

Pero la concreción en los hechos de la voluntad de obrar honestamente y la creencia en el propio derecho puede incurrir en desvíos que conmueven la conclusión precedente. Es entonces cuando la *bona fides* se encuentra vulnerada, sea por error, dolo, fraude, conducta deshonesta, abuso de derecho, retaceos desleales, etc.

Estas aplicaciones tipificadas suministran criterios objetivos para configurar la actuación del principio opuesto a la buena fe y, en el ámbito del proceso, pueden importar agravios a la lealtad y probidad exigidas.

3.2 Las conductas establecidas como agresivas al principio de probidad y buena fe

El artículo 83 establece como deber la conducta proba y honesta, sancionando a quien manifieste malicia, temeridad, conducta dilatoria o perturbadora.

Es menester, entonces, precisar cada uno de estos comportamientos atípicos.

Por *malicia* se entiende la voluntad intencionada de perjudicar el desarrollo normal de las actuaciones procesales. Existe dolo porqué hay intención de dañar al proceso y a la contraparte. En esto se distingue de la actitud dilatoria.

Para que proceda la sanción es necesario que se demuestre y revele el propósito retardatario, circunstancia que queda a cargo de quien pide la aplicación del principio de moralidad, toda vez que no está previsto en la norma la deducción *ex officio*.

Temerario es aquél que demuestra conocer la propia sin razón y, no obstante, insiste con esos planteos o peticiones.

Se trasunta cuando existe la certeza o una razonable presunción de que se litiga sin razón valedera, ejerciendo facultades procesales con abuso y desconsideración.

El Código de procedimientos contiene varios artículos que reflejan este comportamiento (arts. 134 párrafo final, 160, 214, 250, 523 párrafo segundo, 840, entre otros).

La *conducta dilatoria* se resume en la clara intención de ejercitar abusivamente los mecanismos del procedimiento con el único propósito de postergar inútilmente el fin de la instancia o la decisión definitiva del proceso.

No existe, propiamente, una voluntad direccionada a producir daño, aunque se pueda causar indirectamente. Quien asume un comportamiento dilatorio, por lo general, se vale de lo jurídicamente reglado. El lleva a cabo su finalidad acometiendo contra los tiempos del proceso (V.gr.: art. 134 párrafo final).

---

[47]. Gozaíni, ob. cit., pág. 79

Como vemos, existe cierto parentesco con la malicia, pero no se identifica con ella.

Finalmente, la *conducta perturbadora* puede asimilarse a la pretensión obstaculizante, retardataria, que se realiza con la actividad de facultades procedimentales de las cuales se abusa. Por ejemplo, la devolución tardía del expediente dado en préstamo (art. 74); la petición innecesaria del plazo probatorio (art. 214); la insistencia en formular posiciones ya puestas (art. 234); la demora intencionada en la producción de informes (art. 321); la interrupción en la declaración de los testigos (art. 301) y algun otro supuesto no reglado como la recusación maliciosa.

3.3 Petición de parte y actuación judicial

Este artículo 83 que venimos comentando actúa, a nuestro entender, de la siguiente manera: a) sólo quien es justa parte ([48]), es decir, quien acredite interés para obrar, puede solicitar la aplicación del principio de probidad y buena fé; b) la petición debe ser fundamentada, alegando y demostrando la conducta disvaliosa que se denuncia, con sus antecedentes y remisiones a partes del expediente si fuera del caso expresar la insistencia del comportamiento desleal; c) no hay etapa probatoria, ni posibilidad de defensa de la contraparte, toda vez que se trata de que el juez aplique un principio estructural ([49]) del proceso; d) el magistrado debe analizar la conducta procesal y obrar en consecuencia con la valoración obtenida, resolviendo al tiempo de dictar sentencia.

Se tiene dicho, como punto de arranque y base de cualquier intento de sistematización acerca de cómo debe actuar el juez en esta instancia, que, en los casos de inconducta procesal genérica, es menester una visión total del desarrollo del proceso, debiendo privilegiar en el juzgador un criterio restrictivo y, en caso de duda, favorecer la amplitud del derecho de defensa.

Ahora bien, el problema del artículo 83 está en que modela un presupuesto de conductas sancionables recién al tiempo de sentenciar, relegando o postergando otro principio tan importante como el de moralidad que es el dirección procesal. Por este el juez tiene el deber de prevenir toda actuación viciada del proceso, al punto que los comportamientos inusitados, intempestivos, abusivos, sorprendentes, etc. tienen una tipicidad consagrada que, al observarlos, permite sancionar de inmediato al que los actúa.

Las sanciones establecidas en el artículo 83 se asemejan bastante a las que establece el artículo 45 del código procesal civil y comercial de la nación, donde su procedencia está indefectiblemente subordinada al dictado de una sentencia que declare o reconozca el derecho de la parte triunfante; de lo que se sigue que la temeridad o la malicia sólo pueden analizarse cuando existe un vencido.

---

[48]. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La legitimación en el proceso civil*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1996, pág. 278.

[49]. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Civil,* tomo I *(Teoría General del Derecho Procesal)*, volumen 1 (*Jurisdicción, acción y proceso*), editorial Ediar, Buenos Aires, 1992, págs. 275 y ss.

En cambio, las inconductas específicas requieren simplemente la observación de un principio moral que, si se encuentra vulnerado, permite su pronta corrección, sancionando en el mismo acto a la parte que corresponda.

4. Las conductas contrarias al principio de moralidad

Desde un punto de vista formal pueden encontrarse manifestaciones de comportamientos contrarios al principio de probidad y buena fe:

Como hemos dicho en otra oportunidad, el desvío agrede al proceso en su totalidad, o bien, se aprovecha del mismo para generar la provocación. Por eso, podemos hablar de violaciones al principio de buena fe en el proceso; y de desviaciones con el proceso ([50]).

a) en el proceso

- improponibilidad objetiva de la pretensión
- abuso de los beneficios otorgados por la ley procesal
- demandas inmotivadas o ambiguas
- abuso del proceso
- proceso simulado
- fraude procesal
- estafa procesal

b) con el proceso

- conducta temeraria
- obrar malicioso
- comportamiento perturbador
- actitud dilatoria
- actuación contraria a conductas anteriores
- creación artera de situaciones procesales (engaño procesal)
- conducta negligente
- mentira procesal
- ocultamiento de hechos o pruebas
- faltas a la ética
- conducta irrespetuosa
- cosa juzgada fraudulenta

4.1 ¿Qué debe hacer el Juez al interpretar estas conductas?

---

[50]. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *El abuso del proceso frente a la litigiosidad innecesaria*, conferencia pronunciada en ocasión de las "Primeras Jornadas Provinciales de Derecho Procesal", Córdoba, 2, 3 y 4 de agosto de 1995. Publicado en Revista Tribuno, año II nº 8 sección doctrina.

Constituye principio común que el órgano jurisdiccional valore con suma cautela la conducta de los litigantes en el horizonte que pregona la probidad y buena fe.

En consecuencia, si a la luz del examen realizado con espíritu crítico de las circunstancias del caso, no se percibe el exceso imprudente del comportamiento, la sentencia razonada decidirá la ausencia de sanción.

Sin embargo, la potestad fiscalizadora del juez y tribunal está relegada al interés de las partes.

Nos parece que el código de procedimientos ha olvidado un aspecto trascendental para conservar el orden de las actuaciones y vigilar, en todo tiempo y ocasión, la conducta procesal de los litigantes.

Existe un marcado "procedimentalismo" que tiende a definir certeramente las etapas del proceso, privilegiando el principio dispositivo y dejando de alguna manera errática la función del juez como director del proceso.

La ausencia de un capítulo específico al respecto, tanto como otras omisiones que despojan la vitalidad del rol director, postergan la sanción de actitudes contrarias a la lealtad, probidad y buena fe que se dan en el curso del proceso. Hay que esperar hasta la sentencia.

Observamos que esta omisión provoca algunas inconsistencias que permitan afianzar el principio de moralidad procesal.

Por ejemplo, se ha dicho que el profesional tiene el deber de cuidar su técnica y de observarla con inteligencia y constancia. No se limita, por tanto, a considerar el concepto de ciencia como punto de referencia de un deber moral específico, sino que, junto a tal poder, existe la obligación jurídica de comportarse según la técnica más apropiada. La corrección profesional impone también otros deberes tales como el tacto, la escrupulosidad, el orden, la cautela, la prevención, la seriedad y preparación en el estudio y despacho de los asuntos que se le asignan.

Esta actitud tiene un nexo directo con los principios de lealtad y probidad, de modo tal que, por su orden, aparejan una doble intención: respetuosidad hacia la parte y para con el órgano jurisdiccional.

El sentido de este comportamiento pretende la adecuación a las reglas del decoro, la corrección y la buena educación. Sería deber del juez, en ejercicio de su facultad policial de depuración y saneamiento, evitar que ellas se consagren.

En este sentido, la calidad del acto cumplido sólo puede controlarse y sancionarse dentro y en ocasión del proceso, pues la potestad disciplinaria del Juez no puede enervar la natural jurisdicción que ejercen los colegios profesionales.

4.2 ¿Potestades del Juez o del Colegio Profesional?

El Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal sostiene que "*las disposiciones de la ley 23.187 que confieren atribuciones disciplinarias al Tribunal de Disciplina han derogado las que*

confieren a los jueces los ordenamientos procesales y el decreto-ley 1285/58" ([51]).

Básicamente fundan esta doctrina en alguno de estos argumentos:

a) El Código de Etica dictado por el Colegio profesional en ejercicio de las facultades que la ley 23.187 le asignó, importa un texto específico, de naturaleza especial y exclusiva, que reune la totalidad de conductas que al abogado se le vedan en la práctica y que sólo el Tribunal puede calificar.

b) Se resguarda el derecho de defensa del abogado que, de otra manera, se encuentra sorpresivamente sancionado sin posibilidad de defenderse contra la "susceptibilidad judicial".

c) Nadie mejor que los pares para determinar si la conducta profesional afecta o contraviene los fines de la actividad, evitando así, el temor reverencial a la potestad sancionatoria, amplia y discrecional, de los jueces.

d) Un mismo hecho no puede -conforme a derecho- quedar sujeto a dos sanciones disciplinarias distintas -la del juez en uso de las facultades correctivas que establece el código procesal, y la del colegio, aplicando las normas de la ley y el Código de Etica-.

En lo que sigue hemos de analizar si estos fundamentos pueden aplicarse al procedimiento cordobés y, en su caso, si la decisión es equívoca o acertada.

Se sostiene que el Código de Etica es un régimen exclusivo y excluyente; por ello, los jueces pierden la potestad de sancionar para convertirlos en fiscales del comportamiento procesal.

De esta manera, el abogado evita tener que afrontar dos sistemas sancionatorios: el del código procesal y el colegial.

Sin embargo, esta lectura confunde dos valores diferentes. No es igual el resguardo de la *etica* respecto al mantenimiento del principio de *moralidad procesal*.

El comportamiento ético es una fórmula común de captar y ponderar el ejercicio profesional. Si bien es cierto no existe una regla "estándar" que visualice en conjunto las modalidades de prestación, también lo es que que bajo su manto se protegen principios básicos y esenciales de la conducta.

En este sentido, el concepto amplio de moralidad en la abogacía, contrae obligaciones, derechos y deberes sobre la probidad, lealtad y honestidad de la actitud abogadil.

Va de suyo, que el principio compromete también al profesional en el arte de ejercer su oficio, procurando consideraciones de estima y valor en la dignidad y decoro con que actúe; en la diligencia, corrección y desinterés de su tarea; en los principios de información y reserva, y en sus vínculos de asociación privada y corporativas.

---

[51]. A esta conclusión llega después de discutir en sendos plenarios el planteo, los que tuvieron posiciones disímiles, al punto que el primer plenario alcanzó una votación diferente a la obtenida el 26 de octubre de 1992 que refleja la doctrina final que en esta oportunidad comentamos.

El código procesal reclama a partes y letrados un comportamiento ajustado a los principios de lealtad, probidad y buena fe. Todos ellos se reunen en torno a la moralidad procesal.

Como dimos, la probidad, en sentido general, atañe a la honorabilidad y, dentro de ésta, a la honestidad.

Importa una doble consideración respecto de su presencia en el proceso: la probidad en las actuaciones procesales, como obligación ética de comportamiento ritual, y la probidad profesional que, por su amplitud, puede extenderse a la conducta privada del abogado.

De hecho, la actuación en el proceso repercute en la consideración profesional.

La regla de probidad en la conducta del abogado puede interpretarse como una manifestación del concepto *honeste vivere* que procede del derecho romano.

Son ejemplos de conducta ímproba en el proceso, la del abogado que no privilegia los principios de diligencia, corrección y desinterés; o la del letrado que renuncia a su mandato y no devuelve el dinero recibido para depositar con destino a gastos y honorarios; o que deja vencer los plazos para interponer un recurso; también, el caso del apoderado que no cumple todo su cometido, o que tiene propósitos dilatorios o entorpecedores, etc.

Adviértase que cualquiera de estas conductas desdorosas reflejan la calidad profesional, pero no se sancionan dentro del proceso donde suceden.

Con criterio finalista, podría significar que, mientras en la conducta contraria al decoro puede encontrarse una ofensa directa e inmediata a la autoridad del juez dentro del proceso, en la actitud que se encamina a la violación de la regla de probidad y buena fe, se ataca sólo en forma directa e inmediata esos valores, ya que es primordial y relevante el escarnio que se hace de los derechos del contrario.

Desde otro punto de vista, la *lealtad* puede asumirse como una regla de costumbre que no tiene sanción jurídica fuera del proceso, pero sí una grave reprimenda moral, por la cual los pares reprueban a quien se aparta de los principios éticos de la profesión.

Sin embargo, también la lealtad puede encontrarse en los deberes de colaboración y solidaridad que alienta el sentido publicístico del proceso.

En uno y otro caso, se puede ver como la lealtad, la probidad y la buena fe, funcionan dentro de las actividades procesales y extraprocesales.

También se advierte, de que manera el juez controla el buen orden de las actuaciones a través de lo que podríamos llamar la "policía del proceso"; y el Tribunal de Etica fiscaliza y asegura la dignidad y decoro de la profesión, incluyendo la libertad de su ejercicio ([52]).

---

52. Un meduloso trabajo del profesor Isidoro Eisner, que fuera integrante del Tribunal de Etica del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, distinguió con suma precisión el espacio que ocupaba la actuación del juez en el proceso al aplicar sanciones a letrados, respecto de aquella que le pertenecía al Tribunal como organismo previsto para la disciplina de los abogados (*"Sanciones por inconducta procesal y defensa en juicio"*, en Rev. La Ley, 1991-

No se trata, claro está, de una doble jurisdicción, y menos aun, de un juzgamiento simultáneo por una misma causa. Es un dualismo ancestral, perfectamente diferenciado en el que el Tribunal de Etica toma de una ley general, como es la de colegiación obligatoria en la Capital Federal, la potestad de mantener el decoro y la dignidad de la abogacía reprimiendo a los letrados que por sus faltas puedan hacerse culpables; en tanto que al Juez, mediante el código procesal aplicable, tiene una facultad distinta consistente en reprimir los abusos que ante la justicia se cometan ([53]).

4.3 ¿A quién corresponde calificar la conducta temeraria o maliciosa?

Tanto la temeridad como la malicia conforman tipos de conducta disvaliosas que agreden el principio de moralidad en el proceso y se sancionan al tiempo de dictar sentencia. Así lo establecen los códigos de la Capital Federal y el de la provincia de Córdoba que ahora nos ocupa.

Estas modalidades son advertidas por el Juez al tiempo de dictar sentencia (arts. 34 inciso 6° y 45 del Cód. Procesal de la Nación) y constituyen una actividad específica entre los deberes jurisdiccionales para considerar la conducta profesional genérica.

Pero no es la única oportunidad, también existen ocasiones particulares que, vinculadas con la calificación de los comportamientos, admiten que el Juez aplique sanciones en ejercicio de sus facultades disciplinarias (V.gr.: arts. 29, 145, 374, 525 inciso 2°, 551, 594, etc., del Cód. Procesal; que no son tan claras en el ordenamiento provincial).

Ahora bien, el dictamen del Tribunal de Etica interpreta que el magistrado no pierde estas facultades. La diferencia está en que, advertido el comportamiento inusual, debe comunicarlo al organismo colegiado para que sea éste quien establezca la gravedad de la falta.

Siendo así, el proceso quedaría ausente de control específico y sujeto a una contingencia posible, absolutamente eventual, que privaría de sentido el rol director del Juez en el proceso.

5. Moral y proceso. Síntesis.

Si bien en una primera época, antes de la evolución del derecho procesal y enmarcado por un procedimentalismo a ultranza, el principio

---

A, pág. 433; también en *Nuevos planteos procesales*, editorial La Ley, Buenos Aires, 1991, págs. 73 y ss.).

[53]. Estableciendo la diferenciación de las funciones disciplinaria de los jueces y de los colegios de abogados, la Corte de Casación de Florencia, en el año 1875 dijo:"*La ley de 1874 es una ley general que, inspirada en el propósito de mantener el decoro y la dignidad de la abogacía atribuye al consejo de la orden los poderes necesarios para reprimir las faltas y los abusos de que los abogados pueden hacerse culpables. Las disposiciones del código de procedimiento penal constituyen, en cambio, una ley especial que, inspirada en el propósito de mantener el decoro y la dignidad de la autoridad judicial, atribuye a los tribunales los poderes necesarios para reprimir los abusos que se cometan ante ellos" (*Cfr. Parry, Adolfo E., *Facultades disciplinarias del Poder Judicial*, editorial Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1939, pág. 35).

dispositivo (que pregona el dicho que *"el proceso es sólo cosa de partes"*) acentuó las bondades de la astucia, la habilidad técnica, la disposición oratoria, la tolerancia del oponente, etc., ello motivó que el litigio, a la postre, hiciera gala de una triste experiencia: había triunfado el de mayor destreza, muchas veces, a costa de la verdad real.

Esa libertad de acción de las partes para sostener sus respectivas afirmaciones, no obstante, no toleraron jamás un ataque directo a la buena fe, la ética, o el empleo deliberado del dolo o el fraude.

Precisamente para controlar los excesos en el derecho de postulación, el principio dispositivo fue desplazado por el sentido de cooperación, moderno entendimiento del principio publicístico que pone énfasis en la participación y protagonismo del Juez como director del proceso.

El deber genérico es ahora la buena fe, y sus manifestaciones específicas, el obrar con lealtad y probidad.

Para corresponder el carácter de una conducta con la buena fe, debemos instalarnos en el terreno de los hechos; y por implicancia, este sentido objetivo de apreciación nos transportará al encuadre con el principio moral.

En definitiva, lealtad y probidad son términos indefinidos en el ordenamiento procesal. La obligación de conducirse conforma a una pauta ética es tan obvia que no motiva controversia alguna; sólamente provoca reacciones cuando se manifiesta lo atípico, lo antifuncional. Se revela ante los demás un comportamiento inusitado y como tal merece la reprobación inmediata.

Estos desvíos no son exclusivamente reglados en el código procesal: reconocen otras expresiones en el artículo 4° del Decreto 4777/63 que castigaba con una multiplicación de intereses al deudor que perseguido judicialmente litigaba sin razón valedera; el artículo 622 del Código Civil, que faculta a los jueces a sancionar al deudor renuente con intereses compensatorios y moratorios hasta dos veces y media superior a los que corresponderían; por mencionar sólo las más destacadas.

Es decir, son de lejano origen las sanciones al letrado; tan remotas que se recuerdan en el Título XVI del Libro IV de las *Institutas* de Justiniano (*De poena temere litigantium*). Ellas pretenden encausar por la buena senda un proceso judicial que, de tolerarse sin control la artería o cualquier otra inconducta específica, impedirían el servicio efectivo de la justicia.

La sanción procesal no es una reprimenda ética; es una medida que aplica el Juez en ejercicio de uno de sus poderes o potestades (la denominada *coertio*, o posibilidad de imponer sanciones a quienes con su conducta obstaculicen o perjudiquen los fines de la administración de justicia << [54] >>) para descalificar la conducta genéricamente advertida como *temeraria* o *maliciosa*, o señalada en cualquiera de las disfunciones específicas (V.gr.: recusación maliciosa; alegación falsa para lograr la notificación por edictos; périda del expediente; entre otras).

---

[54]. Gozaíni, *Derecho Procesal Civil*, tomo I (*Teoría General del Derecho Procesal)*, volumen 1 (*Jurisdicción, acción y proceso*), cit., pág. 208.

En ambos casos es una facultad disciplinaria del Poder Judicial, que no se confunde con la actuación que tuviere el Tribunal de Etica.

Así lo entiende un fallo reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando sostiene que no existen potestades disciplinarias superpuestas, "pues las facultades disciplinarias reconocidas a los jueces por los arts. 35 del Código Procesal y 18 del Decreto ley 1285/58, no se superponen con las atribuciones de idéntica naturaleza conferidas al Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados por la Ley 23.187, pues las primeras tienen por objeto mantener el buen orden y decoro en los juicios sometidos a la dirección del juez interviniente, mientras que las segundas persiguen un objetivo más amplio que es el de asegurar el correcto ejercicio de la Abogacía en todos los ámbitos de la actuación profesional" ([55]).

[55]. Corte Suprema, mayo 4/995 in re "Del Sel, Percy R. s/ suc.", en Jurisprudencia Argentina del 1º de mayo de 1996, pág. 20 con nota de Roque J. Caivano y Ofelia Rosenkranz

SECCIÓN 5ª : NULIDADES EN EL PROCESO

CONVALIDACION DE LA NULIDAD PROCESAL POR EL RETIRO DEL EXPEDIENTE HECHO POR EL ABOGADO QUE NO ES PARTE

Sumario: 1. El problema del fallo en œmentario; 2. La notificación ficta por retiro del expediente; 3. La notificación ficta en la jurisprudencia y doctrina; 4. El proceso justo ante las ficciones de la ley.

1. El problema del fallo en comentario

El fallo que anotamos plantea el problema que enfrenta un abogado que al retirar un expediente -sin ser parte- comprueba la existencia de actos nulos y anulables y que luego invalida mediante la presentación del respectivo incidente donde presenta al interesado. El juzgado interpreta que el retiro de las actuaciones ha provocado una notificación tácita que convalida las nulidades anteriores, a cuyo fin tiene presente que el Código Procesal de la provincia de Mendoza (donde tramita el proceso) establece el *retiro del expediente* como una forma de notificación ficta.

2. La notificación ficta por retiro del expediente

El ordenamiento adjetivo provincial previene la notificación ficta por retiro de las actuaciones cuando el abogado toma el expediente en su calidad de *apoderado* y no se trate de resoluciones que deban notificarse por cédula.

Resulta evidente que el letrado que solicitó y obtuvo el préstamo no era *apoderado*, de manera que no existía la representación voluntaria que se encuentra jurídicamente reglada en el contrato de mandato (arts. 1869 y subsiguientes del Código Civil).

El interés por "ver" los obrados puede resolverse en base a un criterio de simplicidad profesional, como resulta el estudio previo del caso antes de asumir la decisión de avocarse al mismo; aun cuando en las instancias preliminares fuera comprendido como intervención asumida a pedido del interesado *pues no puede suponerse que el préstamo obedeció a satisfacer un interés personal del letrado.*

Claro está que en este cuadro interpretativo surge un componente de difícil explicación: ¿Cómo pudo retirar el expediente quien no es parte ?.

Despejado este interrogante, magüer su iumportancia en horas de medir la responsabilidad profesional, queda por analizar teleológicamente el alcance que debe atribuirse a ese acto voluntario de disposición procesal.

El interés entonces, aparece como el motor de la acción y de toda actividad procesal. Quien no tiene en el proceso un interés real, propio o representado, no puede enervar al órgano judicial. Si esto fuera así, quedarían sin sentido principios y presupuestos procesales, entre los que debe resaltarse el de la *legitimación* y la condición de *parte*.

La inseguridad jurídica sería de tal envergadura que los abogados restringirían su natural asistencia, habitualmente instalada en el plano del asesoramiento en el planteo de cuestiones de hecho y de derecho; como en la intervención directa que tiene en la comunicación con la magistratura.

En este sentido, difícilmente podría considerarse que el profesional cumplió al momento de retirar el expediente con alguna de estas funciones, ya que no podía asesorar *in abstracto* ni dirigir pretensiones al juez sin conocer en detalle aquello para lo cual fue convocado.

En síntesis, no surge que exista en el *sub lite* la dirección y el asesoramiento que ocupan la intervención coadyuvante del profesional; ni la presentación requerida reune el recaudo de exteriorización necesario para tener configurado el patrocinio al carecer el escrito de la firma del interesado.

Debemos asimismo descartar la figura del gestor de negocios, en tanto al no invocarse representación alguna, la comparecencia del abogado no puede beneficiar ni perjudicar a las partes, pues el retiro del expediente sólo asume una diligencia procesal favorecida por el entorno de costumbres locales y leyes que reglamentan el ejercicio profesional.

El abogado, en suma, que devuelve un expediente sin ser parte, acude al proceso favorecido por el principio de publicidad (acceso a las actuaciones, carácter público del expediente, etc.), pero sin afectar los derechos de quienes ya se encuentran en litigio, aun cuando posteriormente asuma la condición de parte al representar o patrocinar a uno de ellos.

3. La notificación ficta en la jurisprudencia y doctrina

Hemos dicho en otro lugar, siguiendo la exposición de guasp, que "es erróneo creer que lo decisivo para la convalidación sea la práctica de un acto que demuestre el conocimiento efectivo que tiene el destinatario de la comunicación; si fuera así no cabría que la parte impugnara en ningún caso la actividad defectuosa, porque dicha impugnación demuestra precisamente que la parte conoce el vicio de que se trata y la existencia del acto mismo; lo que es preciso, por tanto, es la demostración de una voluntad incompatible con la voluntad de impugnar la comunicación: la ley no dice que ésta producirá efectos cuando el destinatario se entere sino cuando se dé por enterado" ([56]).

En ese sentido, toda notificación *ficta* lleva implícita su inseguridad y ausencia de certeza, no siendo posible confundir ni equiparar la situación del acto de comunicación defectuoso con la falta total del mismo.

En el orden nacional, el art. 149 ofrece una explicación a estos posibles abusos de *nulidad procesal*, diciendo que *será nula la notificación...siempre que la irregularidad fuere grave e impidiere al interesado cumplir oportunamente los actos procesales vinculados a la resolución que se notifica* ([57])

---

[56]. Guasp, Jaime, *Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil*, tomo I, editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1943, pág. 764.

[57]. Gozaini. Osvaldo Alfredo, *Notificación tácita y defensa en juicio*, Rev. La Ley, 1988-A, pág. 417

La característica esencial de esta modalidad informativa, asienta en la hipótesis que la notificación ficta permite acelerar el trámite procesal, teniendo presupuesto el principio de lealtad procesal.

Ahora bien, la interpretación es diversa pues mayoritariamente la doctrina considera que debe tenerse por cumplida la notificación de todas las actuaciones obrantes en el expediente si el retiro fue realizado por mandatario judicial ([58]). Y aun si ello fue efectuado por letrado patrocinante, debe admitirse su eficacia porque, si bien es cierto aquél no tiene representación suficiente, asume la responsabilidad en la dirección del pleito y su notificación es vinculante para la parte, como una consecuencia natural de la ley de forma ([59]).

Coincide Reimundin con ello, sosteniendo la aplicación de los arts. 134 y 137 del código procesal federal, en cuanto declara que la presentación de la cédula en secretaría, importará la notificación de la parte patrocinada o representada ([60]).

Morello - Sosa - Berizonce y colaboradores sostienen que este es el procedimiento correcto. "Lo contrario no sería lógico, desde que se encontraría en mejores condiciones aquél que actúa al margen de lo reglado, respecto del que se ajusta a las prescripciones. Por lo tanto, cabe estimar que siempre que se retiren las actuaciones se produce la notificación de todas las resoluciones pendientes" ([61])

Sin embargo otros piensan que el retiro del expediente por quien no es apoderado ni acude al proceso en condición de parte, aun cuando asuma esa calidad posteriormente, no permite tener por cumplida la notificación ficta.

Participamos de esta última corriente, advertidos sobre todo, de la injusticia que tendría que soportar el perjudicado por la actuación de quien no fue encomendado para gestión alguna ni otorgada representación suficiente. Esta actitud -oficiosa- no puede generar a nuestro criterio efectos jurídicos, por carecer de virtualidad su acto por ausencia de legitimación procesal.

4. El proceso justo ante las ficciones de la ley

No escapa al conocimiento de las ficciones procesales, que ellas anidan prioritariamente en la doctrina y en el discurso ([62]), siendo esencialmente presunciones que, por esa condición, pueden resolverse en contrario mediante prueba contundente o simplemente complementaria.

---

[58]. Alvarado Velloso**,** Adolfo, *Sobre notificaciones procesales*, Juris 55 pág. 13, sosteniendo que "el retiro del expediente por el mandatario legitimado, constituye un hecho humano, producido voluntariamente, que tiene entidad suficiente como para proyectar consecuencias jurídicas en el proceso, una de las cuales es la de que se repute prducida la denominada notificación ficta".

[59]. Maurino, Alberto Luis, *Notificaciones procesales,* editorial Astrea, Bs. As., 1983, pág. 165, con remisión a CNCiv, sala B, mayo 14-980, Rep. JA 1981-496; CNCiv., sala C, mayo 16/978, La Ley, 1978-D pág. 533.

[60]. *Código Procesal Civil y Comercial de la nación*, editorial Zavalía, Buenos Aires, 1970, pág. 340.

[61]. *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación,* editorial Abeledo Perrot-Platense, Buenos Aires, 1985, tomo II-B pág. 718.

[62]. Sanz, Carlos Raúl, *Presunciones, ficciones y mitos en el Derecho, E.D. Boletín del 11-4-91*

La premisa del proceso justo admite morigerar el rígido criterio que establece la consecuencia legal de dar por notificado a todo aquél que retira un expediente de todos los actos dictados en aquél, siempre y cuando estuviere comprobado fehacientemente que el mismo estuvo en poder de la parte, aunque fuera por complacencia o extralimitación de los funcionarios encargados de su custodia.

Es verdad que, por razones de seguridad jurídica, algunas veces se posterga esa apreciación, pero también lo es, que ello reposa en la mayoría de las ocasiones por el fruto de la duda, o de la carencia de una sólida presunción.

No obstante, el camino de la seguridad puede correr paralelo con el de la justicia, y no tiene razón alguna para observarlas como avenidas que circulan en direcciones opuestas.

Esta interpretación fue bien colegida por la Dra. Kemelmajer de Carlucci, quien a partir de recibir este mensaje, y adecuándolo en la órbita de las nulidades del proceso, apunta al nudo gordiano de la cuestión para ofrecer una solución justa y equitativa que pone una vez más de relieve sus condiciones de notable jurista.

Precisamente la télesis del fallo muestra como la nulidad se ubica en el plano del cumplimiento de los fines a ella confiados por la ley, que no son justamente los de asegurar la observancia estricta de las formas; sino los de proteger el interés jurídico del proceso, donde la repulsa se dirige hacia las construcciones técnicas exacerbadas, o fundadas en valores absolutos, para delinear un estandar renovador de las *nulidades procesales, donde el proceso sea un instrumento y no un fin considerado en sí mismo.*

JURISPRUDENCIA

DOCTRINA DEL FALLO

SC Mendoza, sala I, mayo 6-990- Provincia de Mendoza (Dirección Gral. De Rentas)c. Scudeletti, Angel A.

1.- Si de las constancias de autos resulta que no hubo intervención anterior de la parte o de su letrado, la nulidad puede solicitarse en el momento de la presentación.

2.- Si bien debe estarse al principio de conservación de los actos procesales, lo relativo a las notificaciones tácitas debe interpretarse con criterio restringido a fin de evitar que el derecho de las partes resulte lecionado.

Fallo in extenso

Mendoza, mayo 6 de 1990

1ro. ¿Es procedente el recurso de casación interpuesto? 2do. En su caso, ¿qué solución corresponde? 3ro.Costas,

1ra. Cuestión.- La doctora Kemelmajer de Carlucci dijo:

I. **Plataforma fáctica**. La mejor comprensión de la solución que propongo a mis colegas de sala requiere un breve relato de lo acontecido en las instancias inferiores.

1. En febrero de 1987 la Dirección General de Rentas inició apremio contra A. A. Scudeletti. El demandado opuso defensas (patrocinado por la abogada C.) que fueron finalmente rechazadas;se embargaron dos inmuebles, uno de ellos sometido al régimen del bien de familia.

2.El 10/5/88 la ejecutante solicitó al tribunal la desafectación del bien de familia argumentando que el demandado no tiene su domicilio real en el inmueble afectado; ofreció como prueba las constancias del expediente (domicilio denunciado en el escrito de interposición de defensas) y un informe proporcionado por la Dirección de Catastro; invocó el art.49, inc. d) de la ley 14.394. El decreto del tribunal del 11/5/88 dice: “Atento a lo peticionado, constancia acompañada y expediente administrativo num.3621 y lo dispuesto por los arts. 41 y 49 inc.d) de la ley 14.394, procédase a la desafectación del bien de familia del inmueble inscripto al num. 8989 fs.231 t.45 E. De Luján, cancelándose su inscripción mediante oficio de estilo. Rija el embargo ordenado en autos de fs. 7 y 8vta. Sobre dicho inmueble”.

3. El 26/5/88 el abogado V.G., quien hasta ese momento no había tenido ninguna intervención en el expediente, lo retiró en préstamo.

4.- El 6/7/88 ese profesional se presentó a fs.101/105 y planteó incidente de nulidad en contra decreto de fs.83 que disponía la desafectación del bien de familia. Invocó poder que finalmente no acompañó pero Angel Scudeletti suscribió personalmente el escrito.

5.- El juez de primera instancia rechazó “in limine” el incidente con el argumento de que el incidentista había consentido la nulidad. Se fundó en que el abogado G. Había retirado en préstamo el expediente y el incidente se planteó vencidos los 5 días de haber tenido conocimiento del vicio procesal.

6.- Apeló el demandado. El voto mayoritario de la Cámara de Apelaciones confirmó la sentencia con estos argumentos:

a) El sometimiento tácito que sanea la nulidad debe ser entendido en un sentido amplio.

b) Aunque el profesional que retiró en préstamo el expediente no acreditó finalmente personería ni había participado con anterioridad en el expediente, es evidente que lo hizo a pedido de Scudeletti, pues puede suponerse que el préstamo obedeció a satisfacer interés personal del letrado.

El voto en disidencia, en cambio, entendió que después de las sucesivas modificaciones operadas en el Código Procesal Civil mendocino, el retiro del expediente no suple la notificación por cédula, no pudiendo imputarse a la parte el conocimiento que pudo adquirir un abogado que a esa época no era su mandatario.

Contra la sentencia dictada por mayoría se alza el recurrente.

II.- Los motivos de la casación deducida. El recurrente denuncia “errónea interpretación del art.66 del Cód.de Proced, Civil” y “errónea aplicación del art. 94 inc. II del Cód. de Proced. Civil” ,con estos argumentos:

1.- El art.66 dispone: Todos los que intervengan en un proceso quedarán también fictamente notificados por el posterior retiro en préstamo del expediente por su apoderado hecho parte; esta forma de notificación ficta no suple la que debiera practicarse por cédula.

2. En autos, el abogado G. No era apoderado de Scudeletti cuando retiró el expediente; nunca lo fue, desde que sólo lo patrocinó en el ulterior incidente de nulidad.

3. El artículo es claro en el sentido de que esta notificación no suple la que debe hacerse por cédula y no hay duda de que del pedido de desafectación debió darse traslado y notificarse por cédula.

4. Las presunciones no pueden alzarse sobre el texto expreso de la ley; en consecuencia, la Cámara no puede afirmar que si el abogado retiró el expediente lo fue a pedido del accionado.

III. La definitividad de la sentencia. Esta sala tiene dicho que la sola circunstancia de tratarse de un juicio ejecutivo y el hecho de recurrirse un resolutivo que no es la sentencia, no ponen un valladar infranqueable al recurso extraordinario, si lo decidido al recurso extraordinario, si lo decidió causa un perjuicio de derecho sustancial de imposible reparación en un juicio ulterior por no existir otra via para corregirlo(ver L.S. 188-286; 185-74; 194-401, etcétera).

Esa situación, excepcional por cierto, ha permitido al tribunal abrir formalmente el recurso en casos como los que enuncio: los jueces de grado resolvieron en contra de la inembargabilidad de los salarios (L.S. 197-103; L.S. 200-59); rechazaron tercerías de mejor derecho interpuestas por poseedores pro boletos de compraventa (L. S. 210-27); acogieron tercerías del mismo tipo a favor de acreedores retenedores (L.S. 212-480);rechazaron incidentes de nulidad de subastas (11/12/89, ED del 9/4/90 con nota laudatoria de Bidart Campos) etcétera.

En mi opinión, en el *sub lite* también se configura la excepción. En efecto, los jueces de grado han dispuesto no sólo la inoponibilidad de la inscripción del bien de familia respecto del acreedor, sino directamente la desafectación del régimen. El demandado no tiene otra acción para evitar los perjuicios definitivos que esta resolución le provoca, no sólo respecto del ejecutante sino de otros acreedores.

También tengo especialmente en cuenta que la defensa del bien de familia está prometida por el art. 14 bis de la Constitución Nacional, lo que también permite abrir formalmente el recurso no obstante tratarse de una ejecución fiscal respecto de cuyas sentencias no procede, en principio, el remedio extraordinario (ver criterio análogo, pero vinculado a la gravedad institucional, en fallo de la C.S., 29/4/86, La Ley, 1987-A,160).

IV. La convalidación de la nulidad procesal por el retiro del expediente hecho por el abogado que no es parte.

1. No está en discusión que las nulidades pueden convalidarse por el consentimiento expreso o tácito del acto viciado. Hay coincidencia legislativa y doctrinal en que, como dice Couture, frente a la necesidad de obtener actos procesales válidos y no nulos, se halla la necesidad de obtener actos procesales firmes, sobre los cuales pueda consolidarse el proceso (Ver, a via de ej. Berizonce, Roberto, La nulidad en el proceso p.75, Ed. Platense, La Plata,1967).

2. También está fuera de toda duda que la convalidación tácita se produce cuando dentro del término de cinco días de haber tomado conocimiento del acto, la parte no interpone incidente de nulidad. El conocimiento directo mediante la presentación al expediente (art.94, inc.III) es sólo un modo de llegar al conocimiento, existiendo otros.

3. El tema a decidir es si ese conocimiento ampliamente entendido, puede derivarse del retiro del expediente hecho por un abogado que hasta ese momento no ha intervenido en el acto y que luego se presenta patrocinando al demandado en el incidente de nulidad.

4. El Código mendocino, a diferencia de otros (ver a vía de ej. para el santafecino, Baracat, La notificación tácita por retiro de autos y la necesidad de su recepción legislativa), prevé expresamente el retiro del expediente como una forma de notificación ficta. Pero, para que ella se produzca exige dos recaudos a cumplirse conjuntamente: a) que el retiro se efectúe por apoderado hecho parte; b) que no se trate de resoluciones que deban notificarse por cédula.

5. Cabe ahora analizar si estos recaudos también son exigibles cuando están involucradas nulidades procesales. Si se responde afirmativamente a la primera exigencia, será innecesario el tratamiento de la segunda, pues el incumplimiento de uno de los recaudos obstará a la existencia de conocimiento tácito.

6. En el voto mayoritario de la Cámara de apelaciones subyace este razonamiento: el préstamo al abogado produjo el conocimiento personal del acto pero no en su propio interés sino en el cliente; ulteriormente actuó como patrocinante; en consecuencia, ese conocimiento debe serle imputado retroactivamente a la parte a partir del momento del retiro.

En mi opinión esta suerte de silogismo es errado; explicaré por qué:

a) No ignoro que algunos fallos de tribunales de provincias en que no existe norma expresa como en la nuestra, resuelven que también es eficaz, la notificación operada por el retiro del expediente por el letrado patrocinante (ver C. Civil y Com. Rosario, sala I, 30/8/76, Zeus,9-79).

b) Pero en el *sub lite* ni aún con esta tesis amplísima podría admitirse la existencia de conocimiento tácito desde el préstamo del expediente; en efecto, esa posición que

cuenta con apoyo doctrinal se funda en que el patrocinante asume la responsabilidad en la dirección del pleito (ver Maurino, Alberto L., Nulidades procesales, núm. 117, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1982).En nuestro caso, en cambio, el abogado no había tenido ninguna intervención antes de llevarse prestado el expediente; sólo admitiendo una ficción sin texto expreso que así lo imponga, podría afirmarse que el abogado G. era quien llevaba la dirección del proceso.

c) Creo con Gelsi Bidart que la noción de consentimiento tácito que subsana la nulidad debe vincularse al de carga procesal; la validez definitiva surge no por el perfeccionamiento de lo que es irregular sino por la imposibilidad de su impugnación por parte de quien tenía en sus manos los medios de ataque (Gelsi Bidart, Adolfo, De las nulidades en los actos procesales, ps. 227 y 230, Montevideo, 1949); ahora bien; la carga procesal recae sobre la parte y no sobre un abogado que nunca ha intervenido en el proceso; tampoco es él quien tiene en sus manos lso medios de ataque; en consecuencia, mal puede imputarse al litigante el conocimiento de alguien que ulteriormente actuó como su patrocinante.

d) A la solución que propicio se llega cualquiera sea la teoría a la que se adhiriera en materia de notificaciones; ni la teoría de la recepción ni la del conocimiento permiten atribuir a la parte el conocimiento que tuvo un tercero que ulteriormente actuó como patrocinante. En efecto, como lo sostiene la tesis del conocimiento (posición que se compadece mejor con los principios de celeridad y lealtad en el debate judicial), las formas procesales no son fies en si mismas sino simples medios destinados a asegurar la justa actuación del derecho substancial (ver Palacio, Lino, Notificación tácita producida por el retiro de autos, en La Ley, 94-745). Por eso mismo, el conocimiento debe ser real y no fundado en una mera probabilidad; por eso, no es posible acudir a la ficción del efecto retroactivo del conocimiento sin norma que lo autorice.

e) La posición que niega ese efecto retroactivo se compadece más adecuadamente con el derecho de defensa en juicio, tan involucrado en esta materia, sobre todo cuando está en juego la afectación o no de la vivienda (ver Gozaíni, Osvaldo A., Notificación tácita y defensa en juicio, La Ley, 1988-A, 413; Eisner, Isidoro, Notificaciones fictas, tácitas y compulsivas en el proceso civil, La Ley, 139-1196; Las notificaciones judiciales en el debido proceso, La Ley, 1981-D, 948;Nuevamente sobre notificaciones judiciales y seguridad jurídica, La Ley, 1985-B,748; Una reacción saludable en tema de notificaciones judiciales y seguridad jurídica, La Ley, 1989-C, 145).

f) Esta es la razón que funda el criterio jurisprudencial reiterado en el sentido que si bien debe estarse al principio de conservación de los actos procesales, lo relativo a las notificaciones tácitas debe interpretarse

con criterio restrictivo a fin de evitar que el derecho de las partes resulte lesionado (ver nota jurisprudencial de Amadeo, José L., Notificación tácita, JA,1987-III-10003 y sigts., en especial núm.15 y siguientes).

Conclusiones. De todo lo expuesto concluyo que la sentencia aplicó erróneamente el art. 94, inc. 2do. del Cód. Procesal Civil al atribuir a la parte el conocimiento del acto con efecto retroactivo al momento en que el abogado, ulterior patrocinante, retiró el expediente. En consecuencia, si mi voto es compartido por mis colegas de sala, corresponde revocar la sentencia recurrida. Voto en consecuencia por la afirmativa

Sobre la misma cuestión los doctores Romano y Llorente, adhieren por los fundamentos al voto que antecede.

2da. cuestión.- La doctora Kemelmajer de Carlucci dijo:

Conforme lo acordado y votado en la cuestión precedente, corresponde admitir el recurso de casación interpuesto a fs. 3/10 y revocar en todas sus partes la resolución de fs.130/132, y consecuentemente, la de primera instancia glosada a fs.107/108.En su mérito cabe ordenar la tramitación del incidente de nulidad interpuesto a fs. 101/105, conforme los arts. 92/93 del Cód. de Proced. Civil.

Sobre la misma cuestión los doctores Romano y Llorente, adhieren al voto que antecede.

3era. cuestión.- La doctora Kemelmajer de Carlucci dijo:

Las costas de primera y segunda instancia, como las del recurso de casación, deben ser soportadas por la parte actora en su calidad de vencida (art. 36, inc. I, Cód.Proced. Civil).

Sobre la misma cuestión los doctores Romano y Llorente, adhieren al voto que antecede.

Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la sala I de la Excma.Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva, resuelve: I, Hacer lugar al recurso de casación interpuesto a fs. 3/10, por Angel A. Scudeletti. Revócase en consecuencia la resolución dictada a fs. 130/132 de los autos nnúm.363.853- “Dirección Gral. de Rentas c. A.A. Scudeletti por apremio”, disponiéndose en su lugar la sustanciación del incidente de nulidad interpuesto a fs.101/105 conforme el trámite impreso por los arts.92 y 93 del Cód.Proc. Civil. II. Imponer las costas de primera y segunda instancia y las del recurso de casación, a la parte actora- *Aída Kemelmajer de Carlucci - Fernando Romano - Pedro Llorente.*

NOTIFICACION POR EDICTOS Y NULIDAD DE ACTUACIONES

Sumario: 2. Principios generales;2. El caso de la notificación por edictos;3. Casos de posible desconocimiento y sanción consecuente.

1. Principios generales.

En materia de notificaciones procesales, existen dos teorías que no resultan antagónicas.

1) *Teoría de la recepción*: se ocupa de que el acto procesal de comunicación esté revestido de la suficiente formalidad respetando los recaudos exigidos para que la notificación se efectivice, de manera que la diligencia sea cubierta y se tenga por cumplida una vez que llega a su destinatario.

2) *La teoría del conocimiento*, por su parte, se compenetra con la finalidad del acto, de manera que si el interesado tomó noticia fehaciente del contenido del acto que se le comunica, pierde trascendencia la nulidad por vicios formales que pudiera tener la diligencia de notificación.

La primera orientación protege la seguridad jurídica, la segunda se compadece con los principios de celeridad y lealtad en el debate judicial ([63]).

Una posición ecléctica afirma que la notificación se propone poner en concimiento de alguien una providencia, y una cosa es que ese conocimiento se presuma sin prueba en contrario, cuando han sido cumplidas las formalidades pertinentes, por una suerte de irrefragabilidad, y otra -ya inaceptable- deducir de esa premisa que nunca el conocimiento efectivo pudo suplir la notificación formal. Las llamadas teorías de la recepción y del conocimiento han sido, pues, artificialmente contrapuestas: se las ha referido a términos heterogéneos. ([64]).

En nuestro parecer la cuestión no se resuelve en el "conocimiento", sino en la certeza y seguridad que merezca el acto de procesal de comunicación.

2. El caso de la notificación por edictos.

El sistema vigente de notificaciones procesales atenta con su formalismo el progreso en los medios de comunicación.

Coincidimos con la aserción de Colombo, y compartimos con él, la exactitud en la formulación de los principios y en su presupuesta antinomia.

También es cierto que la jurisprudencia se ha encargado de morigerar el rito, llevando las cosas a su verdadero encuadre.

---

[63]. Ver con mayor detalle nuestro *Derecho Procesal Civil,* tomo I volumen 1, editorial Ediar, 1992, parág. 76.1

[64]. Cfr. Colombo, Carlos J., *Código Procesal Civil*, tomo II. editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, pág. 672.

En este sentido, la teoría de la recepción ha comprendido la garantía de justicia que proviene de la correcta notificación de las partes, como medio de asegurar su derecho de defensa, pues resulta claro que, cualquier omisión en los preceptos legales pueden prestarse al abuso y en tal caso, es elemental evitarlo.

Un caso particularizado de estos posibles ejercicios abusivos de los preceptos disponibles acontece con la notificación edictal.

En efecto, el código procesal autoriza por el art. 145 a notificar por dicho medio a personas inciertas o con domicilio ignorado, a cuyo fin la parte *deberá manifestar bajo juramento*, que ha realizado sin éxito las gestiones tendientes a conocer el lugar donde debe cumplir el acto de comunicación.

Esta circunstancia pone en claro un deber de moralidad o conducta leal en el proceso. Dicho juramento ha de ser prestado sin vulnerar los principios de lealtad, probidad y buena fé, pues ante la evidencia de un obrar contrario, el mismo ordenamiento castiga la incorrección del denunciante multándo con un importe en dinero.

3. Casos de posible desconocimiento y sanción consecuente.

Sin embargo, es posible confrontar algunas situaciones donde abogado y cliente procuran conocer el domicilio sin llegar a concretar su objetivo de modo tal que la única de prosecución queda en la notificación por edictos.

Cuando se trata de comunicar la demanda, es imperioso acentuar el deber de investigación al tratarse, justamente, de un acto de trascendental importancia para el proceso, toda vez que como indica la Corte "guarda estrecha vinculación con la garantía constitucional de la defensa en juicio" (Considerando 7^{o}).

Enfrentados entonces a contingencias de *praxis,* resta observar que curso puede (o debe) seguir el juez.

Una primera respuesta es dejar que la parte notificada por edictos propicie nulificar los actos secuenciales demostrando con actos y pruebas concretas que el actor procedió con deslealtad, o por lo menos, sin llegar a cubrir las debidas exigencias de búsqueda que el código pretende. En tal caso, el agotamiento previo de los recursos posibles para conocer un paradero son la contraprueba precisa para contener el ataque de nulidad. Mientras que para el nulidicente la carga probatoria radica en elementos de variable posible cuya ponderación puede completarse en el curso de presunciones e indicios.

Una segunda alternativa consiste en acentuar el rol conductivo del juez en el proceso, en cuyo caso, el art. 34 inciso 5^{o} apartado b) le indica como deber *señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer de oficio toda diligencia que fuere necesaria para evitar nulidades*.

En ambos casos, la nulidad deducida tendrá que analizarse bajo el marco de las disposiciones emergentes del capítulo X (arts. 169 y ss.) del Código Procesal (cfr. art. 149, CPC)., lo que importa atender, en suma, el

correcto desenvolvimiento de la administración de justicia, lo que en el caso comentado resulta plenamente cubierto.

JURISPRUDENCIA

DOCTRINA DEL FALLO

CS, marzo 2-1993- Schneider, Guillermo Kurt Carlos y otros c. Schneider, Friedrich Wiilhelm

1.- Si el código de rito autoriza la modalidad de la notificación por los edictos con el sólo juramento de la parte, es en la convicción de que se ha de actuar con la rectitud y buena fe que debe presidir el ejercicio de las acciones ante los órganos judiciales, especialmente cuando se trata de la citación del demandado- como sucede en el caso- acato de trascendental importancia en el proceso desde que guarda estrecha vinculación con la garantía constitucional de la defensa en juicio. Ello así, si de las actuaciones surge que los actores conocieron el sucesorio del titular del inmueble que pretenden adquirir por usucapión, pues basta para ello apreciar correctamente la prueba aportada a la causa al respecto- juicio sucesorio- cabe concluir que lo manifiesto por ellos al inicio de estas actuaciones, esto es: desconocimiento del domicilio actual del titular del dominio contra quien dirigían la acción fue falsa, correspondiendo hacer lugar al planteo del incidentista en cuanto pretende la nulidad de todo lo actuado, al haberse notificado la demanda por edictos.

2.- Sostener dogmáticamente que no podía afirmarse que los actores conocieran la existencia del juicio sucesorio del titular del inmueble que pretenden adquirir por usucapión, pues no tuvieron intervención ellos sino su padre- albacea y administrador de la misma-, como lo hizo el *a quo* al rechazar el planteo de la nulidad del incidentista, es incurrir en un análisis excesivamente formal e irrazonable del material probatorio, en tanto prescindió de elementos objetivos de esa causa, que debían ser ponderados con arreglo9 a las pautas propias del curso natural y ordinario de las relaciones humanas, como derivación propia de las reglas de la sana crítica. Frente a esta situación corresponde hacer lugar al remedio federal deducido y declarar la nulidad de lo actuado en la causa, pues lo resuelto se traduce de manera directa e inmediata en una seria lesión de los derechos de defensa en el juicio y de propiedad al haberse hecho lugar a la pretensión de usucapión con notificación de la demanda por edictos, sin que por ello importe abrir juicio alguno sobre las cuestiones atinentes al fondo de la pretensión.

Fallo in extenso

Buenos Aires, Marzo 2 de 1993. Vistos los autos: ”Recurso de hecho deducido por Edmund o Edmundo Schneider en la causa de

Schneider, Guillermo Kurt Carlos y otros c. Schneider, Friedrich Wilhelm", para decidir sobre su procedencia.

Considerando: 1ro) Que contra la sentencia de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que, al revocar lo decidido en la primera instancia, desestimó el incidente de nulidad de la notificación del traslado de la demanda deducido a fs. 576/585, la demanda interpuso el recurso extraordinario cuya denegación motiva la presente queja.

2do) Que en el *sub lite*, los actores promovieron demanda de usucapión respecto del inmueble sito en la calle Conde Nro.1766,dirigiendo la acción contra Friedrich Wilhelm Schneider- titular del dominio- cuyo domicilio actual manifestaron desconocer, a consecuencia de lo cual, - previo diligenciamiento de oficios a la Policía Federal y a la Secretaría Electoral-, se citó a dicho demandado mediante publicación de edictos, por lo que la causa tramitó a *posteriori* con la intervención del señor defensor oficial. Producida la prueba se dictó sentencia declarando la adquisición del dominio a favor de los coactores, decisión firme que fue inscripta en el registro inmobiliario.

3ro) Que a fs.576/585 compareció Edmundo Schneider –domiciliado en la entonces República Democrática Alemana- como heredero del legatario del inmueble de autos, y planteó la nulidad de todo lo actuado en el proceso. Argumentó que los accionantes ocultaron la existencia de la sucesión testamentaria del demandado, que fue iniciada por el padre de los coactores –Carlos Schneider-, quien se desempeñó sucesivamente como albacea y administrador de aquélla y, en ese carácter, pasó a ocupar provisoriamente el inmueble junto con su familia. El presente agregó que la finca de la calle Conde había sido legada a su padre – Juan Schneider- , quien se había presentado por mandatario a fin de aceptar el legado (fs.197 de los autos "Schneider, Guillermo s/sucesión testamentaria, expte. Nro.89.890, oportunidad en que denunció su domicilio en el exterior. Con ulterioridad, el ahora incidentista también compareció al sucesorio (fs.221- expte. Nro.89.890)dando cuenta del fallecimiento de su padre y reiterando la aceptación del legado respectivo. El incidente de nulidad- que fue abierto a prueba- prosperó en primera instancia pero fue desestimado por la decisión de la alzada que originó el recurso *sub examine*.

4to) Que los agravios del apelante suscitan cuestión federal bastante para su consideración en la vía intentada, pues no obstante referirse a cuestiones de naturaleza fáctica y procesal, tal circunstancia no constituye óbice para la apertura del recurso cuando, con menoscabo de las garantías constitucionales invocadas, el pronunciamiento no traduce una apreciación crítica de la prueba atinente a la litis (Fallos, 303 y 1258), reducida en el caso a las constancias del proceso sucesorio, de las que se infería el objetivo conocimiento de los actores acerca de la existencia de un presunto titular con derechos respecto del inmueble, y por ende la falsedad de lo manifestado al iniciar estas actuaciones.

5to) Que, en efecto, al sostener dogmáticamente que no podía afirmarse que los actores conocieran la existencia del juicio sucesorio, pues no tuvieron ellos intervención sino su padre –albacea y administrador-, la alzada incurrió en un análisis excesivamente formal e irrazonable del material probatorio, en tanto prescindió de elementos objetivos de esa causa, que debían ser ponderados con arreglo a las pautas propias del curso natural y ordinario de las relaciones humanas, como derivación de las reglas de la sana crítica.

6to) Que ello es así, pues fue durante su gestión como administrador de Carlos Schneider se trasladó a la finca de la calle Conde junto con su grupo familiar (fs.180;- expte.Nro. 89.890-) y, en tal carácter, había alquilado una de las habitaciones a su hijo Guillermo K.C. Schneider- uno de los aquí demandantes- rindió cuenta de dicho arriendo a fs.294 –expte. Nro. 89.890- y manifestando con posterioridad (fs. 388. Expte. Nro. 89.890-) que el mentado inquilino abonaba suma alguna “como remuneración por la limpieza que realiza”. De ello cabe colegir razonablemente que el ahora demandante debió haber tenido conocimiento tanto del fallecimiento del causante, como de la índole de la relación que vinculó a su padre con el inmueble en función del juicio sucesorio, conclusión particularmente válida, si se tiene presente que a fs.387 –expte. Nro.89.890- suscribió por el reembolso de gastos de limpieza un recibo a cuenta “de la sucesión de Guillermo Schneider”. Tales elementos de juicio ponderados en el marco de normalidad propio de las relaciones parentales, tornan inverosímil la ignorancia alegada como presupuesto de la citación por edictos.

7mo) Que en este sentido, cabe señalar que si el código de forma actualiza esta modalidad notificatoria con el solo juramento de la parte, es en la convicción de quese ha de actuar con la rectitud y buena fe que debe presidir el ejercicio de las acciones ante los órganos judiciales (Fallos 306 y 392), especialmente cuando se trata de la citación del demandado, acto de trascendental importancia en el proceso desde que guarda estrecha relación con la garantía constitucional de la defensa en juicio.

8vo) Que, frente a lo expresado, y por tratarse de un gravamen al patrimonio insusceptible de ulterior reparación, corresponde hacer lugar al remedio federal deducido, pues lo resuelto se traduce de manera directa e inmediata a una seria lesión de los derechos de defensa en juicio y de propiedad (art.15 de la ley 48), lo que justifica la descalificación del fallo en lo que hace a la nulidad de lo actuado en la causa, sin que ello importe abrir juicio alguno sobre las cuestiones atinentes al fondo de la pretensión.

Por ello, se deja sin efecto la sentencia en cuanto fue materia de recurso; con costas. Vuelvan los autos correspondientes al tribunal de origen a fin de que, pro quien corresponda, proceda a dictar nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Reintégrese el depósito. Notifíquese y remítase.- *Ricardo Levene (h)- Mario A. Cavagna Martinez- Carlos S. Fayt- Augusto César Belluscio- Rodolfo C. Barra- Julio S. Nazareno- Eduardo Moliné O’Connor- Antonio Boggiano.*

NOTIFICACIONES, SEGURIDAD JURÍDICA E INJUSTICIA

1. El prisma de la seguridad jurídica en las notificaciones

El título sólo anuncia el problema que el doctor Fayt advirtió con su disidencia en el presente caso.

En efecto, la interesada promovió un juicio voluntario de rectificación de partida tendiente a adecuar en sus documentos el nuevo sexo que adquiere.

Luego de varios años de gestión procedimental, se deniega un recurso extraordinario el cual es notificado (art.135, inc. 14, CPC) al domicilio que tenía constituido, providencia que quedó firme al no deducirse en tiempo oportuno el recurso directo. Así lo entendió la mayoría de la Corte sin entrar a considerar la salvaguarda efectiva de los derechos que quedaban inertes.

Sin perjuicio de ello, una nueva representación letrada asume con decisión el replanteo y propone la nulidad de la notificación y la queja por denegación del extraordinario. La primera fue considerada como una impugnación ordinaria y fue rechazada, en la segunda vía, ocurrieron los hechos que relatamos al inicio.

2. Los hechos de la causa

Los diversos frentes que pueden abordarse en el análisis son los siguientes:

a) La primera cuestión contrae resolver el problema de la personalidad de las impugnaciones en un sistema procesal, como el nuestro, donde la multiplicidad recursiva muestra una diversidad tan amplia y compleja, que dificulta la posibilidad de sistematización.

Es cierto que la nulidad en las notificaciones es un tema directamente afectado a las garantías constitucionales porque incide en los dogmas de la defensa en juicio y, esencialmente, del denominado, debido proceso adjetivo. Pero también lo es que, las comunicaciones regulares y efectivas permiten la prosecución del litigio y bajo las premisas de la celeridad y la preclusión, consiguen la firmeza de los actos y los atributos de la cosa juzgada que dan fundamento a la función jurisdiccional.

La Corte en este aspecto ha sido un buen guardián de la seguridad jurídica, aun cuando abrió –persistiendo en esa senda- la vía extraordinaria para supuestos muy especiales de promociones recursivas que demostraban la intención de llegar a un pronunciamiento de ella, no obstante contrarias a un ritual exigente.

En el caso, era evidente que la continuidad procesal era sumamente discutible, o al menos difusa, porque no se había notificado la providencia de *por devueltos*, y ello obligó a la nueva representación letrada a tener que

articular la búsqueda del expediente y luego las notificaciones antes practicadas.

b) Un segundo aspecto lo ocupa el siempre conflictuado asunto de resolver en el prisma de la seguridad, o bajo los argumentos del certiorari (clara manifestación de la doctrina denominada de las cuestiones de *bagatela*) sin considerar el fondo de las pretensiones que quedan sin respuesta y no pueden reiterarse por la vigencia absoluta de la prescripción de las acciones.

La misma Corte tiene dicho que *si bien es cierto que los jueces gozan de amplias facultades para seleccionar los criterios generales más adecuados para el juzgamiento de cada caso concreto, el ejercicio de esas potestades excluye una utilización errática de los mismos susceptibles de provocar una lesión al ejercicio del derecho de defensa* ([65]).

Tal emplazamiento permite reafirmar que la potestad jurisdiccional no se agota en la aplicación mecánica de las normas sino que exige discriminar los distintos aspectos del litigio a fin de lograr en cada hipótesis la justicia concreta del caso ([66]), para lo cual es vital el mantenimiento de una orientación que asegure a los justiciables un juzgamiento conforme pautas uniformemente adoptadas en la totalidad de su curso, pues de otro modo el proceso civil podría convertirse en el vehículo de ritos caprichosos, frustratorio de la finalidad de afianzar la justicia que es la meta última de toda actividad judicial.

c) La efectiva protección de los derechos sustanciales reconoce, también una extensión de las singularidades o individualidades, cuando el problema o crisis que se resuelve sirven para trascender y orientar en la vida y desarrollo de la sociedad. Cuando así acontece, es de suma importancia aligerar las cargas rituales porque domina el tema de la eficacia del proceso. Lo valioso reposa más que en el caso, en la pacificación social,

Va de suyo que todo este ensamble, institucional opera bajo la sombra protectora de los derechos fundamentales, y de allí la notoria reverberancia en cuestiones donde la jurisdicción debe obrar declarativamente en pos de la certeza, sea positiva o negativa ([67]).

La síntesis impone el gran interrogante, ¿para qué serviría el proceso civil si los propios interesados en acudir a él para lograr soluciones y no mayores problemas quedan sin respuesta luego de varios años de gestión, comúnmente fatigosa y difícil?.

¿Quién ha ganado en este proceso al consagrar una regla estricta que deja al recurrente con idénticas cuestiones que hace casi diez años, cuando promovió la petición?.

---

[65]. CS, febrero 25- 1992, in re “Cúneo Libarona, Angel c. Andrilli de Cúneo Libarona, Marua S.

[66]. Fallos, 304- 1919

[67]. Morello, Augusto Mario, *La reforma de la justicia*, editorial Platense, La Plata, 1991, pág.35

JURISPRUDENCIA

DOCTRINA DEL FALLO

CS, marzo 24-1992.- P.F.N. s/ información sumaria

1.- Corresponde desestimar la queja por recurso denegado que fue interpuesto en forma extemporánea.

2.- Cuando está en juego el instituto procesal de la notificación, es adecuado indagar por su sentido, desde la óptica constitucional. Este es obvio en tanto asegura a los interesados en decisiones judiciales que hacen a sus derechos, la efectiva defensa en juicio, evitando que desconozcan actuaciones producidas en los estrados judiciales que podrían afectarlos (del voto en disidencia del doctor Fayt).

3. En procesos en que los intereses de una parte se oponen a los de otra, es lícito, por el orden que requiere el trámite de las causas, que las falencias atribuibles a una de las partes generen derechos a favor de la otra. Empero, en la causa en que la actora peticionó la rectificación de su partida de nacimiento para adecuar ésta al sexo que correspondería a su actual configuración física, su pretensión no se proyecta como en un proceso de contenido patrimonial de modo adverso al interés de una contraparte, ésta no sería sino la sociedad toda, cuyo sólo interés no es sino la ley; interés que está en el esclarecimiento de los grandes problemas que pueden interesar a su vida y desarrollo, antes que en su postergación (del voto en disidencia del doctor Fayt).

4. Así como el legislador ha colocado a la falta de trascendencia entre las razones por las que la Corte puede rechazar un recurso extraordinario mediante la sola cita del art. 280 del cód. procesal, parece compadecerse con el espíritu de la norma que a importancia de una causa sea razón atendible en el momento de sopesar la admisibilidad de un recurso extraordinario (del voto en disidencia del doctor Fayt).

5. Las reglas que gobiernan el proceso no constituyen un mero ritual sino que tienen el sentido de conducir al esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva; por ello, el derecho procesal debe ser un instrumento de la justicia y no un obstáculo gratuito para su logro (del voto en disidencia del doctor Fayt).

6. La Corte Suprema de la Nación, en su función de intérprete y salvaguarda último de las disposiciones de la Constitución Nacional, de cuya efectiva vigencia depende por otra parte la posibilidad de una adecuada convivencia social, puede en ocasiones de gravedad suficiente, obviar ápices formales que obstarían al ejercicio de tan elevada función (del voto en disidencia del doctor Fayt).

7. En la causa en que se denegó el recurso extraordinario interpuesto contra la sentencia que rechazó el pedido de rectificación de partida de nacimiento de la actora para adecuar ésta al sexo que correspondería a su actual configuración física, corresponde hacer lugar a la queja interpuesta sin que obste a ello su interposición tardía provocada – según la recurrente- por circunstancias que motivaron un desconocimiento involuntario de la marcha de la causa. Ello es así, pues en el caso, la única contraparte sería la sociedad toda, cuyo interés está en el esclarecimiento de los grandes problemas que pueden interesar a su vida y desarrollo antes que en su postergación, y porque la conducta de la actora, clara y constante en el camino jurisdiccional que conduciría a una decisión sobre su pretensión, se mantuvo de un modo constante a lo largo del proceso, existiendo en lo fáctico conductas anteriores que al margen de la valoración que merezcan, demuestran también una especial firmeza en la determinación, que no hacen sino confirmar las causas en las que fundamentó las circunstancias temporales de la interposición del recurso. Por otra parte, de malograrse esta posibilidad, su situación se tornaría totalmente irrevisable en la más alta instancia judicial de la República, ya que no podría volver a plantearla (del voto en disidencia del doctor Fayt).

Fallo in extenso

Buenos Aires, marzo 24 de 1992.-

Considerando: que la queja ha sido tardíamente interpuesta, el 11 de diciembre de 1989, toda vez que, atento el rechazo del recurso de hecho P-69.XXIII, dictado en la fecha, cabe entender que la denegación del recurso extraordinario ha sido notificada el 15 de junio de 1989

Por ello, se desestima la queja. Dase por perdido el depósito. Hágase saber y, oportunamente archívese.- *Ricardo Levene (h)- Carlos S. Fayt (*en disidencia*)- Augusto C. Belluscio- Rodolfo C. Barra- Julio S. Nazareno- Eduardo Moliné O'Connor- Antonio Boggiano- Mariano A. Cavagna Martinez*.

Disidencia del *Dr. Fayt*- Considerando: 1. Que la actora peticionó judicialmente la rectificación de su partida de nacimiento para adecuar ésta al sexo que correspondiera a su actual configuración física. Rechazada su pretensión por la Sala E de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, interpuso contra esa decisión el recurso extraordinario que, denegado, dio origen a la presente queja,

2. Que la denegación del recurso extraordinario fue notificada por cédula al domicilio constituido de la actora. Este domicilio era el de su letrado patrocinante; en el se notificó la denegación del recurso extraordinario. La posterior providencia que reza:'' por devueltos los autos, hágase saber'', del 27 de junio de 1989 no había sido notificada el 1ero. de diciembre de ese año, cuando una nueva letrada asume

el patrocinio de la actora e inicia gestiones para promover la búsqueda del expediente.

La recurrente promovió entonces incidente de nulidad de la notificación, que el *a quo* rechazó por entender que estaba frente a un recurso ‘’ ordinario’’.

3.Que es difícil imaginar como pudo el *a quo* considerar ordinario un recurso en el que se pide expresamente la remisión de los autos a esta Corte.

4. Que en dicho recurso, la recurrente aduce el gravamen irreparable que le provoca lo decidido al imposibilitarle la prosecución de la causa.

Posteriormente, en la queja, añade otras argumentaciones las que no son atendibles por no haber sido expuestas en el recurso cuya denegación ahora se apela.

5. Que pese a su escueto contenido en el recurso señala con claridad el agravio que padece, el cual resulta atendible.

6. Que en efecto, esta Corte ha reconocido que en su función de intérprete y salvaguarda último de las disposiciones de la Constitución Nacional, de cuya efectiva vigencia depende por otra parte la posibilidad de una adecuada convivencia social es pertinente en ocasiones de gravedad suficiente, obviar ápices formales que obstarían al ejercicio de tan elevada función (Fallos, 257:132; 260:114; 295:376 y 879; 298:732; 300:1102 y otros).

7. Que en el caso, en el que está en juego el instituto procesal de la notificación, es adecuado indagar por su sentido desde la óptica constitucional. Este es obvio en tanto asegura a los interesados en decisiones judiciales que hacen a sus derechos, la efectiva defensa en juicio, evitando que desconozcan actuaciones producidas en los estrados judiciales que podrían afectarlos.

8. Que en procesos en que los intereses de una parte se oponen a los de otra, es lícito, por el orden que requiere el trámite de las causas, que las falencias atribuibles a una de las partes generen derechos a favor de la otra. Empero, en el caso, la pretensión de la actora no se proyecta como en un proceso de contenido patrimonial, de modo adverso al interés de una contraparte. Si queremos aquí buscar una contraparte esta no sería sino la sociedad toda, cuyo sólo interés no es sino el de la ley.

9. Que esto sentado, tal interés está en el esclarecimiento de los grandes problemas que pueden interesar a su vida y desarrollo, antes que en su postergación. Y el problema planteado es de aquellos cuya gravedad para el interés general hacen adecuado establecer una doctrina judicial clara y segura, como la que podría emanar de esta Corte Suprema, como se desprende de los dos votos contenidos en la sentencia del *a quo* sobre el fondo del asunto y de otros elementos obrantes en autos.

Así como el legislador ha colocado a la falta de trascendencia entre las razones por las que esta Corte puede rechazar un

recurso extraordinario mediante la sola cita del art. 280 del cód. procesal parece compadecerse con el espíritu de la norma y ello va a anterior doctrina del Tribunal, que la importancia de una causa sea razón atendible en el momento de sopesar la admisibilidad de un recurso extraordinario.

10. Que las reglas que gobiernan el proceso no constituyen un mero ritual sino que tienen el sentido de conducir al esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva, norte de la tarea heurística de los jueces. Por ello, sentando el sentido del derecho procesal, que debe ser un instrumento de la justicia y no un obstáculo gratuito para su logro, cabe aquí indagar por cual pudo haber sido aquella verdad en el caso (conf., Fallos, 247:176; 254:311; 268:413;271:278;302:1611.

11. Que la conducta de la actora, clara y decidida en el recorrido del camino jurisdiccional que conducía a una decisión sobre su pretensión, se mantuvo de un modo constante a lo largo de este dilatado proceso, iniciado el 25 de marzo de 1982. En lo fáctico, hay conductas anteriores suyas que al margen de la valoración que en conclusión merezcan, demuestran también una especial firmeza en la determinación. Todo ello torna inverosímil que, de no mediar circunstancias que la hayan conducido a un desconocimiento involuntario de la marcha de las actuaciones procesales en algún momento del trámite de la causa -por otra parte desmedidamente prolongado- haya desistido de dar los pasos recursivos adecuados en el tiempo oportuno, de modo de privarse de una via potencialmente apta para obtener la revisión de una decisión que le había resultado adversa.

Por otra parte, de malograrse esta oportunidad, su situación resultaría totalmente irrevisable en la más alta instancia judicial de la República, ya que no podría volver a plantearla, situación que la Corte no ha dejado de valorar en causas en que se obviaron otras deficiencias de tipo formal (Fallos, 257:187; 268:172; 301; 277:201; 280:228,429;306:784,2030).

12. Que todo esto conduce a la admisión de la queja interpuesta y a la admisión del recurso. Esto sentado cabe que en su momento la Corte se avoque a la decisión del problema de fondo planteado en los autos principales, lo que es tema planteado en los autos P-69.XXIII, promovidos por la misma recurrente y cuya admisibilidad se hallaba ligada a la presente queja en cuanto a los aspectos que esta trata.

Por ello se declara procedente el recurso y se resuelve que en la causa no deben obstar a la admisibilidad del recurso extraordinario las circunstancias temporales de su interposición. Acumúlase esta queja al principal. Siga el trámite del recurso de hecho P-7.XXIII, unido por cuerda a los referidos autos principales. Notifíquese.- *Carlos S. Fayt*.

SECCIÓN 6ª : MEDIDAS CAUTELARES

LAS MEDIDAS CAUTELARES COMO CENSURA PREVIA EN LA LIBERTAD DE EXPRESION

Sumario: 1. Finalidad de las medidas cautelares; 2. Mutación de las medidas cautelares; 3. El derecho de información y la no censura del art. 14 CN; 4. La garantía y el derecho en la libertad de expresión; 5. La censura previa y el control judicial; 6. La privacidad ante el derecho de informar

1. Finalidad de las medidas cautelares.

El moderno derecho procesal, asociado con las urgencias y realidades que muestra el desenvolvimiento de las instituciones del proceso, renueva el piso de las medidas cautelares otorgándoles una dimensión preventiva y tutelar que avanza sobre el diseño tradicionalmente conocido.

En efecto, una visión de conjunto permite advertir como el justiciable persigue la justicia rápida aún cuando no sea definitiva, a cuyo fin utiliza las herramientas adjetivas disponibles en miras a lograr una solución provisoria, pero solución al fin, que confrontada con los tiempos, la técnica y los costos del desenvolvimiento procedimental, demuestra la diferencia cuantitativa que consigue.

En verdad, la respuesta cautelar es intrínsecamente provisional. Pero quien puede negar la eficacia que obtiene inmovilizando cosas y situaciones vaya a saber por cuanto tiempo.

La finalidad del llamado proceso cautelar, en sus orígenes -y, obviamente, en su esencia- es asegurar el resultado hipotético de una sentencia favorable.

El fundamento que las autoriza se encuentra en la incidencia del tiempo en el proceso, el cual, naturalmente, ocupa un largo período hasta que llega al reconocimiento del derecho. La lentitud de la justicia se cubre, preventivamente, con estas medidas provisionales, las que obran como paliativos de los riesgos que puede llevar la tardanza en obtener un pronunciamiento jurisdiccional [68].

En la dimensión del peligro que lleva el tiempo en el litigio, puede ocurrir que sea necesario cubrir necesidades urgentes (por ejemplo: ordenando la internación de una persona para evitar que cause a otros o a sí mismo, daños irreparables), o bien, que deba lograrse una paz social inmediata, aún cuando sea provisoria (V.gr: en un conflicto sobre alimentos, la cuota que se fija en tal carácter); también para resguardar la permanencia de cosas o lugares en la eventualidad de su destrucción por el no uso, la degradación posible, o la pérdida de huellas imprescindibles para tomar una pauta de acción.

---

68 . Gozaíni, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, volumen 2, cit., parág. 161.

En suma, el tiempo incide directamente sobre los hechos del proceso y, de alguna manera, en los derechos que se pretenden propios, porque si éstos se consiguen declarados en una sentencia favorable, y después de ello no pueden realizarse porque el objeto se perdió, ese mandato es virtualmente inútil: ha sido dictado para una situación abstracta que, oportunamente, pudo preverse.

2. Mutación de las medidas cautelares.

El amplio poder de maniobra que cuenta en este tópico cualquier magistrado, incluye la facultad de disponer la medida que considere más apta y adecuada para el fin que se propone.

La contrapartida de estas providencias escala en las exigencias condicionantes para que prosperen. Tanto la verosimilitud del derecho (*fumus bonis juris*) como el peligro en la demora (*periculum in mora*) señalan el deber jurisdiccional de equilibrar la disposición de ellas ante un sujeto pasivo que las recibe sorpresivamente.

La ausencia de bilateralidad (se decretan *inaudita pars*) reafirma el deber de tutela, y obliga al juez a obrar interpretando no sólo el alcance de los extremos requeridos para el progreso de las medidas, sino también, la finalidad inmediata que ellas desean.

Es importante señalar esta cualidad porque cualquier disposición precautoria puede mudar su carácter provisional, para tornarse en fuente de situaciones definitivas.

La nota de *provisoriedad* que portan las medidas, como su interinidad y resguardo hacia situaciones futuras, se difumina cuando consagran estados procesales cuasi-permanentes que las tornan en verdaderos procesos autónomos y con pretensiones claramente dirigidas a alcanzar ese fin, para luego abandonarse a la inercia y burocracia de los procedimientos.

3. El Derecho de Información y la no censura del art. 14 CN.

El art. 14 de la Constitución Nacional refiere en uno de sus pasajes al *derecho de publicar las ideas por la prensa sin censura previa*. A su vez, el art. 32 de la misma Ley Fundamental agrega que *"El Congreso Federal no dictará leyes que restrinjan la libertad de imprenta o establezcan sobre ella la jurisdicción federal".*

Pareciera que la preocupación esencial cifra en la garantía que tiene la prensa para difundir sus opiniones e información, sin que puedan establecerse contra ellas medidas prohibitivas o inhibitorias.

Sin embargo, aclara Bidart Campos que ese alcance dificulta la interpretación cabal de la norma, porque ella debe integrarse al concierto de las demás libertades, de modo tal que la protección asiente sobre la *libertad de expresión en todas sus formas,* esto es en el "derecho a hacer público, a transmitir, a difundir y a exteriorizar un conjunto de ideas, opiniones, críticas, creencias, etc., a través de cualquier medio: oralmente, mediante símbolos y

gestos, en forma escrita, a través de la radio, el cine, el teatro, la televisión, etc." (69).

Esta lectura corresponde al art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (70), permitiendo extender el derecho de no censura a todas las situaciones previstas, aun cuando nos parece necesario establecer algunas distinciones operativas que veremos más adelante.

El problema estriba en saber el alcance que tiene, es decir, ¿es un derecho absoluto?, o ¿admite restricciones basadas en intereses superiores?. En su caso, ¿cuál es el límite de las potestades jurisdiccionales?.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación resulta expresiva del movimiento pendular en las ideas. En el precedente *Sanchez Sorondo* (71), se dijo que los eventuales excesos de la prensa no dan motivo para el cierre de los establecimientos editoriales, porque la Constitución ha proscripto el recurso de la censura previa, "prefiriendo correr el peligro del posible abuso de la libertad de imprenta".

De alguna manera, retornó a lo expresado *in re Calcagno,* donde se afirmó que "la verdadera esencia de este derecho radica fundamentalmente en el reconocimiento de que todos los hombres gozan de la facultad de publicar sus ideas por la prensa sin censura previa, esto es, sin el previo contralor de la autoridad sobre lo que se va a decir; pero no en la subsiguiente impunidad de quien utiliza la prensa como un medio para cometer delitos comunes previstos en el Código Penal" (72).

Sin embargo, en 1963 el tribunal aceptó la prohibición de venta y circulación de una novela que fue calificada como inmoral, sosteniendo que las buenas costumbres y el poder de policía del Estado, facultaban a obrar preventivamente (73); inclusive, en el caso *Verbitsky* (74), donde se ventilaba la posibilidad de publicar en la prensa una solicitada de apoyo a un ex dictador, se resolvió mantener el decisorio de la alzada (utilizó el standard de la actualidad del perjuicio) generando una censura encubierta.

En este fallo, la disidencia del Dr. Fayt nos permite trazar diferencias precisas para dar un rumbo adecuado a la problemática. Decía el eminente pensador que ilustra nuestra Corte actual, que no es conveniente confundir derecho de prensa con libertad de expresión, por cuanto la primera es una verdadera garantía constitucional y, como tal, goza de una posición de excepción, toda vez que la Ley Suprema de la Nación asegura su ejercicio sin censura previa, y prohibe al Congreso Nacional dictar leyes que lo restrinjan.

---

69. Bidart Campos, Germán J, *Tratado Elemental de Derecho Constitucional Argentino*, tomo I (El Derecho Constitucional de la Libertad), editorial Ediar, Buenos Aires, 1986, pág. 269.

70. "*1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección..."*

71. Fallos, 270:289

72. CS, octubre 30/967.

73. Fallos, 257:275, reiterado luego en 282:392 y 295:15.

74. CS, Junio 13/989

"*Esa área irrestricta e incoercible, sólo excepcionalmente limitada ante situaciones de emergencia nacional (art. 23, CN), impide la intromisión de las autoridades públicas, debiendo reconocerse como regla que cualquier restricción o censura previa tiene una fuerte presunción de inconstitucionalidad*" (75).

El nuevo pronunciamiento de la Corte, en la causa *"Servini de Cubría"*, pone de manifiesto el deber de los jueces de examinar aquellas hipótesis frente a las cuales el ejercicio de publicar las ideas no admite restricción alguna, y cuando existan situaciones que admitan establecer fronteras, "*valoración que no puede ser obviada sin abdicar de la jurisdicción, lo que está prohibido conforme lo dispone el art. 15 del Código Civil, en armonía con las garantías constitucionales de peticionar a las autoridades y del debido proceso consagradas por los arts. 14 y 18 de la Constitución Nacional*" (76).

4. La garantía y el derecho en la libertad de expresión.

La variable jurisprudencial tiene en el caso *Ponzetti de Balbín* (77) un hito fundamental para interpretaciones posteriores.

Allí quedó en claro el carácter garantista de la libertad de expresión sin censura previa, y los límites jurídicos del derecho de información respecto a la relación directa e inmediata que provoca con los derechos a la intimidad, el honor y a la propia imagen.

El juego operante de los arts. 14 y 32 respecto a los arts. 19 y 33 era marco propicio para sugerir conclusiones.

El "*derecho de prensa es elevado a la categoría de un derecho individual autónomo, la legislación sobre la prensa garantizó su ejercicio estableciendo criterios e inmunidades con el objeto de impedir la intromisión arbitraria del Estado tanto en la publicación cuanto a las empresas que realizaban la publicación, asegurando la libre iniciativa individual, la libre competencia y la libertad de empresa, considerados elementos esenciales para la autonomía humana*" (78).

Por su parte, la libertad de expresión e información no es absoluta en cuanto a las responsabilidades que el legislador puede determinar cuando existen abusos. En este sentido, la exclusión de la censura previa no exime la responsabilidad, ni tolera el delito en que se incurre bajo el manto protector de una garantía.

Ahora bien, consagrada la garantía y determinada las responsabilidades emergentes por el uso inadecuado o directamente abusivo, conviene observar las distintas formas como el derecho aparece operativo.

La no censura del art. 14 está dirigida a tutelar la libertad de expresión con el alcance omnicomprensivo que alertamos *ut supra*.

---

75. Considerando 15 del fallo precitado.
76. CS, setiembre 8/992,
77. Fallos, 306:1892.
78. Considerando 6 del fallo precitado.

Pero la no censura es la garantía; el derecho propiamente dicho como todos los demás esta sujeto a "las leyes que reglamentan su ejercicio".

Aparecen así, formas diversas de manifestar este derecho: *la libertad de expresar ideas, de publicarlas en la prensa o en cualquier otro medio de comunicación, la libertad de edición, y el derecho a la información (informar y ser informado)*.

Esta escala o graduación jerárquica, para utilizar el esquema propuesto por Ekmekdjian [79], va integrando la fisonomía de la libertad de expresión. Cada uno de ellos tiene asegurada la garantía de edición sin previa censura, pero este derecho no significa publicación (aun cuando la Constitución expresamente lo diga) únicamente, porque de otro modo, el derecho estaría vinculando sólo a las empresas periodísticas. El derecho es de todos los ciudadanos, y la posibilidad de ser oído esta implícita en la libertad de expresarse.

Ya la Corte ha dicho que *la garantía constitucional que ampara la libertad de expresarse por la prensa cin censura previa cubre a las manifestaciones vertidas a través de la radio y la televisión, en tanto éstas constituyen medios aptos para la difusión de las ideas* [80].

A su vez, el derecho de informar puede comprenderse desde una posición amplia que la ocupe dentro de la garantía de no censura, o bien, en interpretación más acotada que admite el control previo tendiente a impedir manifestaciones incompatibles con la dignidad individual de las personas, o que directamente expresen apología de delitos, o sean ellos mismos el medio delictivo (V.gr: calumnias e injurias) [81].

Por su parte, el derecho a ser informado exige que la comunicación sea fehaciente, precisa y veraz, admitiendo cierta vaguedad cuando ella no tiene finalidades dolosas. Es decir, toda persona tiene el derecho a informarse a través de los medios, debiendo éstos responder con lealtad a esa finalidad asociativa y cultural, porque de otro modo, cualquier información inexacta, que puede ser falsa o errónea, según haya o no mala fé del editor o su autor, origina responsabilidades y derechos de rectificación.

Los jueces tienen la posibilidad de interpretar el módulo donde se encuentran (subsunción de los hechos en la norma) y deducir desde allí las conclusiones consecuentes.

El particular, por su parte, cuenta con la posibilidad real de peticionar a las autoridades (derecho de acción) y formular pretensiones, las que en estos casos particulares, pueden ser preventivas (V.gr: medidas cautelares,

---

79. *Manual de la Constitución Argentina*, editorial Depalma, Bs. As., 1991, pág. 78; en la nota a fallo titulada: *Otra vez se enfrentan el derecho al honor y la libertad de prensa*, Rev. La Ley, del 1/9/92.

80. Fallos, 282:392 consid. 3

81. En el caso *Servini de Cubria*, la Corte fija su posición, reafirmando el criterio absoluto que tiene la libertad de expresión sin censura previa, indicando el voto del Dr. Petracchi que *"debe juzgarse que resulta contraria al Pacto de San José de Costa Rica (art. 13) y a la Constitución Nacional (art. 14), toda sentencia que impida, incluso con carácter preventivo o cautelar, el ejercicio del derecho de expresión, a fin de evitar daños a la honra o reputación de personas"*.

demandas dirigidas a lograr el cese del acto, la abstención de editar o la inhibición directa sobre la edición, circulación o distibución del medio).

En este mismo campo juega el derecho a réplica recientemente reconocido por la Corte Suprema [82], entendiendo que implica permitir la respuesta o rectificación al directamente aludido, sin que por ello quede implícitamente autorizado, abrir un debate en el cual cada habitante de la Nación pueda rebatir las ideas expuestas en un medio de difusión.

5. La censura previa y el control judicial.

En *Ponzetti de Balbín*, el Ministro Petracchi señala una conclusión que define la modalidad interpretativa del derecho: *El derecho de prensa no es absoluto, a condición de que esto se entienda bien. Tiene un aspecto que sí es absoluto e insusceptible de reglamentación: la prohibición de la censura previa que es la esencia misma de la garantía*.

Si tenemos en cuenta esta pauta, y la sumamos en sus términos al art. 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, quedará en evidencia que la prohibición de previa censura comprende a todo el derecho de información, sin importar las formas como llegue al público.

El control preventivo que los jueces pueden ejercer, sea a través de medidas cautelares, o por las demandas directas que se formulen, los pone ante una grave encrucijada, porque han de ponderar la suficiencia de los derechos en juego frente a la supremacía de los intereses que consideren más importantes.

Leyendo únicamente la Constitución Nacional, un juez exgético diría que la no censura sólo garantiza la libertad de prensa, sobre todo si recordase la inspiración que tuvieron los arts. 72 y 85 de la Carta Magna cuando priorizan la transparencia de los actos políticos que deben publicarse en los periódicos.

En cambio, quien la interpreta asociada con los demás derechos que consagra, advertiría sin hesitación que la no censura ocupa también a los derechos establecidos en el art. 13 de la Convención Americana, porque ellos no son derechos extraños, sino normativas precias que se han incorporado a nuestro derecho interno a partir de la Ley 23.054 [83].

Ahora bien, tenemos por cierto que la función jurisdiccional exige observar tres cometidos principales para dar efectividad a su servicio: 1- resolver los conflictos entre los hombres o entre éstos y los derechos cuya declaración requiere para obtener un determinado estado jurídico (V.gr: calidad de heredero, autorización para contraer matrimonio, etc.); 2- Controlar la razonabilidad de los actos de gobierno a través de las declaraciones de ilegitimidad que correspondiesen cuando las resoluciones administrativas sean arbitrarias; y 3- Controlar la constitucionalidad de las leyes, incluso de oficio.

Cuando de interpretar se trata, rol trascendente y específico de todo magistrado, el problema asienta en los efectos que continúan a la decisión

---

82. CS, Julio 7/992, *in re: Ekmekdjian, Miguel A. c/ Sofovich, Gerardo y Otros*.

83. El Pacto de San José de Costa Rica, específicamente en su art. 13, resulta reconocido en su absoluta dimensión, en el fallo de la Corte Suprema citado anteriormente.

judicial. Es posible que los valores analizados no tengan la misma recepción subjetiva en un juez respecto a otro. Que la misma situación encuentre perspectivas diversas entre ellos.

En nuestro país dichas ambivalencias son continuas y, en materia constitucional, es posible constatar como el derecho de propiedad siempre tiene matices que lo diferencian en una u otra situación; que el derecho de enseñar y aprender, a pesar de su naturaleza operativa, repliega cuando de reglamentaciones se habla; qué decir que los derechos nuevos entrazados a partir de la emergencia del Estado que, *mutatis mutandi*, protegerían la República a partir de inconstitucionalidades manifiestas.

En fin, la necesidad de interpretar y resolver en situaciones concretas es el norte a seguir, muy a pesar de quienes se apegan a la idea de formular tendencias generalizantes desde la proyección del caso.

6. La privacidad ante el derecho de informar

De lo que sencillamente venimos explicando puede encontrarse una primera conclusión: la no censura del art. 14 de la Constitución Nacional refiere a todos los derechos establecidos en el Pacto de San José de Costa Rica; de modo tal que, sin necesidad de aclararlo, está consagrada la libertad de pensamiento y expresión, sin censura previa, pero sometida a responsabilidades ulteriores.

Sin embargo, la ausencia de controles preventivos obliga al intérprete a obrar con precaución, toda vez que se mueve en arenas muy inestables y ante un derecho fundamental, encuentra otro de la misma importancia que lleva a la imperiosa necesidad de equilibrar sus realidades.

El derecho a la intimidad es un derecho fundamental, en esto no hay dudas. Podría hablarse también de la dignidad humana, en cuyo caso la garantía constitucional tiende a tutelar el derecho de la persona a no ser objeto de ofensas o humillaciones, condición demasiado subjetiva para leerla con una letra común.

Es evidente, y en esto coincide perez luño, que la formulación moderna del derecho subjetivo surge como un intento de ofrecer un cauce técnico para el pleno ejercicio del dominio y disfrute de las cosas objeto del derecho de propiedad [84], y allí fueron instalados los derechos personalísimos.

Pero cuando la intimidad se eleva a una jerarquía inédita, y aun respetando aquellas opiniones que la entronizan como valor superior de naturaleza fundamental, creemos a nadie escapa que, como derecho resultante, requiere también de específicas atenciones, porque debe comprobarse en que casos esa intimidad, ese derecho a estar a solas es violado ilegítimamente, y cuando se lo utiliza como excusa o coartada para burlar derechos de idéntica naturaleza constitutiva.

Un autor italiano destaca que la privacidad no tiene una figura precisa que lo señale sin ambigüedades, porque tiene matices que van desde la

---

84. Cfr. Perez Luño, Antonio E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 4a. editorial Tecnos, Madrid, 1991, pág. 320.

soledad o ausencia absoluta de compañía, pasa por la *intimidad* en la que el individuo, sin hallarse aislado, se encuentra reducido en sus relaciones sociales y familiares sin interés en ampliarla; sigue por el *anonimato*, problema del hombre público que quiere conservar parte de ese derecho de soledad; y termina con la *reserva*, que consiste en la creación de una barrera psicológica frente a intrusiones no deseadas [85].

Basados en estas cuestiones se colige que quien anticipe conclusiones necesita conocer el caso en profundidad. Nunca podría afirmarse que existe potencial peligro para la intimidad cuando el análisis es meramente superficial, conjetural e hipotético, que es el marco de atención específico que permiten las medidas cautelares.

La dificultad para intelegir en estos términos, surge cuando advertimos que nuestra legislación no cuenta con acciones de interdicción, preventivas o directamente inhibitorias, de modo tal que el único camino posible lo da el proceso cautelar, o la acción de amparo con las dificultades que porta su pretensión constitucional.

En todos los casos, habrá siempre una gran dosis de apreciación personal sobre las circunstancias. Los riesgos inminentes son aquellos consecuentes del *juez legislador*, y los más graves son los que indican la absoluta inatención del fallo con las necesidades acucientes de la sociedad.

La responsabilidad social del juez no puede quedar sin advertencia, porque la magistratura debe ser reflejo de las preocupaciones comunitarias, so riesgo de caer en aquella situación tan nefasta que habló de los *jueces fugitivos de la realidad*.

Concluyendo, si referenciamos el caso *Servini de Cubría*, con los dichos expuestos obtendríamos un argumento diferente.

En efecto, la Cámara sostiene que nuestro país cuenta con acciones *de cese o abstención y de inhibición*, que toman rumbo a partir de las medidas cautelares, por lo cual, cuando estas tienden a impedir el abuso o violación de la intimidad que posiblemente genere un medio de comunicación, en ejercicio del art. 1071 del Código Civil sostenido por el art. 19 de la Constitución Nacional, pueden impedir la publicación ofensiva, potencialmente peligrosa para el honor de la persona.

Sin embargo, tal lectura privilegia intereses distintos cuya naturaleza fundamental no tienen el mismo desarrollo y progreso intelectivo.

La no censura del art. 14 CN es una garantía absoluta, y como tal, no puede vulnerarse por mecanismos procesales de carácter sumario (por la limitación absoluta del conocimiento y la urgencia con que debe analizarse).

Frente a ella, el derecho de intimidad admite un claro sostenimiento doctrinario que respetamos y compartimos, pero no es un derecho cercenatorio de otros, en tanto admite reparación ulterior, y así lo ha consagrado la jurisprudencia superior de nuestro país a través de los mismos pronunciamientos que se han citado como fundantes.

---

85. Frosini, Vittorio: *Il diritto nella società tecnologica*, editorial Giuffrè, Milano, 1981, pág. 279.

Afortunadamente, la revisión efectuada por la Corte en el asunto comentado, ha trazado el rol jurisdiccional evitando complejidades que tornen figuras de jueces-legisladores.

ACERCA DE LA POSIBILIDAD DE EXTENDER LOS EFECTOS DE LA PROHIBICION DE INNOVAR A PROCESOS CONEXOS

Comentario a Fallo

1. Una de las mayores complejidades que ocupa el tema de las medidas cautelares estriba en la autonomía que tiene cada una de ellas respecto al proceso principal.

En efecto, cuando la doctrina debate tal problemática, surgen opiniones encontradas que pendulan entre sostener la finalidad puramente instrumental (asegurar el resultado práctico de la sentencia), y las bondades que reportan para la seguridad y eficacia de la justicia (ejecución de las sentencias que permite cumplimentar el mandato jurisdiccional).

El tema, naturalmente polémico y posiblemente complementario entre ambas posiciones, no esconde una realidad elocuente que surge de la praxis.

Las medidas cautelares, aun pudiendo acreditar o perseguir intereses propios ajenos a la finalidad del proceso principal, tienen, no obstante, un carácter instrumental que sirve a una situación desenvuelta sin la que no podría lograr eficacia propia.

Es decir, "la finalidad de la actividad cautelar está ordenada exclusivamente en función del posible cumplimiento de la sentencia que se dicte en un proceso, lo cual afirma el carácter instrumental de la actividad cautelar que no puede existir de ninguna manera por sí misma, sino que debe referirse necesariamente a un proceso actual o promoverse dentro de un lapso determinado no tiene razón de ser" ([86]).

2. La prohibición de innovar participa de este carácter accesorio, y está expresamente dicho en el inciso 2º del artículo 230 cuando expresa que *(para que se pueda decretar es necesario que...*) "*existiere el peligro de que si se mantuviera o alterara, en su caso, situación de hecho o de derecho, la modificación pudiera influir en la sentencia o convirtiera su ejecución en ineficaz o imposible*".

De esta forma, la medida tiende a regresar al tiempo originario donde se plantean pretensiones y resistencias, pues si la sentencia va a declarar derechos que consagraran nuevos derechos en la relación jurídica trabada, es necesario y congruente, evitar que con maniobrar dirigidas de las partes, pudieran evitarse consecuencias negativas surgidas en el desarrollo del proceso que, posteriormente, eviten la ejecución procesal o tornen ilusorio el cumplimiento efectivo del mandato jurisdiccional.

---

[86]. Cfr. Di Iorio, Alfredo J., *Temas de Derecho Procesal*, capítulo III: Teoría General de las Medidas Cautelares, editorial Depalma, Buenos Aires , 1985, pág. 91.

Por ello, la prohibición de innovar se funda en el principio de inalterabilidad de la cosa litigiosa y tiende a impedir que las partes innoven en situaciones de hecho o de derecho existentes al iniciarse la controversia (*lite pendente nihil innoveatur; omnia in sue statud esse debent res finiautur* reza el título VII de la Partida 3º); la medida propone, pues, asegurar un efecto típico de la sentencia, cuál es su retroactividad al tiempo de la demanda.

3. Ahora bien, la naturaleza jurídica de esta medida cautelar muestra su condición residual y contingente, al proceder únicamente cuando "la cautela no pudiere obtenerse por medio de otra media precautoria", y ser generalmente posterior al inicio del proceso, es decir, suple la inoficiosidad de otras acciones precautorias y queda supeditada a un litigio en curso.

Tal marco conceptual impide extender la medida a un juicio diferente, porque ella no puede interferir en las decisiones que adopta otro juez.

La imposibilidad de interferencia en el poder jurisdiccional de otro se consagra con un límite a las facultades del juez y como un orden superior en la salvaguarda del derecho al debido proceso.

Morello, Sosa y Berizonce, han dicho que "vedar" a priori la posibilidad de promover una eventual demanda a dirigirse contra los peticionantes de tal medida, representaría un arma excesiva o de ejercicio abusivo (arts. 1071 y 1198 ap. 1º del Código Civil) ([87]).

En nuestra opinión, la valla es prudente siempre y cuando entre los procesos no exista conexidad, porque si entre el que tiene la medida decretada y aquél que pretende obtener la extensión existe algún punto de conexión o complemento, la cautelar podría aplicarse sujeta a pocas, pero precisas y necesarias condiciones.

4.- La conexidad necesaria reconoce algunos precedentes donde se admitió la extensión de la medida.

Por ejemplo, la Cámara 1º de apelaciones en lo Civil y Comercial de La Plata, sostuvo en la causa 181.459 que".... *si ambos procesos derivan del mismo negocio jurídico, si en uno de ellos se declaró la rescisión de la compraventa, no puede admitirse la entrega del inmueble si correspectivamente no se restituye el precio percibido por el vendedor, siendo procedente en tales circunstancias la medida de innovar hasta tanto tenga lugar dicho pago; y a lo que no obsta la circunstancia de que la solicitud de entrega de la cosa haya sido formulada en otros autos*" ([88])También "*si el cónyuge que pide la nulidad de la escritura que sirvió de base a la ejecución hipotecaria no fue condenado, en ésta, y su intervención se aceptó en calidad de tercero desestimándose su pretensión nulitiva por exceder el marco limitado y compulsorio del ejecutivo, procede la medida innovativa en el citado hipotecario, toda vez que de*

---

87 Cfr. *Códigos Procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación*, editorial Platense-Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1986, tomo II-C, pág. 957.

88 Cfr. Morello-Sosa-Berizonce, ob. cit., pág. 969

continuarse el mismo con subasta ya decretada, y progresar el ordinario, la sentencia favorable que lograría ser de imposible cumplimiento" ([89]).

5. Dicha conexión entre los procesos es imprescindible para habilitar, extraordinariamente, la intromisión de un juez en el campo de las decisiones jurisdiccionales de otro, pues estando ella ausente, estaríamos en la certeza de vulnerar el derecho de recurrir al órgano constitucional genuino, o dándole a otro magistrado facultades de revisión que no posee, tal como lo indica el fallo que comentamos.

Esta proximidad en las decisiones paralelas que interfieren en uno y otro proceso debe analizarse no desde el terreno de la superficialidad que ordena el tratamiento para la admisibilidad de las medidas cautelares (verosimilitud del derecho y peligro en la demora), porque la importancia de la providencia a ordenar proyecta sustancialmente los efectos del proceso donde se pide.

Si bien es cierto que para dictar medidas precautorias no se requiere más argumento que la fundamentación del *fumus bonis juris* y *el periculum in mora*, también lo es que este marco se reporta para el proceso donde han de ordenarse; circunstancia que se modifica cuando esa decisión toma cuerpo en extensiones que afectan la conexidad a otros procesos vinculados.

Este acreditamiento previo obliga quien solicita la precautoria a demostrar más que la verosimilitud, para decir donde está el perjuicio imposible de reparación ulterior si no se ordena la medida tal como lo peticiona.

Igual confirmación argumental debe tener el peligro en la demora, por idénticas razones. De suyo, la medida procederá mediante la pertinente contracautela.

En suma, reconocemos la excepcionalidad de la medida prohibitiva hacia otros juicios, pero admitimos su operatividad por razones de equidad y eficacia en el servicio jurisdiccional.

JURISPRUDENCIA

CNCiv., sala A. marzo 15-1994.-Vaserman, Olga c. Vaserman, Ana Sofía s/ nulidad de acto jurídico.

Buenos Aires, marzo 15 de 1994.- Y Vistos y Considerando: I La prohibición de innovar -que es lo que se pretende con lo solicitado a fs. 15 vta. punto 3 - apunta a la preservación de una situación de hecho o de derecho existente en un momento procesal determinado, pero de ningún modo constituye la vía idónea para evitar la promoción o prosecución de otras causas, aunque posean actual o eventual incidencia sobre el objeto del juicio en el que se pide la medida, ya que de lo contrario, se violaría el derecho de índole constitucional de ocurrir ante el órgano jurisdiccional(CNCiv., esta sala , agosto 19-1982, "Cuero

89. Cfr. C. 1º de apelaciones en lo Civil y Comercial de San Martín, Sensus, vol. XI, pág. 184.

S.A. c. Beniluz, David s/ reajuste de convenio", R. 283.393; Id., "Guerra de Brufal, Lucía R. c. Guerra, Elba Raquel s/ simulación", R. 17.841, noviembre 5-1985, DE, 122-653.) CNCiv., esta sala , agosto 19-1982, "Cuero S.A. c. Beniluz, David s/ reajuste de convenio", R. 283.393; Id., "Guerra de Brufal, Lucía R. c. Guerra, Elba Raquel s/ simulación", R. 17.841, noviembre 5-1985, ED, 122-653.) o se le estarían reconociendo a un magistrado facultades de revisión de la actividad jurisdiccional de otro, que nuestro ordenamiento jurídico no le otorga (Aquillo, Jorge F., "Prohibición de Innovar", Ed Abeledo-Perrot, pág. 56; CNCiv., esta sala, R. 132.173 del 27/10/93).

En virtud de ello, no resulta admisible en la especie, la pretensión de la parte actora de lograr, mediante la medida cautelar peticionada, la suspensión del juicio caratulado "Vaserman, Ana Sofía c. Vaserman, Olga Paula s/ cobro de sumas de dinero", que tramita por ante el Juzgado Nº 60 del Fuero.

II. A mayor abundamiento, cabe destacar que, como es sabido, la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora constituyen los requisitos específicos de fundabilidad de la pretensión cautelar y, junto con la contracautela, configuran la tutela precautoria en nuestro régimen procesal.

Respecto del primer recaudo, reiteradamente se ha sostenido que es menester partir de la base de que la precautoria a dictarse debe significar un anticipo asegurativo de la garantía jurisdiccional, para impedir que el derecho cuyo reconocimiento se pretende obtener a través del proceso, pierda su virtualidad o eficacia durante el lapso que transcurre entre su iniciación y el pronunciamiento de una sentencia definitiva (CNCiv., esta sala, R. 33.563 del 27/10/87; Id. R. 36.643 del 19/5/88; Id. R. 45.275 del 9/10/89; Id. R. 103.228 del 6/12/91). CNCiv., esta sala, R. 33.563 del 27/10/87; Id. R. 36.643 del 19/5/88; Id. R. 45.275 del 9/10/89; Id. R. 103.228 del 6/12/91)

De allí que, dadas las características del procedimiento cautelar, no puede pretenderse un conocimiento exhaustivo y profundo de la materia controvertida en el principal, sino sólo uno periférico o superficial, encaminado a obtener un pronunciamiento de mera probabilidad acerca de la existencia del derecho discutido.

Requiérase, en síntesis, la comprobación de la apariencia o verosimilitud del derecho invocado por la actora (fumus boni iuris), en forma tal que, de conformidad con un cálculo de probabilidades, sea factible prever que en el proceso principal pueda declararse la certeza de ese derecho. No se trata de exigir, a los fines de esa comprobación, una prueba plena y concluyente, empero es necesario como mínimo, un mero acreditamiento que, tal como se puntualizara en la instancia de grado a fs. 21, no se encuentra debidamente cumplido en el sub examine.

Por lo precedentemente expuesto, fácil resulta concluir en la confirmación del decisorio recurrido, que denegara la cautelar

peticionada por la parte actora, debiendo puntualizarse asimismo que tampoco puede tener favorable acogida la “invitación” a suspender el procedimiento sugerida a fs. 20 vta., por cuanto tal proceder importaría interferir la esfera de actuación del magistrado interviniente en el expediente mencionado.

Por estas consideraciones, se resuelve: Confirmar lo resuelto a fs. 16 vta. in fine. Devuélvase, haciéndose saber que en primera instancia, deberá notificarse conjuntamente la recepción de las actuaciones y el presente pronunciamiento. *-Hugo Molteni.- Jorge Escuti Pizarro. - Ana María Luaces.*

LAS RESPONSABILIDADES EMERGENTES DE LA PERDIDA O EXTRAVIO DEL EXPEDIENTE JUDICIAL

Sumario: 1. Régimen legal; 2. El expediente judicial. Su valor y custodia; 3. El préstamo del expediente y los desgloses; 4. Consulta del expediente; 5. Pérdida o extravío del expediente. Responsables; 6. La reconstrucción del proceso penal; 7. Conclusiones.

1. Régimen legal.

El capítulo IV del Título III correspondiente al Libro I del Código Procesal, establece distintas disposiciones tendientes a reglamentar el préstamo, devolución y reconstrucción de expedientes judiciales.

En cuanto interesa a este estudio, está en claro que "si se comprobase que la pérdida del expediente fuere imputable a alguna de las partes o a un profesional, estos serán pasibles de una multa..." (art. 130, CPC). La norma nada dice respecto a la probable "pérdida o extravío" causado por el mismo órgano jurisdiccional, ni las consecuencias que ello importa.

En la provincia de Buenos Aires, la Resolución 854/73 (sobre Reglamento de Consulta, préstamo y extravío de expedientes) en su art. 6.1 aclara que si desaparece un expediente, el Secretario debe comunicarlo dentro de las 24 hs. al Juez a efectos de que proceda a poner en conocimiento de ello a la Superintendencia de la Suprema Corte.

A continuación, el art. 6.2 agrega que "en los casos en que la verificación -de la pérdida- se produzca con motivo del requerimiento de parte, por pedido de búsqueda, la comunicación deberá efectuarse simultáneamente con la certificación de que el expediente no se ha habido".

La omisión de comunicarlo constituirá falta grave para el funcionario (6.3).

De su parte el Reglamento para la Justicia Nacional en lo civil establece en el art. 245 que "por superintendencia se llevará un registro de expedientes extraviados en el cual se hará constar, cuando pueden ser individualizados, el nombre y domicilio de las partes interesadas y el de los profesionales intervinientes. A tal fin, los juzgados, a través de sus Secretarios, pondrán en conocimiento de la Cámara las providencias que dispongan la búsqueda o reconstrucción de expedientes dentro del quinto día, indicando la carátula y las demás referencias mencionadas en el apartado anterior, de no hacerlo incurrirán en falta grave".

Otras legislaciones son minuciosas al referir los modos como se desenvuelve el préstamo de las actuaciones judiciales (V.gr: Código procesal civil y comercial de la provincia de Córdoba -arts. 103 a 114-), pero dejan latente la posibilidad de extender la responsabilidad a quien cause la

desaparición (por ejemplo, el art. 57 del Código adjetivo de la provincia de Santa Fe reglamenta que podrá arrestarse al culpable del extravío, poniéndolo a disposición de la justicia criminal).

Es también el caso de la provincia de Buenos Aires, por cuanto su máximo tribunal a través de la resolución 854/73 dice que "los secretarios, jefes de archivo o de la oficina respectiva, son responsables de las mutilaciones, alteraciones o pérdidas de los documentos que estuvieren a su cargo, salvo que se comprobara la acción directa y dolosa de terceros, en cuyo caso, la responsabilidad penal será de éstos. Por el extravío de cada expediente cuyo paradero no justifiquen, incurrirán en multas de pesos....., sin perjuicio de que instruida una información sumaria se sancione del mismo modo la inconducta del profesional si hubiere contribuido a su pérdida, siendo exclusiva la responsabilidad del empleado o funcionario si se demostrare que obró con negligencia. La reiteración que a juicio del Tribunal o Juez en sus respectivas jurisdicciones, no lleven al doble de la multa sin exceder su máximo, importará la pérdida del empleo o cargo que deberá decretarse con intervención de las autoridades competentes. Todo ello sin perjuicio de la facultad sancionatoria conferida a los señores jueces por el art. 67 de la Ley 5827" (Cfr. arts. 228, Ley 5177 y 67, Ley 5827).

2. El expediente judicial. Su valor y custodia.

Según Palacio "denomínase expedientes a los legajos de foliatura corrida que se forman mediante la agregación cronológica de los escritos, documentos, actas y demás diligencias producidas por los sujetos del proceso, sus auxiliares y los terceros" ([90]).

La caracterización es útil a los fines de comprender la importancia que tienen estos cuerpos al compilar, nada menos, que todas las actuaciones procesales que suscita la controversia o la petición de partes e interesados en la declaración jurisdiccional.

Precisamente, el art. 979 inciso 4 del Código Civil los entiende como instrumentos públicos, con los alcances que ello supone en cuanto a la eficacia y validez que cobran las declaraciones allí contenidas.

De allí que cada vez que se inicia un proceso sea preciso formar su cuerpo material. El será, justamente, la forma externa como se representarán esas actuaciones sucesivas que irán desenvolviendo los hechos y actos naturales de todo conflicto.

Existe una clasificación funcional bastante simple en esta mecánica, por la cual se habla de *expedientes principales* y *expedientes accesorios*, según compilen obrados que ventilan la cuestión principal o refieran a otras que deben, posteriormente, anexarse a aquellas (V.gr: incidentes, cuadernos de prueba, prueba en jurisdicción extraña, etc.).

Asimismo, no debe provocar confusión la única sentencia que se dicta en los procesos acumulados, porque ello supone tantos expedientes como

---

[90] . Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1977, pág. 108.

causas simultáneas existan, con la particularidad que para todas habrá un único pronunciamiento.

El Reglamento para la Justicia Nacional expresa en el art. 54 que "los expedientes serán compaginados en cuerpos que no excedan de doscientas fojas, salvo los casos en que tal límite obligara a dividir escritos o documentos que constituyan una sola pieza. Se llevarán bien cosidos y foliados, con exclusión de broches metálicos, y estarán provistos de carátula en que se indique el nombre de las partes, la naturaleza del juicio, el tomo y folio de su registro y el año de su iniciación. Cuando los litigantes fuesen más de uno por parte, la carátula podrá limitarse al nombre del primero de ellos con el agregado "y otros".

A su vez, el art. 136 menciona los libros que deben llevarse en cada secretaría de los juzgados nacionales, de los que interesa destacar el llamado "de entradas y salidas de expedientes" y "de recibos de expedientes", porque a través de ellos se conoce la radicación.

Además, son exigencias comunes las del foliado (vértice superior derecho en los expedientes principales, y al pie centrado, en los cuadernos de prueba); el cargo en los escritos que se presenten o documentos que se incorporen; el control sobre el contenido lícito de los escritos (posibilidad de repelerlos o testarlos cuando contengan expresiones indecorosas u ofensivas); entre otras dirigidas a la debida instrumentación de las actuaciones procesales.

La custodia del expediente corresponde "al jefe de la oficina donde estuvieren", según indica el art. 68 del Reglamento para la Justicia Nacional (1a. Parte). Por su parte, el art. 1.1 de la Resolución 854/73 de la Suprema Corte Bonaerense dispone que "los documentos e instrumentos judiciales desde el momento de su presentación, quedarán bajo la custodia y responsabilidad del Secretario de Actuación, Jefe de Archivo o de la oficina respectiva" (ídem, art. 225, Ley 5177).

En Santa Fé, la Ley Orgánica de los Tribunales establece como *deber de los secretarios* "...custodiar los documentos y expedientes a su cargo y llevar los libros que establecen las leyes y reglamentos", agregando en el art. 142 que "la falta de cumplimiento a las obligaciones impuestas por el presente capítulo, hará a los secretarios directamente responsables de los daños que se originen y, sin perjuicio de las sanciones penales en que pudieren incurrir, podrán ser corregidos disciplinariamente por los superiores jerárquicos, considerándose la reincidencia como falta grave a los efectos de la destitución" ([91]).

De lo expuesto se colige que la conservación, organización, preservación y custodia del expediente es tarea y deber del Secretario, aún en los casos en que las actuaciones fueran remitidas a otra oficina, porque el requerimiento y conminación para retornarlos es propio de su oficio.

En tal sentido deben llevar un libro o registro donde asentar los recibos de expedientes que salgan en traslado, vista o estudio; así como de los obrados que se encontraren en estado de dictar sentencia.

---

91. Ver al respecto el elaborado estudio de Alvarado Velloso, Adolfo, *Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1987, pág. 54.

Esta asignación directa de responsabilidad comprende los supuestos de pérdida, mutilaciones o alteraciones del expediente (Cfr. art. 163 incisos 4 y 6 de la ley 1893), pero con la diferencia de que si ocurren algunos de estos supuestos, la responsabilidad puede extenderse a los jefes de las dependencias donde se origine el vicio (V.gr: Ministerios Públicos o Cuerpos técnicos periciales).

No obstante, es corriente que el Jefe de Mesa de Entradas colabore con el Secretario en funciones tales como el cuidado y conservación de los expedientes, libros y toda otra documentación correspondiente a esa dependencia; signa con sus iniciales el cargo que se pone en los escritos que se presentan; en la confección de legajos de paralizados y de causas en estado de perención; la información al letrado e interesados sobre el estado procesal y movimiento de la causa; etc. (Cfr. art. 5.1, 5.2 de la Resolución 854/73, citada).

Por tanto, la responsabilidad se difumina ante los casos comentados. No obstante lo cual se trata de una delegación funcional, que se ha interpretado objetivamente, es decir, manteniendo la responsabilidad en el Secretario del Juzgado (art. 225, Ley 5177).

Es que la inconducta del personal debe también sancionarse cuando ella contribuye a la pérdida de las actuaciones, sin que libere la obligación de custodia que pesa en el funcionario principal, salvo que se pruebe la responsabilidad exclusiva del empleado (Cfr. art. 228, Ley 5177).

3. El préstamo del expediente y los desgloses.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación enumera las veces que puede salir en préstamo el expediente, a saber: a) para alegar de bien probado en el juicio ordinario; b) para practicar liquidaciones y pericias; partición de bienes sucesorios; operaciones de contabilidad; mensura y deslinde; división de bienes comunes; cotejo de documentos y redacción de escrituras públicas; c) cuando el juez lo dispusiere por resolución fundada.

El principio general imperante ordena que las actuaciones permanezcan en el Juzgado, por una elemental razón de orden y seguridad, porque lo contrario evita el trámite normal y propende a los extravíos ([92]).

La estructura actual de nuestro sistema de procedimientos, unido a la burocrática e incómoda forma de reunir los expedientes en casilleros que controla el jefe de Mesa de Entradas de la Secretaría, determina cierto anacronismo de esta regulación positiva.

En efecto, es cierto que mientras se mantenga el proceso escrito donde la prueba se produce luego de una etapa bastante lenta, fatigosa y con innumerables acontecimientos que hieren los principios, otrora pensados en los arts. 364, 368, 375, 377, 384, entre otros destinados a concentrar y acelerar la vía de demostraciones, la posibilidad de retirar el expediente para estudiarlo y emitir el alegato es una suerte profesional que destaca el ejercicio de una

[92]. Morello, Augusto Mario - Sosa, Gualberto Lucas - Berizonce, Roberto Omar, *Códigos procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación*, tomo II-B, editorial Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1985, pág. 625.

buena defensa. No obstante, sería mucho mejor pensar en la inutilidad de recurrir a ella, si la prueba se produjese toda en una audiencia única.

Asimismo, las previsiones tenidas en cuenta para llevarse el expediente en cuestiones por demás complejas, o cuando el juez lo decide fundadamente, no admite reparos de orden formal porque las situaciones justifican el retiro.

En cambio, el desglose de documentación o escritos exige una práctica mas acomodada a la realidad como se lo practica.

En los hechos cotidianos ocurre que tal proceder se efectúa, previa autorización del juzgado, mediante la anotación en la causa de las piezas desglosadas y con la firma de la persona autorizada al retiro. No quedan copias, salvo que se trate del poder de actuación en juicio, porque sólamente en este caso, el Reglamento para la Justicia Nacional requiere que "los desgloses de poder en los juicios en trámite, deberán hacerse con transcripción íntegra de ellos en los autos" (art. 49).

El problema se origina cuando el expediente se pierde y resulta precisa su reconstrucción, porque puede darse el caso de que quien haya desglosado, niegue el hecho o imposibilite recuperar las piezas extraídas.

Ante probables reiteraciones conviene recordar la vigencia de la Acordada de la Corte Nacional ([93]), que dispone lo siguiente: 1) los magistrados en la primera providencia de escritos con los que se acompañen documentos, deberán disponer el desglose de éstos para ser reservados en Secretaría. Podrá prescindirse de la reserva cuando se trate de documentos otorgados por duplicado, o la obtención de otro ejemplar no estuviere supeditada a la voluntad de la parte contra la que el documento se invoca, o de terceros; 2) Los Secretarios harán constar, mediante nota asentada en el expediente, el cumplimiento de la disposición a que se refiere el artículo anterior; 3) Las partes deberán acompañar copia fotográfica simple -firmada- de los documentos que se presenten, la que se agregará a los autos en el lugar correspondiente al original. A pedido de parte y con carácter de excepción podrá prescindirse, mediante orden judicial, de la agregación a que se refiere este artículo (obedece a los supuestos de copias de dificultosa o imposible reproducción); 4) Los documentos originales se reservarán en lugar que asegure su debida custodia; 5) Corresponderá a cada tribunal organizar el procedimiento de ordenación y control de los documentos reservados, en forma que haga posible su inmediata ubicación; 6) Los documentos quedarán reservados en el tribunal en que la causa haya quedado radicada, y sólo se remitirán, sin agregárselos al expediente, a los tribunales de las instancias superiores o al Ministerio Público, cuando fueren requeridos por éstos. En tal caso deberá especificarse en el recibo la cantidad de documentos enviados y su carácter. Asimismo, los documentos originales podrán ser entregados a los integrantes de los cuerpos técnicos periciales y peritos oficiales; 7) A pedido de parte, o de oficio, podrá disponerse la reserva de otras actuaciones cuya guarda se estime conveniente; observándose el procedimiento señalado en las disposiciones precedentes; 8) La agregación al expediente de los documentos o actuaciones reservados, se ordenará cuando se disponga la paralización o archivo de los autos, asentándose la nota correspondiente por el Actuario; 9)

---

[93] . Ver Fallos, 244:142

Los tribunales deberán adoptar las medidas conducentes para el efectivo cumplimiento de la disposición del art. 63 del Reglamento para la Justicia nacional (revisación de expedientes por interesados); 10) La reserva a que se refiere la presente Acordada se dispondrá respecto de los documentos que se presenten a partir del día 1 del entrante mes de agosto, sin perjuicio de aplicársela a documentos agregados a expedientes en trámite, cuando el tribunal lo resuelva o lo solicite cualquiera de las partes (94).

4. Consulta del expediente

El principio de publicidad que orienta el proceso civil determina el grado y alcance de conocimiento que la comunidad puede tener sobre cualquier litigio. Es de alguna manera, un medio eficaz para controlar la función jurisdiccional y propicia un acercamiento de la sociedad a los problemas del conjunto.

La oralidad, sin lugar a dudas, es el sistema donde mejor se alcanza esta premisa, sin perjuicio que el código procesal otorgue un carácter predominantemente publicista que tiende a las manifestaciones de ese carácter, sin restricciones de acceso ni coacción de la libertad de información. Claro está que, como tantas otras disposiciones rituales, los hechos lo convierten en un sofisma y en una prédica que no se congratula con las realidades del proceso actual.

Los expedientes judiciales (y los administrativos que a él se incorporen como pruebas documentales) pueden ser consultados por las partes cuando lo requieren personalmente, o a través de sus abogados, procuradores o mandatarios; también lo pueden requerir aquellas personas que tengan designación para actuar en el proceso, como resulta el caso de los peritos, escribanos, funcionarios del Ministerio Público o Defensores oficiales. Asimismo, pueden consultar las actuaciones quienes comprueben ser empleados permanentes del abogado o procurador a través de las respectivas credenciales que aportan los colegios profesionales.

Situaciones particulares se dan cuando se permite revisar el expediente a los alumnos universitarios autorizados por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales con fines de estudio (Cfr. arts. 229 y 230 de la 5177 -Pcia. de Bs. As.-) y a los periodistas autorizados con motivo del fallo definitivo de la causa (Cfr. art. 63 inciso c del Reglamento para la Justicia Nacional).

Cuando se trata de expedientes reservados sólo las partes y sus abogados pueden acceder a las actuaciones, al igual que en aquellos obrados donde se traten cuestiones de derecho de familia o el juez las reserve por circunstancias debidamente fundadas.

La reglamentación bonaerense agrega que las personas no comprendidas en la enumeración que efectuamos, "serán consideradas como extrañas a la actividad judicial, y no podrán retirar o recibir los documentos o instrumentos ..." sobre los que venimos haciendo referencia.

---

94. Cfr. Palacio, ob. cit., págs. 111/112.

En materia penal el Reglamento para la Justicia Nacional establece que no podrán ser revisados los sumarios criminales por persona alguna que no sea el defensor o el mismo interesado.

5. Pérdida o extravío del expediente. Responsables.

De acuerdo con las disposiciones comentadas, la práctica habitual en el ejercicio profesional y modalidades intrínsecas en el desenvolvimiento de cada juzgado, la custodia del expediente reconoce un principal responsable en el Secretario del juzgado, y en menor medida, en el Jefe de Mesa de Entradas.

Ante la pérdida o extravío de ellas, el código establece -como dijimos- la sanción al profesional y/o a la parte que se demuestre ha causado la desaparición.

De ser así, la pérdida puede ser culposa, supuesto que importa la sanción procesal pecuniaria (multa) y el reclamo por daños y perjuicios (a instancia de parte) fundado en el art. 1109 del Código Civil. En cambio, si fuese comprobado el dolo, sea en la actitud de retirar las actuaciones sin autorización, o para sustituir, ocultar o mutilar el expediente, además de la multa, caben responsabilidades de índole penal.

La cotidiana experiencia demuestra que la mayor parte de las veces en que se pierde o extravía un expediente, desaparecen los responsables bajo argumentaciones claramente dirigidas a esconder sus responsabilidades.

Por ejemplo, el abogado que "se llevó el expediente" y luego, pide su búsqueda para formular peticiones; o bien, el funcionario o empleado que, mediando razones de conocimiento o amistad, entrega las actuaciones bajo confianza y luego lo niega por temor a las consecuencias disciplinarias y laborales que bajo el régimen descripto eventualmente le caben.

Es a todas luces evidente que la reconstrucción no es vía útil para corregir estos desatinos profesionales. A más del tiempo corrido, se agrega la seriedad que muestra la justicia en sus actos, y abroquela una imagen poco querida para una muy desjerarquizada función.

La viejas Leyes de Partidas verían imposible cargar culpas en quien no fuese el director del proceso, el verdadero responsable de la actividad y ejercicio judicial. Así como no toleraban la delegación jurisdiccional, tampoco consentían que los errores y vicios del procedimiento pudiesen acabar en una sanción al Actuario, salvo expresas circunstancias administrativas.

Con este antecedente se conservan aun sanciones procesales a los jueces que encuentran revocadas sus sentencias por error evidente o manifiesto desconocimiento del derecho (yerran á las vegadas los juzgadores en dar los juicios, bien ansí como los físicos en dar las melecinas...([95]).

Sin embargo, la praxis ha tenido que confrontarse con la realidad y ver que la administración judicial ha sobredimensionado sus posibilidades, siendo prácticamente imposible el control individual de todos y cada uno de los aspectos que hacen a la buena marcha del oficio.

---

[95]. Vide: de la Colina, Salvador, *Derecho y Legislación Procesal*, tomo I, editorial Lajouane, Buenos. Aires., 1915, pág. 161.

Pero también es cierto que esa misma carga no admite justificativos ni indolencias cuando se trata de la vida misma del conflicto. Un expediente que se pierde, a veces, puede significar la destrucción misma del cuerpo presente y manifiesto de las distintas situaciones que las partes han confirmado, demostrado o sugerido en sus exposiciones.

La reconstrucción es un trámite administrativo, y por tanto, carece de la necesaria unidad con el problema misma que la crisis humana plantea.

6. La reconstrucción del expediente penal.

Si analizamos estos problemas al concierto de casos particulares, insoslayable es la situación del expediente penal.

En efecto, jurisprudencialmente las aguas se dividen, aun cuando está aceptado que frente a la desaparición o destrucción de los obrados que documentan el proceso penal, no cabe aplicar las disposiciones previstas para la reconstrucción de actuaciones civiles.

La ausencia de normas específicas en el fuero criminal obligó a trazar diferencias, porqué, mientras en el juicio civil las pretensiones desenvuelven intereses privados -por vía de principio-; en la órbita punitiva está presente un interés diferente, público, que pertenece al Estado, y deriva de los hechos que la ley previene como delitos.

La Cámara Criminal y Correccional, a través de la Sala V, lo expresa claramente:" Si bien el derecho procesal penal, aun manteniéndose distinto al civil, utiliza sus normas; algunas como la intercambiada en este caso -reconstrucción de expedientes- resulta incompatible con su esencia. La única manera de llegar a la realización del derecho penal material, es pues mediante la reproducción, en la medida de lo posible, de las actuaciones originales, teniendo como indicios de su existencia los documentos que, de oficio o por medio de las partes se puedan obtener. Es por lo tanto imposible la reconstitución del expediente en su estricto sentido, vale decir volver a instruirlo, siguiendo las secuencias marcadas por la ley, a los efectos de garantizar el principio del debido proceso...Dicho de otra manera, en los hechos sería volver a transitar el procesado por etapas que para él se encuentran precluídas; por una circunstancia que le es ajena, como también lo es para el tribunal el devastador incendio que afectó al edificio en donde tenía su sede..." ([96]).

En verdad la problemática es muy grande, donde se suman contingentes que apuntan hacia las garantías constitucionales del proceso; como a la preservación de documentos que pueden relacionarse con instrucciones necesarias para esclarecer la verdad de los hechos. Esta ambivalencia se muestra en criterios dispares, tales como los que sostienen que "la desaparición del acta con que se documentó la realización de la declaración

---

[96]. CNCrim. y Correc., Sala V, marzo 13-991, in re:" Videla, Alejandro R.", La Ley, 1991-E, 133.

indagatoria del procesado no significa que ese acto no se hubiera realizado, si ello consta en otras piezas de la reconstrucción del expediente" [97].

O bien, en otros que sostienen que "la falta material del acta de la indagatoria del procesado no puede ser suplida por las menciones que de ella se hagan en otras actuaciones del expediente" ([98]).

7. Conclusiones.

El poder judicial -o mejor el sistema de justicia todo- no puede escapar al principio axiomático de todo régimen democrático en el cual nada es incontrolable ni nadie es irresponsable..([99]).

En nosotros pervive la idea de que la función jurisdiccional es mucho más que la simple resolución de controversias; se trata de ver en los jueces, efectivos contralores a la actividad administrativa o de gestión gubernamental, como fiscalizadores de la supremacía constitucional ([100]); por tanto, su responsabilidad social trasciende los meros conflictos humanos. Y si el mayor compromiso resulta esencial para la excelencia del servicio, va de suyo que las dificultades menores, las pequeñas injusticias diarias que son tan importantes como las superiores, no pueden difundirse en agentes auxiliares, porque hay un problema de responsabilidad funcional.

En pocas palabras, pretendemos que la responsabilidad judicial se extienda a todos los actos por los cuales los jueces deban responder, desplazando la noción de responsabilides calificadas por la función precisa del oficio.

Es decir que, si hay un juez a la cabeza del sistema, la tarea interna, la burocracia misma que desde allí se genere, los exitos y los fracasos, son tan propios como las funciones de emitir sentencias.

Podríamos decir con Merryman que "la responsabilidad penal es específica, tanto teórica como práctica. Desde el punto de vista teórico, los deberes del juez, como tal juez, tanto en causas civiles como penales, son obligatorios ante el público, no sólo respecto a personas determinadas, y cuando no existen esos deberes no hay responsabilidad. De ahí que si el juez no tiene deber ninguno ante las partes de un juicio civil o ante el defensor en la causa penal, no puede incurrir en responsabilidad por incumplimiento de deberes inexistentes. Sin embargo, los actos del juez pueden contrariar sus deberes como funcionario, por lo cual será penalmente responsable. Los actos realizados de buena fe por el juez que no han violado deber alguno, no son

---

[97]. CNCrim. y Correc., Sala I, octubre 22-991, in re:" Bellusci Vanegas, Washington ", Doctrina Judicial, 1992-2, p. 628 y ss.

[98]. CNCrim. y Correc., Sala 4a., marzo 18-991, in re:"Tripodoro, Fabián A.J. y otro", Jurisprudencia Argentina, Julio 1 de 1992, boletín nro. 5783. Cfr. la reseña jurisprudencial de Claudida B. Rodriguez sobre "*Reconstrucción del expediente penal*", en Jurisprudencia Argentina, 1991-IV, págs. 906 y ss.

[99]. Berizonce, Roberto Omar, en la presentación de la obra de Mauro Cappelletti, *La responsabilidad de los jueces*, editorial Jus, La Plata, 1987.

[100]. Gozaini, *Derecho Procesal Civil,* tomo I *(Teoría General del Derecho Procesal) -Volumen 1-*, pág. 153.

iguales a los actos del que ha procedido corrupta o maliciosamente, y al que, por eso mismo, no le alcanza la inmunidad" (101).

101. Merryman, John Henry, *La responsabilitá dei giudici,* en *La educazione giuridica,* Universitá degli studi di Perugia, volumem III, 1978, pág. 275.

LA CARGA DE LA PRUEBA EN LA RESPONSABILIDAD MEDICA

Sumario: 1. Introducción; 2. Objeto de la prueba; 3. La prueba de la culpa médica; 4. Obligaciones de medios o de resultados; 5. Factor de atribución de responsabilidad; 6. La doctrina de las cargas dinámicas; 7. Medios de prueba en particular; *7.1. Prueba de presunciones; 7.2. Prueba pericial; 7.3. El valor probatorio de la historia clínica*; 8. La prueba sorpresiva**.**

1. Introducción

La carga de la prueba es uno de esos temas del derecho procesal donde suelen explicarse teorías y derivaciones jurisprudenciales que no alcanzan a esclarecer el problema de la verdad de los hechos en un conflicto determinado.

Se presenta como una cuestión de intereses y obligaciones (o cargas), donde quien afirma debe probar, porqué si no lo hace, opera una consecuencia negativa para el remiso, que es la denegatoria de su pretensión por falta de prueba.

Es decir, la carga de la prueba supone siempre encontrar dos aspectos: de un lado quienes son los sujetos que han de demostrar o verificar, y por otro cuáles son las consecuencias de la ausencia o escasa producción de prueba.

Ahora bien, como no está totalmente claro en el sistema procesal qué hechos son motivo de prueba, la doctrina suele asignar a la cuestión de la carga dos caminos diferentes.

La carga objetiva, que significa precisar el interés del objeto a demostrar, esto es, que no señala el deber de probar de quien alega, sino la carga de verificar un hecho determinado por quien tiene interés en confirmarlo.

Y la *carga subjetiva*, que se vincula, en el otro sector, con la falta de prueba y la decisión consecuente que ha de tomar el juez ante el hecho incierto ([102] **).**

Sin embargo, mantener en estas bases la cuestión de la prueba supone despojar al proceso de la vida misma que reflejan las realidades de las conductas y las circunstancias que en su desarrollo suceden. Por eso resulta imprescindible valorar otros aspectos, como el comportamiento de las partes en la actividad necesaria para despejar la incertidumbre; la cuestión de la disponbilidad efectiva de los medios de prueba; y también, la colaboración que entre las partes se presten para lograr determinadas confirmaciones.

Finalmente, como la carga es también una cuestión de "riesgo" que asume el mismo interesado, si logra probar sus alegaciones se quita el "peso" de encima (en definitiva, el *onus* latino o el *onere* italiano, son traducciones de peso); pero si es deficitaria su actividad, sus dichos quedan sospechados y es lógico que el juez no responsa a sus pretensiones.

---

[102] **.** Gozaíni, *Derecho Procesal Civil*, tomo I volumen 2, cit., pág. 601.

Para el demandado, la simple negativa le basta para cubrir un aspecto formal del emplazamiento a contestar una demanda; pero ya veremos como esta actitud remisa se sanciona en la actualidad, demostrando que en la carga de la prueba existe también un principio de orientación que decide la suerte de todo proceso para quien contribuye al esclarecimiento de una situación de hecho o de derecho.

2. Objeto de la prueba

El artículo 377 del Código Procesal establece que se deben probar los hechos afirmados y las *normas que se invocaren como fundamento de la pretensión, defensa o excepción.*

Situémonos en los dos aspectos reglamentados. El párrafo primero señala el deber que surge del propio interés. No indica que debe hacerse con los demás hechos del proceso, de modo tal que, siguiendo pautas conocidas, se puede interpretar que no son objeto de prueba los hechos no alegados, admitidos, reconocidos, confesados, o que no sean controvertidos.

El segundo párrafo introduce la confusión, pues a estar por sus dichos, "cada parte debe probar" no ya los hechos, sino el "presupuesto de hecho de la norma", contingencia equívoca porqué el derecho no se prueba a tenor del principio *iura novit curia*.

En consecuencia, una inteligencia posible a derivar estriba en ver esta segunda parte de la carga probatoria como un problema de la "falta de prueba", de forma tal que cuando no exista actividad comprometida con la verificación de las afirmaciones, esa desidia o torpeza puede actuar como pauta, como sanción o como imposición de consecuencias, pero siempre en derredor del análisis crítico del juez a la hora de sentenciar.

Como se aprecia, el fin de la prueba judicial será encontrar la verdad o certeza de las alegaciones, a cuyo efecto el objeto de la prueba reposará en ellas (afirmaciones o negaciones), y aun así, será posible constatar que las mismas afirmaciones encubren casi siempre un juicio de valor que mediatiza el puro hecho ([103]).

En síntesis, el objeto de la prueba consiste en un proceso de constatación y confrontación que demuestra la existencia real de un hecho o acto jurídico. Cuando esa actividad se transfiere el proceso judicial, el objeto se limita a las alegaciones que las partes afirman o niegan como soportes de sus respectivas pretensiones.

Como el juez es un tercero imparcial en la litis, no debe investigar supliendo el interés particular (carga) de cada sujeto ([104]).

---

[103] . Ramos Mendez, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, editorial Bosch. Barcelona, 1990, pág. 531.

[104] . Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Teoría general del derecho procesal*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1996, pág. 237.

3. La prueba de la culpa médica

En términos generales se puede afirmar que la prueba de la culpa médica, de los establecimientos asistenciales y la de sus auxiliares o dependientes, continúa la línea señalada: incumbe a la víctima que reclama el resarcimiento ([105]).

La amplitud que tiene esta doctrina obligaría al demandante a sufrir las consecuencias de tamaña dureza, por tanto resulta comprensible que se establezcan algunas aclaraciones (o elasticidades) en la carga de probar.

Una de ellas, y que por su proyección se consolida como una técnica novedosa en la apreciación o valoración de la actividad, lo constituye las denominadas "cargas probatorias dinámicas"; sin dejar de lado la importante estimación que tienen las pruebas de presunciones, la regla *res ipsa loquitur* (las cosas hablan por sí mismas), las pruebas de extrema certeza (historia clínica, pruebas hematológicas, etc.), o la regla del *favor probationis* en los supuestos de dificultades para demostrar por debilidades económicas o culturales.

Cada una de ellas debe relacionarse con los hechos que son motivo de las pretensiones, por lo cual, toda la cuestión probatoria va a estar notoriamente conectada con la naturaleza de la responsabilidad médica.

4. Obligaciones de medios o de resultados

Llegamos así a las facetas que tiene la dificultad de probar cuando se pone un corset conceptual a las categorías jurídicas estableciendo líneas divisorias que poco lucen en los resultados para alcanzar una justicia equitativa.

Queremos decir que, cuando aparecen estandarizaciones o generalizaciones conceptuales, la dinámica de los medios y de la producción de la prueba sufren un arrebato que los indispone y dejan inertes ante la consagración dogmática.

Por ejemplo, suele decirse que:

a) En las obligaciones de resultado el demandado tiene la carga de probar el caso fortuito o fuerza mayor, la culpa de la víctima o de un tercero extraño. Si acredita sus afirmaciones se evita la obligación de indemnizar.

b) En las obligaciones de medios incumbe al actor probar la culpa del demandado. Si demuestra la razón de sus dichos obtiene la indemnización reclamada ([106]).

La primera obliga a verificar a quien frustra la finalidad prometida, razón por la cual sólo exime su responsabilidad desvirtuando la presunción de culpa.

---

[105] . Ver la prolija exposición jurisprudencial de Jorge Mario Galdos, *Prueba, culpa médica y cargas probatorias dinámicas (en la doctrina de la Suprema Corte de Buenos Aires)*, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, n° 56, año XXXV, La Plata, 1996, págs. 27 y ss.

[106] . Cfr. Alterini, Atilio A., *Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual*, en Rev. La Ley, 1988-B, pág. 947.

Mientras que en las obligaciones de actividad, que es típica en la responsabilidad de los médicos, el actor debe probar, porqué el profesional sólo promete un obrar idóneo y prudente de acuerdo a las circunstancias del caso y a la naturaleza de la atención ofrecida, utilizando las técnicas y prácticas científicas acordes.

Sostiene Galdos que este último criterio es receptado por la doctrina y jurisprudencia y, por ende, es el paciente el que debe probar que el médico actuó con imprudencia, impericia o negligencia ([107]).

Nosotros pensamos que, en ambos casos, las conclusiones resultan insuficientes porqué no alcanzan a explicar el auténtico y real funcionamiento de las situaciones de hecho. Es decir, tales extremos son excesivos, a su vez, por la peligrosa generalización que producen, y no tienen en cuenta, el modo real como las cosas ocurren.

Veamos entonces, de qué manera se puede replantear este problema:

5. Factor de atribución de la responsabilidad

La división entre obligaciones de medios y de resultados es insuficiente porqué, a veces, la misma situación pone en un terreno u otro, la misma conducta profesional (observemos, por ejemplo, la incertidumbre que tiene la culpa emergente de intervenciones quirúrgicas de estética o embellecimiento).

Por eso es conveniente reformular la clasificación para atender más a los factores de atribución de la responsabilidad antes que a las maneras como se distribuye la carga de la prueba.

Bueres, que ha sido pionero en esta tarea, sostiene que en las obligaciones de medios la imputación es subjetiva y, por eso, la culpa debe ser demostrada por quien la alega; pero si ella se presume "juris tantum" le corresponde al demandado desvirtuar el principio ya logrado. En cambio, en las obligaciones de resultado, la culpa queda descartada y el factor de atribución es objetivo (ya sea por que proviene de un deber de seguridad, de una garantía implícita, de la tutela del crédito, etc.), por lo que, probado por el acreedor el incumplimiento, el deudor sólo se libera acreditando la causa ajena ([108]).

Ratifica su pensamiento al sostener que la "obligación medical es de medios porque lo que se pone en juego es la prudencia y diligencia de la actividad y no la curación, alivio o mejoría -fin aleatorio y contingente- por lo que el paciente tendrá que demostrar la culpa del facultativo, pues en ella consiste el incumplimiento (no observar la conducta apropiada, tergiversando el plan de prestación que es objeto del deber). En las obligaciones de actividad la infracción acarrea responsabilidad subjetiva por la que el incumplimiento desde el punto de vista funcional se confunde con la culpa; y demostrar la culpa supone hacer patente ese incumplimiento, que es lo que interesa desde el punto de vista probatorio. De modo tal que el profesional que alega que actuó de modo diligente, en base a la normativa procesal vigente, deberá colaborar con el órgano judicial aportando los elementos para demostrar su no culpa o el

---

[107] . Ob. cit., pág. 40.

[108] . Bueres, Alberto, *Responsabilidad contractual objetiva*, en Rev. Jurisprudencia Argentina, 1989-II, pág. 965.

caso fortuito, puesto que lo contrario constituirá violación al deber de buena fe que el juez no podrá dejar de valorar" ([109]).

La importancia que tiene este pensamiento se manifiesta, en cuanto hace a nuestro interés, en el modo como se introduce la doctrina de la carga probatoria dinámica, por la cual ambas partes deben colaborar en la averiguación de los hechos controvertidos.

Respecto a la división queda en claro que en las obligaciones de resultado se enfrenta un deber objetivo, de cumplimiento inexorable, en la medida que sólo importa observar la conducta eficaz que el deudor manifieste con abstracción de su obrar culposo. En cambio, en las obligaciones de medios la advertencia está en la diligencia que demuestra la actuación sin culpa.

En síntesis, siguiendo a Vázquez Ferreyra, queda en claro que:

a) Como regla general los médicos asumen obligaciones de medios.

b) En las obligaciones de medios la responsabilidad que surge de su incumplimiento es subjetiva pues debe quedar evidenciada la culpa del *solvens.*

c) Lo relativo a quién debe probar la culpa del deudor en las obligaciones de medios es un problema relacionado con la teoría de la carga probatoria ([110]).

6. La doctrina de las cargas dinámicas

Las conclusiones que preceden sirven de pórtico al problema que queremos abordar. Se trata de resolver si la teoría de la prueba y, específicamente, el principio remanido que sostiene que le incumbe al actor la prueba de sus afirmaciones (*actor incumbit probatio*), es suficiente para orientar la obligación de acreditar ante el juez la razón de una pretensión.

La jurisprudencia francesa ha evolucionado en el sentido de no requerir una prueba acabada de la culpa del profesional, sino que los jueces operan sobre los indicios que surgen de las pruebas arrimadas al proceso, o sobre presunciones sobre la negligencia, amparados en lo que se conoce como la "*faute virtuelle*" ([111] **).**

Tal como lo explica Peyrano, según esta doctrina el juez estima o presume la existencia de la culpa-negligencia cuando por la circunstancia en que el daño se ha producido, éste no se puede explicar según la común experiencia sino por la existencia de una falta médica ([112] **).**

Otras veces, la dificultad probatoria está en la imposibilidad de lograrla (se denominan *pruebas leviores* o *pruebas diabólicas*), tal como sucede con la

---

[109] **.** Bueres, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, editorial Abaco, Buenos Aires, 1986, pág. 53.

[110] **.** Vázquez Ferreyra, Roberto, *Prueba de la culpa médica,* ediitorial Hammurabi, Buenos Aires, 1991, pág. 63.

[111] **.** Vázquez Ferreyra, Roberto, *La responsabilidad civil de los profesionales médicos y abogados (con especial referencia a la carga probatoria de la culpa)*, en Rev. Jurisprudencia Argentina, del 13 de setiembre de 1989 página 16**.**

[112] **.** Peyrano, Jorge Walter, *Procedimiento civil y comercial*, tomo 1, editorial Juris, Rosario-Santa Fé, 1991, pág. 79**.**

demostración de la responsabilidad profesional emergente de una intervención quirúrgica donde la víctima está adormecida por los efectos de la anestesia sin posibilidad alguna de saber que ocurre en el acto médico.

Inclusive, a la víctima de estos padecimientos tampoco les resulta exigible indicar con suma precisión la calificación técnica del error profesional, en una suerte de equilibrio entre el experto y el profano.

La misma posibilidad de reunir el material documental preconstituido está en manos de quien será sujeto pasivo de la pretensión (v.gr.: historia clínica, estudios bioquímicos, radiológicos, neurológicos, diagnósticos por imágenes, etc.); o quizá el medio de prueba se haya perdido defintivamente, como en aquel caso que se cremara el cadáver sin autorización de los familiares.

Si nos guiaramos por los principios comunes, ante la duda sobre la responsabilidad profesional, la ausencia de certeza sobre el modo como sucedieron las cosas, y la falta de prueba decisiva sobre la culpa o negligencia invocada, debiera rechazarse la demanda y absuelto el médico y su equipo por el déficit probatorio.

Dado que esta conclusión significa echar un manto de duda sobre la justicia de una decisión así supuesta, la doctrina civilista refiere al principio *favor victimae* o el *prodamnato*, según el cual deben actuar presunciones que objetiven el daño sufrido; y que en derecho procesal se denomina principio de inversión de la carga de la prueba, por el cual debe probar quien esté en mejores condiciones para hacerlo.

La técnica moderna que desplaza esta importante variable en el principio del *onus probandi* avanza en el esclarecimiento dando mayores posibilidades inquisitivas e imponiendo, con lógicas reservas, el deber de colaboración.

En este sentido sostiene Morello que "la dimensión social en que se inserta hoy el conjunto de las manifestaciones que aprehende el derecho, con referencia al proceso judicial (o arbitral) coloca en un nivel protagónico no sólo a la voluntad y al interés de las partes (que desde el ángulo de mira de la prueba "deben" aportar la que concierne a sus afirmaciones o, en caso contrario, soportar las consecuencias de la omisión o indebida atención de ese imperativo), pues ello no tendría otro destino que agotarse en una perspectiva al cabo egoísta. Porque deja navegando a la jurisdicción en un mar de dudas, o sin arribar a la convicción o certeza moral imprescindibles cuando el actor (o bien el demandado) en el caso concreto en juzgamiento, pese a hallarse en las *mejores* condiciones de traducir su cooperación al resultado trascendente del servicio sólo se escudó en la quiebra de la misma".

"En estos supuestos, no parece suficiente ni valioso el sólo manejo de la "regla" conforme a la cual el actor tiene la carga de acreditar los hechos constitutivos del derecho que invoca y el demandado los extintivos, impeditivos o modificativos que opone a aquellos".

"Ante este cuadro el Juez, de acuerdo a las particularidades del caso y a la *conducta* obrada por las partes, reparará en la quiebra del deber de cooperación, haciéndolo jugar contra el infractor al representar un módulo de

utilización razonablemente adecuado para arribar a la acreditación de las afirmaciones controvertidas" ([113]).

La idea del maestro platense ilustra la transformación operada en la técnica de probar. El rendimiento de las instituciones no puede seguir descansando en preceptos sin vida práctica y funcional.

Existe un acertado enfoque en dinamizar las conductas que, sin rechazar enroques inconvenientes, pongan a prueba el objetivo de alcanzar la verdad por ambas partes, en solidaridad y mutua colaboración procesal.

Es evidente que la carga de la prueba, tal como actualmente se diseña, es una excusa del *non liquet*. Porque si la prueba obra incorporada al proceso, desaparece el problema de la carga y se concreta la *adquisición* para el Juez. Resulta claro, entonces, que ante esa constatación es baladí hurgar en el presupuesto de a quien correspondía la prueba. Es indiferente establecer el sujeto que tenía el deber de verificar sus afirmaciones si ellos están ya demostrados ([114]) .

También, acertadamente, Peyrano considera esa situación dinámica del proceso que obliga al replanteo permanente y hacen rotar el deber de cooperación o colaboración ([115]).

El fenómeno de la solidaridad se torna en justicia cuando nos referimos a las pruebas que sólo puede acercar el adversario, por tenerlas a su disposición; atiéndase que, bajo la carga de aportar quien afirma, esa posibilidad de incorporación es dificultosa al extremo, cuando no, prácticamente nula.

De modo tal que, al enfrentar estas conceptualizaciones con la dinámica probatoria, nos parece que el límite está siempre en los hechos. Son ellos los que dominan el proceso, y el juez no pude investigar más allá de lo que ellos expresaron.

7. Medios de prueba en particular

Para analizar el funcionamiento del principio antedicho conviene ver como interpreta la jurisprudencia el valor o eficacia de cada medio de prueba en particular:

7.1 Prueba de presunciones

Las presunciones *hominis* -desvirtuables mediante la demostración de la no culpa- han cobrado cuerpo en el tema de la responsabilidad profesional tal

---

[113]. Morello, Augusto Mario, *La Prueba. Tendencias Modernas,* editorial Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1991, pág. 60.

[114]. Gozaíni, Osvaldo Alfredo *La prueba en el Código Procesal del Perú*, editorial Normas Legales, Trujillo, 1997, passim.

[115]. Peyrano, Jorge W. - Chiappini, Julio, *Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas*, Rev. ED, 107-1005.

vez como en ningún otro, si atendemos el carácter restrictivo que tuvieron desde la perspectiva procesal ([116]).

Es más, el Proyecto de Código Unico de 1987, previó en el art. 1625 apartado segundo una regla semejante, y aun prestigiosos doctrinarios fomentan una reforma en el art. 1109 del Código Civil, permitiendo una presunción *juris tantum* de culpa del dañante ([117]).

En un antecedente citado por galdos en el trabajo antes citado, se informa que una demanda fue rechazada por no estar probada la relación de dependencia del anestesista (que tampoco estaba individualizado en la pretensión) con la clínica accionada, la SC Bs. As. anuló la sentencia por considerar que debía inferirse por presunciones la existencia de una relación vinculante entre el establecimiento y el profesional, la cual sólo podía desvirtuarse si la clínica hubiera demostrado lo contrario ([118]).

El riesgo evidente que genera el uso de presunciones proviene de la garantía constitucional que prioriza una presunción más importante que la de culpa sugerida, como es la del principio de inocencia. El reparo fundamental del artículo 18 pone en dudas la aplicación estricta del precepto, por eso, en algunas jornadas de estudio se ha llegado a concluir que:

a) La existencia de presunciones contra el sindicado como responsable, constituye un mecanismo tendiente a facilitar al damnificado la obtención del resarcimiento;

b) la presunción de culpa, para ser tal, debe admitir prueba en contrario, y

c) la presunción de culpa es desvirtuada, ante todo, mediante la demostración de que el agente obró con la diligencia o prudencia debidas ([119]).

Ahora bien, las presunciones no son medios de prueba, sino elementos que utiliza el juez para valorar situaciones de hecho y de derecho que van sugiriéndole conclusiones que luego expresará en la sentencia.

De este modo, la apreciación probatoria que llevará a la determinación de la culpa y del derecho a la indemnización debe gobernarse por ciertas reglas que eviten la inseguridad de quien será sujeto pasivo, o eventualmente, de la aplicación de un principio que no responde a la consabida regla de la carga de la prueba.

En tal sentido puede afirmarse que la culpa de los médicos está gobernada por las reglas genéricas orientadoras de la especie, que son el artículo 512 del Código Civil y el artículo 902 del mismo cuerpo legal, del que toma la valoración de las circunstancias de personas, tiempo y lugar que visualizan en conjunto la extensión de los deberes de diligencia y previsión en el obrar.

Para establecer si hay culpa en la prestación médica debe privar un criterio estricto en la ponderación de estas normas, porqué permite resolver con

---

[116]. Bueres, Alberto J., *Responsabilidad civil de los médicos*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1992, pág. 84.
[117]. Ib., pág. 85.
[118]. Ob. cit., pág. 43.
[119]. Jornadas sobre la responsabilidad civil en homenaje a Roberto Brebbia, Rosario, 1988, passim.

amplitud y flexibilidad, torciendo las debilidades de presunciones siempre fungibles o adaptadas al caso.

7.2 Prueba pericial

La importancia de este medio científico en las condiciones que presentan actualmente los procesos de daños por responsabilidad profesional es harto elocuente.

Si bien es cierto el principio general sostiene que el Juez puede valorar libremente y sin condicionamientos la eficacia probatoria del dictamen pericial, lo cierto es que, muchas veces, la mentada sana crítica se convierte en una prueba legal a la que se sigue, prácticamente, en un todo de acuerdo.

La especialidad del problema pone al Juez en estos apuros de interpretación, que no puede resolverlos si no es con la colaboración que le prestan los peritos.

Pero la pregunta es ¿qué se prueba a través de la pericia? ¿el hecho o la responsabilidad?

Los medios de prueba siempre van dirigidos a los hechos y sirven o alimentan las conclusiones *de jure* que suceden posteriormente. Por eso en algún precedente se adjudica trascendental importancia a una pericia para acreditar la relación causal entre el paro cardio respiratorio del menor y la lesión cerebral que le produjo la muerte, pero no para demostrar el presunto acto omisivo imputado (ausencia del personal de la guardia médica a su cargo) y el daño sufrido ([120]).

La indudable importancia de la pericia en los procesos de responsabilidad médica obligan a especificar la validez intrínseca y extrínseca del dictamen, y las probables actitudes del abogado y la parte ante las conclusiones que del mismo surjan.

Para ser válida y tener eficacia jurídica como elemento de valoración probatoria, la pericia debe ser:

a) producto de las pruebas ofrecidas por las partes, o por una sóla de ellas;

b) deben estar fijados por el juez los puntos de pericia, y

c) designado el perito por el mismo magistrado interviniente siguiendo las reglas del sorteo tradicional que desinsacula al profesional.

d) El dictamen es técnico, no puede contener deducciones de derecho.

Por su parte el dictamen, para ser válido debe responder a las siguientes consignas:

a) El perito debe aceptar el cargo discernido;

b) debe responder a los puntos de pericia indicados;

c) la experticia debe ser la expresión libre de cualquier medio o amenaza contra su consentimiento;

---

[120] **.** Galdós, ob. cit., pág. 44.

d) que no exista una causa de nulidad general del proceso, que vicie también la peritación;

e) tener el requisito de deliberación conjunta cuando los peritos son varios.

En cuanto a la eficacia del dictamen, debe asegurarse:

a) que sea un medio conducente respecto al hecho por probar;

b) que el hecho objeto de dictamen sea pertinente;

c) que el perito sea experto en el área comprometida;

d) que no existan motivos para dudar de su imparcialidad;

e) que el dictamen sea fundado;

f) que las conclusiones sean claras, firmes y consecuencia lógica de sus fundamentos;

g) que sea presentado en forma y oportunidad;

h) que los peritos no excedan el ámbito de los puntos señalados para expedir el dictamen.

Quien quiera controvertir la eficacia de la pericia, técnicamente no podrá "impugnar" (salvo que lo haga acompañado de un consultor técnico pericial), sino tan sólo, "formular observaciones" que serán evaluadas y apreciadas por el Juez en su tiempo.

Respecto a los consultores técnicos, de la interpretación de los artículos 471 a 474 del Código Procesal de la Nación, se desprende que la labor que desarrollan se encuentra íntimamente relacionada con la pericia; de allí que puedan presenciar las operaciones técnicas que se realicen y formular las observaciones que consideren pertinentes; pero no podrán deliberar ni mucho menos intervenir en la elaboración del dictamen pericial propiamente dicho. La ley les acuerda una intervención limitada a presenciar y observar el acto pericial.

Finalmente, si la opinión científica proviene del Cuerpo Médico Forense, debe tenerse presente que constituye un asesoramiento que no constituye específicamente una pericia, pero que está respaldada por la imparcialidad indubitada y el carácter de funcionarios públicos que la pertenencia institucional les asigna.

De allí la mentada predilección de los jueces para ampararse y preferenciar los dictámenes de estos expertos.

7.3 El valor probatorio de la historia clínica

Algunos fallos han resuelto, ante la insuficiencia de la historia clínica que "la carga de la prueba es del actor y al demandado se le atribuye, ante las circunstancias de la causa, un deber de cooperación para su elucidación. El profesional médico no tiene que demostrar su actuar diligente, sino que ante lo incompleto de la historia clínica debe aportar al proceso los datos faltantes en la misma, toda vez que dependiendo de él, que tuvo en sus manos el tratamiento de la paciente, al no ser arrimados al proceso, crean en su contra

una presunción de verdad sobre su conducta antiprofesional, que a él corresponde desvirtuar" ([121]).

Se reafirma así el sentido solidario que tienen las pruebas que deben producirse por mutua cooperación. En el caso, la historia clínica constituye una información que obliga a quien tiene la responsabilidad de informar a diario las pruebas y controles realizados al paciente. Por eso, toda omisión en el vuelco de la tarea diaria del facultativo, que impida a la víctima tener un elemento de juicio para demostrar la culpa o el actuar impoluto, sólo perjudica a quien tenía la obligación de hacerlo.

Claro está que, al deber genérico del buen obrar, se impone como accesorio cumplimentar los demás recaudos en igual camino. Las historias clínicas deben tener un contenido de completitividad no omitiéndose datos necesarios o no prescindibles, a lo cual se suma que si resulta ineficiente por no reflejar circunstancias que permitan reconstruir con exactitud el cuadro clínico conlleva a una falencia que, adicionada a otros elementos, pueden obligar a presumir un obrar negligente ([122]).

"No parece abundante dejar sentado que el profesional de la medicina tiene el derecho de ampararse en una historia clínica veraz y completa, pero, a la vez, debe soportar las consecuencias contrarias que puedan extraerse de una historia clínica deficientemente elaborada y en la cual las omisiones pueden aparecer como un eventual intento de proteger su propia posición ante las falencias o defectos del diagnóstico o del acto quirúrgico practicado" ([123]).

8. La prueba sorpresiva

Como vemos todo el sistema de la prueba en cuestiones complejas como la responsabilidad derivada de la actuación profesional, obliga a trastrocar algunos principios generales de la carga probatoria en miras a dar mejor justicia y efectividad a los resultados que se alcancen.

Tanto la inversión del *onus probandi*, como otras reglas expuestas en esta síntesis (v.gr.: la teoría de las cargas probatorias dinámicas, la prueba de presunciones, el desarrollo particularizado de ciertos medios como la historia clínica, o el actual criterio de estar en favor de la parte más débil, entre otras) ponen de relieve la actividad jurisdiccional para mantener un justo equilibrio entre las partes del proceso.

Para lograrlo, es preciso que el Juez cuide y vigile tanto la "carga de la prueba" como la solidaridad que reciba de las partes no obligadas a ello. En otros términos, la colaboración hacia el órgano debe ser bien vista, para evitar el reproche constitucional que contra esta dinámica se concreta (por ejemplo, cuando se indica que poner la carga en quien no alega quiebra la bilateralidad del contradictorio, o la igualdad de trato, o la efectiva posibilidad de audiencia, etc.).

---

[121]. Galdós, ob. cit., pág. 46.

[122]. Compagnucci de Caso, Rubén H., *La responsabilidad médica y la omisión en la presentación de la historia clínica*, Rev. La Ley, 1995-D, pág. 553.

[123]. CNCiv., Sala J, setiembre 29/994, en Rev. La Ley, 1995-D, pág. 553.

Pero también es obligación y deber del Juez no excederse en el límite de sus potestades pues la orden de producir prueba no prevista por las partes (como medida para mejor proveer) altera el principio de igualdad.

Igual previsión deben tener las partes, sea para controlar (impedir o alegar) que el decisorio de la Cámara no altere el marco de los hechos alegados y controvertidos, *sorprendiendo* el cuadro de situación obrante en la causa.

Así lo explica Morello, cuando sostiene que una actitud así sucede cuando la Alzada, excediendo sus facultades y poderes, incursiona en ámbitos que están firmes o consentidos, por haberse resuelto en primera instancia y sin agravios en el recurso propuesto; o en otros supuestos, cuando se coloca al actor en indefensión al ´soprender´ con la acreditación de circunstancias conducentes diversas e innecesaria.

¿QUIÉN TIENE LEGITIMACIÓN PARA RECLAMAR POR LOS DISTURBIOS QUE SUCEDEN EN EL FUTBOL PROFESIONAL?

1. Introducción.

El fútbol argentino fue severamente advertido por la sociedad a través de un Juez que, con valentía y decisión, asumió la necesidad de suspender el campeonato oficial por la reiteración de disturbios que semana a semana provocaron desmanes, violencia incontrolada, arrebatos, daños de distinto registro, y hasta la muerte de personas.

La gente, el común nuestro que nos acompaña en lo cotidiano, debatió desde posiciones encontradas la tarea del Juez. Algunos estimaban que con suspender los partidos de fútbol no se erradicaba la violencia en los estadios; otros, alentaron la iniciativa jurisdiccional porqué de esa manera se conseguía "hacer algo" con la inseguridad permanente.

Llegados a esta instancia, la Cámara resuelve (in re: *"Ramírez Chagra, Rubén c/ Asociación del Fútbol Argentino",* CNCiv., sala K, marzo 3/999) los recursos de apelación presentados por las partes y, tras destacar como hecho público y notorio los acontecimientos de violencia que motivaron la iniciación de la causa, decide postergar el problema de fondo que en autos se planteaba, para detenerse en las cuestiones de legitimación y preguntarse ¿le asiste derecho al accionante para entablar la demanda? ¿ha demandado a quien debe serlo?.

2. ¿Proceso común o proceso constitucional?

En lenguaje del medio podría decirse que el tribunal "tiró la pelota afuera", o en otros términos, que eludió el compromiso que traía definir una situación que afecta a la sociedad en general, optando por resolver en la antesala del conflicto, que es el derecho individual del público que asiste a los partidos de sus clubes favoritos

Sin embargo, según como se mire, la sentencia es adecuada a una tradición jurisprudencial que persigue que en el proceso se resuelvan solamente conflictos intersubjetivos, es decir, donde alguien conocido, con un derecho propio que esté alegado y demostrado, se enfrente a otro –cual si fuera el proceso una lucha entre ellos- que le oponga también un derecho personal.

El proceso resulta así la vía de debate para los conflictos entre personas. Y esta muy bien que así lo sea. La técnica y el método es simple: dos partes en lucha frente a un tercero que espera el momento de decir el derecho (iuris-dictio).

Pero esta es la realidad del proceso común, como sería un juicio de daños y perjuicios, donde el daño injustamente producido permite a la víctima obtener una reparación económica basada en la determinación de la culpa o dolo del autor.

En cambio, cuando la pretensión se entabla como derecho de amparo, la tutela perseguida ocupa un espacio mayor. Se tratan de derechos que afectan a

todos y donde no esta claramente establecida la relación entre partes con derechos encontrados.

La bilateralidad clásica se difumina; la obligación de probar el hecho y el derecho se aligera; la sentencia debe resolver una cuestión constitucional y, en consecuencia, la extensión de la cosa juzgada puede afectar a terceros.

En nuestro país, donde el control de los derechos fundamentales reposa en cabeza de cada uno de los Jueces, sin diferencia de jerarquías, debiera tenerse presente esta distinción. De otro modo, todos los procesos serían ordinarios (comunes) y por tanto, sería deber de las partes alegar y probar y, para el Juez, sentenciar según lo alegado y probado (*secundum allegata er probata).*

3. La legitimación en los procesos de daños y en el proceso de amparo

La conducta del sujeto provocador del hecho ilícito, sumado a la constatación individual del perjuicio, determina la responsabilidad civil y el derecho a la indemnización.

Actualmente existe un replanteo acerca de la justicia implícita de esta dialéctica comprometida con un apego estricto a las normas positivas, básicamente codificadas.

La idea consiste en abandonar este dualismo para centrar la noción del derecho resarcitorio en un derecho de daños. Precisamente, la variable se instala en el hecho antes que en la persona que lo produce.

Para la legitimación procesal esto representa un importante cambio, porque, el criterio tradicional observa que, únicamente tienen derecho a la indemnización, quienes sufren una lesión en sus derechos subjetivos o en bienes jurídicamente protegidos que le pertenezcan, de suerte que el accionante pueda ser considerado un damnificado en sentido jurídico y no solo de hecho.

De aceptarse el novedoso temperamento, que proviene de una pujante corriente jurisprudencial, la atención central no estaría en los derechos subjetivos sino en los intereses afectados, sean directos o indirectos ([124]).

Es que siendo el daño la lesión a un interés jurídico, y definido el interés como la facultad de actuación en la esfera propia de la persona, para la satisfacción o goce de las necesidades humanas, vale decir, para la consecución de bienes jurídicos, cabe concluir que este instituto, además de cohonestar al damnificado con el resarcimiento, determina la extensión de la tutela judicial al fijar el límite de la pretensión indemnizatoria.

---

[124]. Por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires la Suprema Corte sostiene que la legitimación para obrar le corresponde a quien resulta titular de la relación jurídica sustancial en que la pretensión se sustenta, prescindiendo de su fundamento; sin embargo, en su nueva composición, ocupó entre los habilitados a tramitar un proceso contencioso administrativo a quienes ostentaran un "interés legítimo" (en el caso "Rusconi" se tuvo como parte al "vecino"), modificación técnica que muestra la trascendencia operada.

3.1 Las acreditaciones que dan paso a la instancia

El problema hay que tratarlo en la medida de las acreditaciones que debe realizar una persona para convertirse en "alguien" con derecho a la sentencia favorable.

La "acreditación" referida se vincula con el personalismo sustentado en el derecho de propiedad que tipifica la codificación proveniente del sistema francés napoleónico. Significa que tendrá derecho a pedir la justa reparación del ilícito la persona que tenga un daño individual, directo, cierto, actual y vinculado (relación de causalidad adecuada) con el hecho generador.

Si la pretensión no contiene una a una estas condiciones de admisibilidad, la legitimación para obrar se verá seguramente afectada, y claro está, la posibilidad de lograr una sentencia favorable será pura utopía.

Advertimos sobre ello pues esta consagrado en el que hacer tribunalicio, que si las indemnizaciones reclamadas no vienen sostenidas por la persona que sufre el daño jurídico, es decir, aquél cuya existencia se acredita acabadamente por medio de la prueba rendida, cualquier interferencia, mediatización, o representaciones indirectas evita el pronunciamiento judicial sobre el haber devengado.

La sentencia en estudio, interpone esta condición cuando dispone esclarecer si el actor o el demandado son efectivamente los titulares de la relación jurídica sustancial en que se funda la pretensión. Creemos que así queda de manifiesto la confusión entre el derecho subjetivo con el interés que se pretende defender.

Ahora bien, en la suposición de trabar este vínculo, el derecho no se logra allí mismo, pues debe cumplimentarse el segundo aspecto.

Debe mediar "conexión causal adecuada entre el hecho dañoso y el acto ilícito", o sea, que el daño debe resultar normalmente de la acción u omisión antijurídica, según el orden normal y ordinario de las cosas (art. 901, CC). Vale decir, que el vínculo de causalidad exige una relación efectiva y adecuada (normal) entre una acción u omisión y el daño; éste debe haber sido causado y ocasionado por aquella.

Por ello, no basta que haya menoscabo patrimonial, es preciso agregar un interés humano judicialmente tutelado como objeto del daño en sentido jurídico (125).

Siendo así, es obvio que la legitimación para obrar la tiene un reducto muy pequeño que podríamos enmarcar entre los damnificados de iure, evitando a los de facto.

Observemos en el presente caso que, quien acude a la instancia jurisdiccional, debe ir superando obstáculos antes de llegar al nudo gordiano de su conflicto. Son dificultades del acceso, entre las cuales, la legitimación para obrar se encuentra en primerísimo lugar.

---

125 . Es muy valioso el aporte que realiza el profesor de Olavarría, Jorge Mario Galdós, *El derecho de daños en la Suprema Corte de Buenos Aires (la legitimación),* en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, nº 53 ps. 53/77; *Otra vez sobre la legitimación por daños,* en Revista Jurídica Delta, nº 12 ps. 53/76; *El riesgo creado y los legitimados pasivos en la Suprema Corte de Buenos Aires,* en Revista "Estudios de Derecho Comercial" nº 11, ps. 123/145.

Con la transformación que permite el "nuevo derecho de daños", nos instalamos en un campo muy próximo al que alentamos, esto es: atender más la calidad de los hechos presentados, que las cualidades de las personas que reclaman.

3.2 ¿La víctima o el afectado?

El proceso de marras es un amparo: proceso constitucional destinado a resolver la amenaza o lesión de derechos y garantías contenidos en la Constitución Nacional, leyes y tratados sobre derechos humanos.

Actualmente, el nuevo artículo 43 de la Carta Fundamental significa un cambio en el tratamiento del tradicional proceso de amparo. Ha dejado de ser una figura procesal para constituirse en un "derecho" o "garantía" específico, cuya principal concreción es instalar el derecho al amparo.

Por ello, el no es una vía subsidiaria o indirecta, sino la garantía por antonomasia; la única herramienta disponible para actuar los derechos fundamentales de inmediato.

La defensa de los derechos del hombre, en la visión del individualismo predominante a fines del siglo XIX y hegemónico hasta la mitad del siglo XX, pierde consistencia cuando se analizan los resultados logrados en la protección efectiva.

En efecto, en su tiempo el artículo 5º de la ley 16.986 exigió que la demanda amparista fuera llevada *por persona individual o jurídica que se considere afectada*, condición que demuestra una vez más el remanido problema de la acreditación del daño directo o del perjuicio inmediato e inequívoco en la persona que presenta la petición de tutela.

La misma calidad ("afectado") solicita el artículo 43, constitucional, aunque amplía el cuadro de representantes al Defensor del Pueblo, las asociaciones de defensa de los intereses colectivos y difusos, y en la medida que veremos inmediatamente, a *toda persona* que acredite un interés legítimo.

El recaudo del derecho subjetivo como habilitante del derecho de acción (no de la acción, como garantía constitucional) se funda en la utilidad que puede reportar al interesado el resultado del proceso, evitando de este modo, declaraciones dogmáticas o genéricas que no tienen un beneficiario directo. Pero tal deducción ofrece serias dificultades, pues los derechos no se miden por el interés que prestan, sino por la protección que merecen; lo cual, llevado al campo de la *praxis* demostrará que cuando la protección pretende generalizarse el único terreno de admisión será a través del *litisconsorcio*, el que muchas veces, se transforma en una hipótesis irrealizable, una simple y mera utopía.

La Cámara pretende individualizar el derecho del actor requiriendo su condición de víctima. En efecto "*en el presente caso…no se encuentran cumplimentados (los requisitos de afectación de un interés jurídicamente protegido, de orden personal, particularizado, concreto y además susceptible de tratamiento judicial) en tanto se observa que el accionante, un particular que demanda por su derecho propio, no ha manifestado ni siquiera haber sido víctima de los*

hechos que denuncia o que los mismos hayan afectado su interés personal desde que no ha alegado ser socio de alguna institución vinculada a la actividad o ser concurrente habitual a los estadios donde la misma se desarrolla"

La posición que una persona tiene respecto al derecho que invoca encuentra situaciones distintas. Si el daño no resulta directo, pero encuentra al pretendiente como "víctima" mediata de los hechos que denuncia, su participación en el proceso podría apoyarse en el concepto de *interés legítimo*.

También puede apoyarse en la categoría de los *"derechos de incidencia colectiva",* tal como los denomina la Constitución. Estos no tienen un legitimado directo porqué el interés se difumina al conjunto por tener cada uno una parte del daño cierto o potencial. Se los llama, también, derechos de pertenencia difusa, intereses difusos, o derechos difusos, y se caracterizan por sostener la pretensión amparista a través de un litisconsorcio activo atípico, que permite mostrar el ejemplo a través del llamado "amparo colectivo".

En uno y otro caso, la víctima del proceso común se caracteriza como "afectado". Mientras uno persigue una reparación indemnizatoria; el otro quiere el respeto a sus derechos básicos y esenciales.

El carácter de "afectado" está dicho también en la Ley de Amparo, y se consolida a través de la actual redacción constitucional.

Significa tener una relación directa e inmediata con los perjuicios que provoca el acto u omisión. No está vinculado al hecho por pertenecer a un grupo o sector, sino porqué él sufre las consecuencias dañinas de la lesión, alteración, restricción o amenaza en sus derechos o garantías.

También esta afectación puede ser directa o indirecta. La primera refiere a la mentada relación o identidad entre el derecho subjetivo lesionado y la persona que reclama; la restante, interesa a toda situación relevante que merece tutela jurisdiccional.

Entre nosotros "el afectado" se diferencia de los otros intereses. Además de ser titular del derecho, tiene aptitudes suficientes para pretender algo más (V.gr.: una indemnización, el restablecimiento de una cosa o en un lugar, etc.).

El acto lesivo o la amenaza debe afectar al demandante, debiendo éste demostrar esa relación pues el derecho a una sentencia favorable supone acreditar el vínculo entre quien pide y ante quien se pide, generando su omisión o la deficiencia, ineptitud para alcanza el fin propuesto en el amparo.

Estos conceptos acotan la noción de "afectado" al titular individualizado en el párrafo primero del artículo 43 de la Constitución; debiendo en consecuencia probarse la arbitrariedad o ilegitimidad del acto cuestionado.

A su vez este daño debe causarse en la forma y ocasión que requiere la procedencia del amparo; es decir, a través de un acto *positivo o negativo*, ilegítimo, emanado de autoridad o de particulares, en detrimento de derechos o libertades con rango constitucional.

3.3 El amparo colectivo

Sin embargo, también es posible ampliar la legitimación procesal a partir del segundo párrafo del citado artículo 43 constitucional, sosteniendo que la afectación no asienta en las personas sino en los derechos o garantías que toda persona tiene para defender una situación de tanta importancia, que dilata las fronteras tradicionales de las facultades para obrar en el proceso.

De este modo, el derecho o garantía que se defiende será la premisa mayor, y lo de “afectado” una ampliación de las coberturas asistenciales que parten del titular agraviado, sigue en el Defensor del Pueblo, continúa con las entidades representativas, y ocupa a quienes esfuercen la protección mediante la instauración de las acciones deducidas para la tutela de los derechos de incidencia colectiva y de pertenencia difusa.

En el proceso común que sustancia intereses privados, la legitimación opera en función de la titularidad del derecho invocado; no basta calificar un interés ni esperar consecuencias del mismo. En definitiva, toda la cuestión se reduce por regla general a un problema de consistencia jurídica, que determina la adecuación entre la titularidad jurídica que se afirma y el objeto jurídico que se pretende.

En los procesos constitucionales aplicar este criterio puede ser demasiado estricto y hasta injusto.

Cuando los intereses del pleito trascienden la órbita del desenvolvimiento personal, de manera que la calidad individual se obnubila frente a "lo público" que afecta los derechos en juego, las respuestas no pueden ser generales o idénticas al presupuesto ordinario.

De suyo, el interés personal acumula una serie de "interesados" que comunican sus derechos dándoles un notorio sentido colectivo. El derecho de "todos", así esbozado, difumina el sentido particular de la "legitimación *ad causam*", o al menos lo presenta con rasgos muy propios.

Igual planteo suscitan los procedimientos penales, porque la legitimación no cubre derechos exclusivos, sino intereses masificados.

Legitimar a otros intereses diversos del derecho subjetivo para otorgarles derecho a la jurisdicción aparece en el firmamento del amparo como un tema a resolver.

En el juicio de amparo, se observa que este puede ser un interés legítimo, en la medida que la relación que une a la persona con el interés difiere de la misma vinculación entre el individuo y el derecho. Mientras uno se nutre de una alta carga de expectativa sin otro respaldo que la valoración posible que haga el órgano jurisdicente; el nexo restante está sostenido en la norma (derecho subjetivo).

Por eso el interés legítimo reposa más en las circunstancias denunciadas que en la situación jurídica subjetiva que tenga el amparista. Ha de verse la cualidad del acto lesivo para deducir del mismo la justicia concreta a aplicar, sin resolver la capacidad de postulación, o al menos, postergándola ante la evidencia del mejor derecho.

El segundo párrafo del artículo 43 consolida la orientación, y si bien es cierto pone en primer término al "afectado", inmediatamente indica otros "interesados directos" para acceder al remedio fundamental.

¿Porqué esta decisión tan trascendental para el acceso a la justicia?

Por las mismas razones que hemos visto a lo largo de este estudio: se preferencia el derecho de amparo, como una garantía constitucional a la tutela judicial efectiva que, sin disposiciones obstruccionistas, abre las puertas del proceso dando cabida al derecho a la jurisdicción.

Este derecho a lograr la protección judicial está resguardado de manera positiva en el derecho al debido proceso adjetivo, y en el límite negativo que pone la posible o eventual indefensión, los cuales conducen a la obligación de convocar directamente al proceso de amparo a "toda persona" legitimada para ello, por poseer derechos e intereses legítimos, para que logren constituirse en parte procesal y ejercitar el derecho al contradictorio.

4. ¿Acción popular?

La Cámara se preocupa también por destacar que “negar la legitimación es equivalente a negar un derecho”, pero dando más importancia al establecimiento de la llamada teoría de las “justas partes”, evitando un proceso que pudiera encausar como una acción popular.

Cuando el artículo 43 otorga legitimación a *toda persona*, lleva a pensar que se habilita una vía difusa de acceso donde el interés para obrar no resulta condicionante de los pasos posteriores. En tal caso, es preciso diferenciar este ingreso para no confundirlo con las acciones que el *ad quem* pretende evitar.

Ingresamos aquí en un capítulo diferente al de la acción individual, pues se trata de encolumnar en el acceso a la jurisdicción el derecho a tramitar en una instancia útil, donde los repliegues de la legitimación no produzcan denegación de justicia o impedimentos irrazonables frente a la crisis manifiesta que se presenta, urgida de protección o respuesta.

La legitimidad constitucional de una institución destinada a garantizar la independencia y la dignidad de quienes ejercen la función jurisdiccional no puede ser negada en la medida en que su estructura sea la adecuada a este objetivo, sin que en ningún caso pueda ser desvirtuada para convertirla en origen de privilegio público.

Ahora bien, la guía de análisis arranca de las actitudes individuales que portan intereses colectivos o generales. Característica común de todos ellos es que carecen de la restricción que supone la exigencia específica de legitimación personal basada en un derecho subjetivo o un interés directo, creando una categoría nueva de "legitimaciones por categoría" por la que se posibilita el acceso a los tribunales a cualquier persona mientras ella cumpla con los requisitos generales de capacidad procesal que la ley exige.

Otra condición es la pertenencia a un determinado ámbito social de mayor o menor amplitud. Ambito social que, si todavía deja entrever una afectación individual por la crisis que se recurra o por las acciones que se ataquen,

configurará el supuesto de "acción popular", o el más acotado de "acción vecinal" en los que el portante del interés moviliza voluntades masificadas.

En cambio, la acción popular o el amparo, cada uno en su campo, tiene una cobertura superior. En primer lugar, son garantías instrumentales del acceso a la jurisdicción. Al ser derechos, abstractamente considerados, no necesitan de titulares específicos, de un interés personal o de un daño efectivamente comprobado en quien presenta la demanda.

Admiten que cualquiera pueda solicitar tutela jurídica, en nombre de la sociedad, y requerir el reconocimiento de una determinada situación, la declaración de un derecho correspondiente y/o la condena respectiva a persona o personas determinadas.

En síntesis, así como la legitimación procesal requiere de un estudio sistémico, también el amparo debe tornar su angustia y restricciones para asumir la función tuitiva para la que fue pensada.

5. Las justas partes

De lo que venimos sosteniendo se desprende la idea de eludir el equívoco de establecer identidades entre quien pide y quien actúa, porque la condición de parte corresponde a un aspecto puramente procesal, diverso de la capacidad y de la representación.

Por tanto, desde una visión estrictamente procesal, al concepto de parte interesa más captar quien realiza y actúa en el proceso, más que la pertenencia exclusiva del derecho en debate. Esta última ocupa la noción de "parte sustancial", diferente de la "parte procesal" que advertimos.

En el amparo la legitimación, como vimos, tiene amplitudes que el proceso ordinario no admite. La doctrina suele referir a ciertas proyecciones importantes desde la perspectiva de las denominadas "legitimaciones extraordinarias" (o sea de aquellas que sin pertenencia exclusiva del derecho, permiten ingresar al proceso en razón de un interés preferente).

Es decir, el acceso se halla en la posibilidad de confirmar la condición de "parte" a quienes, aun sin resultar "dueños" del derecho subjetivo, sostienen un "interés" importante, que actúa de soporte para la legitimación.

5.1 El demandado

Así como el derecho de acceso a la jurisdicción preconizado en estas líneas, se garantiza cuando quien peticiona no encuentra trabas absurdas o irrazonables que limitan su potestad de pedir a la justicia; también el sujeto pasivo de la relación debe encontrarse protegido en su derecho de defensa y sometido a iguales reglas procesales que lo emparejen en la relación bilateral de contradicción que asume.

Si el derecho de acceso libre y sin restricciones implica la necesidad de convertir en parte a quien peticiona, y consecuentemente, en el poder de iniciar la actividad jurisdiccional que finalice con una sentencia debidamente fundamentada; esta última decisión debe encontrar precisamente determinadas

a las personas que se encuentran litigando. Técnicamente, este es el significado de legitimación ([126]).

De acuerdo con lo dicho, esa legitimación debe ser, prevalentemente, objeto de una interpretación amplia por parte de los jueces. El interés tutelable preciso para ella es más amplio que el interés directo o el derecho subjetivo, aunque no se extienda a cubrir cuestiones abstractas de mero o simple interés en el cumplimiento de la legalidad.

Para el demandado, la legitimación asume dos aspectos esenciales. Por un lado, que sea identificado en forma adecuada y correcta la persona contra quien se deduce la pretensión; y por otro, que ella tenga posibilidades reales de ser oída, aunque este derecho sea técnicamente proyección del principio de bilateralidad y no signifique que por contestar tenga ya legitimación en la causa.

Ese derecho a ser parte obliga a tener que llamar directamente al proceso judicial a toda persona legitimada para ello, por poseer derechos e intereses legítimos, para que pueda ser parte procesal, y ejercitar el derecho de defensa contradictoria si le conviene.

El concepto de parte completa la idea, es decir, aquella que incoa la demanda y tiene derecho a obtener una sentencia sobre las pretensiones que presenta; ante aquél que puede ser efectivamente condenado.

Por tanto, las cuestiones de legitimación están soportadas en un estricto problema de legalidad, y como tales, son temas constitucionales al estar afincadas en el acceso a la justicia, y en el derecho de defensa en juicio.

En síntesis, se trata de afianzar la idea de que la legitimación para obrar -activa y pasiva- no puede ser negada *a priori* por vincular el derecho de pedir con el derecho o interés a que se le reconozca una cuestión de derecho material.
Debe tener prioridad el derecho de acceso a la justicia y el derecho a sustanciar un proceso que contenga suficientes expectativas parra llegar a una sentencia justa e igualitaria.

5.2 La legitimación pasiva en el amparo

La sentencia dictada por la Sala K de la Cámara Nacional Civil, en la causa "Ramírez Chagra, Rubén Sergio c/ Asociación del Fútbol Argentino", que da motivos a estos comentarios, deniega la legitimación pasiva de la Asociación del Fútbol Argentino. Se fundamenta en que la seguridad necesaria que requiere el espectador no es misión de la entidad central sino responsabilidad de los clubes organizadores; además de mencionar el cumplimiento objetivo de leyes y disposiciones que la actora deduce como violadas.

Expresamente se indica que *"el actor debió especificar qué tipo de omisión en concreto imputa a la demandada porqué sólo después de determinada la misma y previo el ejercicio del elemental derecho de defensa que corresponde al accionado (art. 18 CN) podrá el Juez determinar: a) si la omisión existió o no y b) si tuvo la virtualidad indispensable como para configurar la violación a*

---

[126]. Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La legitimación en el proceso civil*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1996.

algún derecho (individual o de incidencia colectiva) y sobre todo, si existió la arbitrariedad e ilegitimidad manifiesta en la conducta del accionado, como consecuencia de dicho actuar omisivo".

Una vez más advertimos de que manera la Cámara exige superar acreditaciones del proceso común que impiden consagrar el derecho a la tutela judicial efectiva que el actor ha promovido a través del artículo 43 de la Constitución Nacional.

Ellas son:

- Que demuestre ser espectador de los espectáculos de fútbol, o
- que pruebe ser socio de un Club de fútbol asociado.
- Que sea parte del grupo al que sostiene pertenecer (Fair play)
- Que esté afectado por la inseguridad en el fútbol
- Que esa afectación lo constituya en víctima
- Que el derecho dañado lo sea de manera personal y directa
- Que concurre voluntariamente a los espectáculos de fútbol

Ahora bien, para el caso del demandado –únicamente la Asociación del Fútbol Argentino- la pretensión sostiene que ella ha omitido dar estricto acatamiento a las disposiciones de las leyes 20.655 y 23.184, decreto ley 307/91 y 382/92, ley 24.192 y decreto ley 1015/97 y 1466/97, esto es, básicamente, que está impedido de concurrir a los estadios deportivos donde se cumplimentan las fechas del fútbol profesional, porqué la accionada, a través de su actuar deliberadamente omisivo, no ha logrado responder la consigna de seguridad y corrección de los espectáculos deportivos.

La creencia de obrar asistido en derecho y de buena fe, permite al actor deducir su demanda contra el ente superior del Fútbol Argentino. Es verdad que el daño es potencial, aunque por ocuparse en un proceso constitucional, como es el amparo, puede suplirse por la figura de la amenaza.

También lo es que el demandante no dice de qué manera sucede la arbitrariedad o ilegalidad manifiesta que denuncia; pero tiene la misma veracidad sostener que ello es innecesario, si el amparo se resuelve como "colectivo", y se observa el carácter del derecho de incidencia general que se amenaza o lesiona.

El amparo promovido tiene toda la potencialidad del juicio provisional y preventivo, que persigue impedir daños mayores a los que el mismo sentenciante reconoce y tiene como notorios. Es más, admite entre sus fundamentos que "*…los acontecimientos de violencia que motivaron la iniciación de la causa se encuentran exhaustivamente probados…".*

De todos modos, insistimos, se trató de un proceso constitucional, donde la exigencia de bilateralidad y contradicción se eliminan o limitan (según se trate, respectivamente, de acciones contra la autoridad pública o de actos privados)

en razón que el Juez debe promover el cumplimiento de los derechos y la tutela efectiva de sus derechos (arts. 14, 16, 17, 18, 33 y 43 de la C.N.).

5.3 La legitimación de la A.F.A.

Diferente es la situación cuando observamos las leyes que se mencionan como fundantes del derecho de acción.

La Ley 20.655 es una norma que pone en cabeza del Estado la promoción y desarrollo del deporte, estableciendo fines claros y específicos que el Ministerio de Bienestar Social, como órgano de aplicación debe cumplir. En cuanto aquí interesa, el artículo 3 inciso k) dice que, *el Estado deberá, por intermedio de sus organismos competentes,* ***velar por la seguridad y corrección de los espectáculos deportivos.***

Por su parte, la Ley 23.184 se aplica a los hechos previstos en ella cuando se cometan con motivo o en ocasión de un espectáculo deportivo en estadios de concurrencia pública o inmediatamente antes o después de él. Esta es una norma de carácter punitivo que no establece responsabilidades directas, aunque en el artículo 33 dispone que: "*Las entidades o asociaciones participantes de un espectáculo deportivo son solidariamente responsables civiles de los daños sufridos por los espectadores de los mismos, en los estadios y durante su desarrollo, si no ha mediado culpa por parte del damnificado…".*

Como vemos, se trata de leyes que piensan en reparar antes que en prevenir, y en esta medida, la legitimación pasiva para demandar en aras de una indemnización, debiera enmarcarse tras estos rasgos: 1) un proceso común de daños y perjuicios, y 2) una víctima que podrá accionar contra a) los organizadores del evento y contra el autor material del hecho; b) contra las entidades o asociaciones participantes del espectáculo deportivo; c) contra el dueño de las instalaciones, si se trata de un daño causado por las cosas de su propiedad o las que están bajo su guarda y, d) si se trata de un supuesto de responsabilidad colectiva, se podrá accionar contra los integrantes del grupo o contra los que participaron en el hecho que originó los daños ([127]).

Lo que ocurre es que el actor no dedujo una pretensión común, sino una demanda de amparo donde pretende que la promesa de seguridad y corrección del espectáculo deportivo se cumpla como una proyección de sus derechos fundamentales.

No demandar al Estado puede haber sido un error, pero la responsabilidad de la A.F.A. existe pues la jurisprudencia eximente que el fallo menciona no se justifican después de las leyes 23.184 y 24.193, porque si bien no existe subordinación jurídica, ella participa en la designación de los estadios donde se disputan los partidos, asigna canchas neutrales cuando razones de seguridad lo aconsejan, impone la época del año y los horarios en que los matches se

---

[127] . Ver Ghersi, Carlos A., *Daños en y por espectáculos deportivos,* editorial Gowa, Buenos Aires, 1996, pág. 70.

disputan, designa los árbitros intervinientes, y además, forma su patrimonio con el porcentaje de retención a practicar sobre la recaudación bruta de los partidos oficiales y amistosos, sin contar los derechos de televisación y merchandising derivados del seleccionado oficial de Argentina.

El deber de seguridad no puede transformarse para el actor que quiere encontrar un responsable en una barrera contra la impunidad. Tampoco exime de una tarea mínima de esclarecimiento sobre los derechos que se digan afectados. En suma, se trata de poner en claro que la misión de los jueces en un tiempo menesteroso de ejemplos dignos, está en poner equilibrio y prudencia en todos sus actos. En saber que cuando un país reposa la confianza en todos sus jueces para que controlen la constitucionalidad de las leyes, la legalidad de los actos administrativos y la legitimidad del ejercicio del poder, se trata de reconocerles que sólo ellos podrán hacerlo.

Por eso, cuando nos encontramos frente a un Juez atento a su tiempo y sus difíciles circunstancias; un magistrado que sin desbordar sus deberes jurisdiccionales se convierte en protagonista de sus actos en la búsqueda de la justicia; un Juez que elude ser un aplicador mecánico de las normas para ir tras las exigencias de una sociedad dinámica que clama por los derechos que alguna vez tuvo y disfrutó; cuando estamos ante esta ejemplar distinción de la tarea de juzgar, no podemos silenciar nuestro inconformismo con una sentencia del tribunal de alzada que, renegando por el exceso de protagonismo, se ampara en la estrechez de la norma, convirtiendo la solución en una fuga auténtica de la realidad. Una manifestación clara del porqué la gente, sigue sin entender a su justicia.

SECCIÓN 8ª : SENTENCIA

IURA NOVIT CURIA

Sumario: 1. Significado de la expresión; 2. La determinación del derecho en el caso concreto; 3. Límites del precepto; 4. La alegación del derecho en la demanda; 5. La afirmación del derecho en la demanda; 6. La falta de alegación del derecho; 7. La corrección del error en el derecho alegado; 8. La prueba del derecho; 9. La prueba del derecho extranjero.

1. Significado de la expresión

"El juez conoce el Derecho" manifiesta la expresión; sin embargo, la traducción no sería apropiada para el aforismo *iura novit curia,* pues correspondería decir *ius novit curia* ([128]).

Informa Sentís Melendo, repitiendo la investigación de Augenti, que en el siglo XIV estaba en vigor el principio que traducimos, aunque resulta posterior la interpretación asignada pues en aquel siglo, la voz *iura* no se utilizaba para significar el derecho objetivo sino los derechos subjetivos; mientras que en aquellos, y más si se pretendía contraponer el derecho con los hechos, se usaba siempre la voz *ius (* [129]).

Pero lo más curioso proviene del origen auténtico que tiene la voz, pues nace del exabrupto de un juez que fatigado por las disquisiciones jurídicas del abogado, lo interrumpió exclamando: "*Venite ad factum. Curia novit ius*", es decir, aproximadamente, abogado, pasad a los hechos; la Corte sabe el derecho ([130]).

La noción exacta quedó enmarcada en el deber que tienen los jueces de aplicar el derecho positivo que han de conocer; aunque tiempo después se aligeró la obligación comprendiendo que el derecho debía creerse justo, permitiendo entonces, que la función judicial interpretara el caso y subsumiera en él la norma precisa que lograra satisfacer los principios de justicia y equidad.

De igual modo, el precepto evita que el magistrado quede atrapado por los errores hipotéticos de planteos propuestos por las partes fundados en normas desajustadas con la causa.

Al mismo tiempo, el sentido jurídico que del término proviene genera una obligación demasiado estricta para un sistema legal como el nuestro donde el derecho

---

[128]. El juicio de la oración es *curia* (Tribunal, Corte, Juez), que es la forma de nominativo singular, femenino, primera declinación de *curia, curiae*. El verbo *novit*, que es la tercera persona del singular, del pretérito perfecto (con valor de presente, porque el verbo es incoativo), de *nosco, noscis, noscere, novi, notum*. La otra palabra es el complemento directo, acusativo del neutro *ius, iuris*, que en su forma *ius* es singular y significa *derecho*; y en su forma *iura* es plural y significa *derechos* (Cfr. Sentís Melendo, Santiago, *Iura novit curia,* en *Revista de Derecho Procesal* , 2da. parte, editorial Ediar, Buenos Aires, 1947, pág. 209).

[129]. Augenti, Giacomo Primo, *L'onere della prova*, Roma, 1932, págs. 42 y ss. Cfr. Sentís Melendo, ob. cit., pág. 209.

[130]. Cfr. Sentís Melendo, ob. cit., pág. 210.

positivo se plasma a diario en diversidades normativas que el "juez tiene el deber de conocer".

Por eso, nos parece apropiado dar inteligencia al precepto tomando de él lo que puede ser auténtico, despojándolo de proyecciones de imposible cumplimiento.

Es decir, el precepto *iura novit curia* afincado como deber del oficio para aplicar el orden jurídico local tiene una comprensión más que amplia cuando se la expresa sin referencia a un hecho concreto. Esto es, cuando se dice que los jueces tienen el deber de conocer el Derecho.

En cambio, ante una situación concreta deducida, el proceso se califica por la relación jurídica entablada y dentro del espacio que el principio dispositivo permite. Al juez le corresponde aplicar las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que las partes enuncien, sin que pueda modificar el encuadre fáctico proveniente de la *litis contestatio*.

En el medio de ambas posibilidades se ubican las denominadas *lagunas del derecho*, y específicamente, el artículo 15 del Código Civil que prohibe a los jueces no pronunciarse cuando no encuentran normas adecuadas al *sub lite*, o sean ellas insuficientes o ambiguas.

Recordemos también que el artículo 20 señala que: "*La ignorancia de las leyes no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley*".

2. La determinación del derecho en el caso concreto

La función jurisdiccional civil tiene tres funciones primordiales, a saber: a) Resolver los conflictos intersubjetivos; b) controlar la legalidad del obrar administrativo en la gestión de gobierno, y c) fiscalizar el principio de la supremacía constitucional.

En cada una de estas actitudes, el deber judicial encuentra indelegables poderes que tiene el compromiso de actuar.

En el primero de los supuestos, la sentencia tiende a superar la incertidumbre o la inobservancia legal, sea porque el conflicto no tenga claro cuál es la norma aplicable, o sabiéndolo, se omite deliberadamente su cumplimiento. Corresponde al juez, en consecuencia, determinar el Derecho en el caso concreto ([131]), y eventualmente, ejecutar forzosamente su pronunciamiento, porqué así interesa al Estado y al particular que tiene un derecho consagrado.

Esta derivación del razonamiento aplicado sobre los hechos motiva el llamado juicio lógico de la sentencia, y demuestra porqué al juez no le interesa el derecho que las partes invoquen, sino aquél que en su íntimo convencimiento resulta justo y adecuado a las circunstancias efectivamente comprobadas de la causa.

---

[131]. Rocco, Alfredo, *La sentencia civil*, trad. Mariano Ovejero, editorial Cárdenas, México, 1985, pág. 49.

Justo, porqué en definitiva, el pronunciamiento jurisdiccional es una misión de justicia equitativa y distributiva; y *adecuado,* en la medida que también en la sentencia se concreta un acto de voluntad destinado a someter y vincular a las partes del conflicto.

Son las dos caras del Derecho que en una causa cualquiera perviven: el derecho objetivo, friamente interpretado y armonizado con las cuestiones de facto; y el derecho subjetivo, visto en la perspectiva de los valores en juego y de la justicia particular que a través de la decisión se consigue.

¿Dónde anida el principio en estudio, en ambas situaciones?.

El juez que aplica el derecho positivo tiene un deber constitucional proveniente del compromiso de fundamentación de las sentencias. El apartamiento inequívoco produce vicios de motivación generalmente atacados por la vía de la *arbitrariedad* o *inconstitucionalidad* de las sentencias.

Mientras que la valoración importa describir un estado subjetivo de las conductas analizadas, circunstancia que se atacan como *errores in iudicando* o de juzgamiento.

De este modo, se comprueba que en el primer trazado el *iura novit curia* se aplica sin restricciones, pues está inmerso en el deber de conocimiento del oficio de la magistratura. En tanto, la segunda hipótesis depende de variables distintas, como son la alegación del derecho por las partes, la interpretación del juez, la integración normativa, o la correspondencia con ciertos estándares de regular aplicación.

Evidentemente, lo corriente es lo primero, aun cuando se indique que el derecho subjetivo puede ser citado por las partes en cualquier momento del proceso, pero siempre que *"se vincule a la relación jurídica determinante de la acción*", y que *"no comporte una nueva acción o una rectificación del derecho invocado, pues el derecho en sí, no es norma en particular*" ([132]).

3. Límites del precepto

Atendiendo los hechos de la causa el juez califica la relación jurídica con sujeción a los principios comunes que rigen su actividad en el proceso ([133]).

La interpretación consiguiente obliga a ser prudente en el estudio de las normas aplicables, toda vez que una misma disposición puede encontrar efectos diferentes de acuerdo con las circunstancias de la causa.

Si dijeramos que el juez es un aplicador mecánico del derecho positivo sin darle posibilidades de interpretar la función axiológica de las normas, seguramente confundiríamos el alcance preciso del precepto en estudio.

En cambio, la inteligencia cubierta refiere a la dimensión global del derecho, es decir, la ley, la jurisprudencia, la doctrina, la costumbre y las normas extranjeras o internacionales.

---

132. Sentís Melendo, ob. cit., pág. 219.

133. Alsina, Hugo, *Tratado teórico práctico de derecho procesal civil y comercial*, tomo II, editorial Ediar, Buenos Aires, 1956, pág. 249.

La integración y complemento que del conjunto se realiza demuestra el sentido de unidad de todo ordenamiento jurídico, sin perjuicio de los extremos de verificación que en algunos casos la parte interesada debe confirmar con su prueba.

Lo que el juez no puede hacer a través del derecho aplicado, es variar las condiciones fácticas que dan cobertura a la situación de conflicto. Es decir, si en la sentencia, por ejemplo, se resuelve la resolución contractual cuando la pretensión fue de escrituración de un inmueble vendido, dicha calificación excede el ámbito que el precepto admite, pues se cambia el sentido de la demanda icoada.

La brevedad del estudio impide demostrar con otros ejemplos la variedad de situaciones donde el juez vicia su pronunciamiento por defectos de congruencia.

En suma, el principio *iura novit curia* debe entenderse sobre la base del derecho objetivo que en un caso ha de aplicarse, sin que pueda el juez calificar la relación jurídica sustancial fuera del marco que la *litiscontestatio* ha trabado.

En su defecto, equivaldría tanto como acoger una defensa o excepción, un supuesto de hecho no intentado o propuesto fuera de la litis, en perjuicio de la igualdad procesal que las partes deben mantener en el curso de todas las instancias ([134]).

4. La alegación del derecho en la demanda

Dice el art. 330 inciso 5to., del CPC que en la demanda la parte debe indicar el derecho que fundamenta su pretensión expuesto sucintamente y evitando repeticiones innecesarias.

Si bien reiteradamente se sostiene que los jueces no están obligados a seguir a las partes en todas sus argumentaciones, máxime cuando ellas importan cuestiones de derecho en cuya consideración debe serle reconocida plena libertad, de acuerdo con el principio *iura novit curia;* también debe advertirse la relación que tiene el derecho alegado con la pretensión material y procesal deducida en juicio.

La identificación de la acción propuesta es una carga procesal inserta entre los requisitos de la demanda, sin importar que la individualización precisa provenga de los hechos y que sea el juez quien definitivamente disponga el correcto emplazamiento del derecho.

La *alegación* del derecho es una parte de la demanda, aunque puede soslayarse.

En consecuencia, la misión del juzgador consiste en resolver si la consecuencia jurídica que la pretensión aspira obtener es la misma que se describe en las circunstancias de hecho y que, por tanto, relaciona la normativa expuesta.

De lo contrario, el juez puede apartarse de la designación técnica *de iure* y elegir el derecho que conceptualice el caso.

---

134 . Sentís Melendo, ob. cit., pág. 214.

En esta labor de interpretación, entonces, el juez resulta soberano en la apreciación y aplicación del derecho, siempre que su lectura no caiga en lo arbitrario o irrazonable, no altere la relación procesal, ni cambie los hechos constitutivos de la *causa petendi* que la fundamente.

Se dá así la vinculación entre la pretensión material y la procesal, o dicho en otros términos, los hechos alegados y el derecho afirmado no pueden verse afectados por la aplicación del precepto *iura novit curia*, pues la facultad no puede ejercerse prescindiendo de los hechos procesales que determinan y fijan el estado y progreso del juicio, que a la vez, consolidan los principios estructurales invocados ([135]).

De este modo, si con el discurrir de la prueba queda en evidencia una situación diferente de la que fuera alegada en la demanda, y el derecho quedase fuera de foco de acuerdo con dicha alteración, corresponderá rechazar la demanda aplicando el derecho estricto que la causa merece.

5. La afirmación del derecho en la demanda

Si el derecho, en lugar de ser *alegado*, resulta *afirmado*, la cuestión presenta algunas sutilezas.

Cuando el art. 34 inciso 4to, y 163 inciso 6to, ambos del código procesal, obligan al juez a pronunciarse de acuerdo con las pretensiones deducidas en el juicio respetando el principio de congruencia, la aplicación del brocardo en análisis se limita si el derecho en vez de resultar simplemente enunciado, se afirma como soporte esencial de la razón y causa de pedir.

La garantía de la defensa en juicio juega en el caso un rol particular, porque cuando la litis se traba sobre diferencias normativas el *iura novit curia* no puede alterar la prueba que las partes hayan intentado producir buscando el convencimiento psicológico del sentenciante.

Es decir, no corresponde aplicar el principio *iura novit curia* excediendo el ámbito que le es propio y lesionando garantías constitucionales, pues la calificación de las relaciones jurídicas que compete a los jueces no se extiende a la admisión de defensas no esgrimidas ni autoriza a apartarse de lo que tácitamente resulte de los términos de la litis ([136]).

La contingencia se plantea cuando una persona motiva su demanda argumentando y fundando en los límites precisos que una determinada disposición legal le permite. Posteriormente, la prueba se dirige a demostrar la relación causa-efecto entre los hechos sostenidos y el derecho afirmado. Finalmente, lo que la sentencia no puede hacer es escapar del encuadre predispuesto que, bajo la consigna de subsanar el error *de iure,* en realidad, modifica el objeto natural de la demanda.

Ello así resulta, en la medida que una interpretación contraria advierte la crisis en la defensa en juicio y en el principio de igualdad procesal, porque el

---

135. Cfr. Fallos, 255:50 y 237. Augusto M. Morello - Gualberto L. Sosa - Roberto O. Berizonce, *Códigos Procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación*, tomo II-A, editorial Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires., 1984, pág. 615.

136. Fallos, 300:1015. Cfr. Morello-Sosa-Berizonce, ob, cit., pág. 616.

error que produjo el demandante queda suplido en su deficiencia por la actividad del juez.

Así lo sostuvo la Corte en jurisprudencia que se mantiene inalterable ([137]).

6. La falta de alegación del derecho

Ninguna incidencia genera la falta de alegación en la demanda del derecho concreto que se vincula con la pretensión.

La conclusión es propia del sistema que le permite al juzgador aplicar los preceptos legales que determinan las situaciones de hecho.

Es bastante contar con claridad en el relato de circunstancias, como deducir sin contrariedad la petición definitiva para conseguir relevar la ausencia de la carga de invocación que el art. 330 inciso 5to. del CPC pretende.

No obstante, algunos fallos han entendido que esta alegación es un requisito esencial y que, por ello, resulta un recaudo necesario e ineludible, que trae como consecuencia la existencia de un defecto legal en el modo de proponer la demanda.

Pero tal defecto, para ser procedente, debe revestir entidad suficiente como para afectar el derecho constitucional de defensa del accionado, colocándolo en un verdadero estado de indefensión, o bien, impidiéndole o dificultándole su respuesta.

El silencio de la parte respecto al derecho que debe alegar puede suplirse a través del dispositivo previsto en el art. 163 inciso 6 del CPC, que es el lugar donde reside el *iura novit curia*.

De este modo, el juez al sentenciar aplicando el derecho que estima correcto, no sustituye la negligencia de la parte que no cumple con la carga de alegación; simplemente, obra en la dimensión de sus potestades mientras no modifique la relación jurídica que las partes sostienen, ni desnaturalice la acción intentada.

7. La corrección del error en el derecho alegado

Se advierte la función esclarecedora del principio *iura novit curia* en la dicción del derecho aplicable en la causa, a través de la correcta subsunción del derecho en los hechos afirmados y comprobados.

Si la norma alegada fuera incorrecta, mejor se observa la tarea de interpretación e inteligencia que el precepto admite.

Tomemos por ejemplo la sentencia declarativa de divorcio causal, donde el juzgador puede apartarse de los fundamentos jurídicos indicados en los escritos de postulación, y calificar la relación procesal en la causa que estime ajustada a las circunstancias de la causa. En este supuesto, la ubicación legal

---

[137] **.** Vulnera los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, la sentencia que, en causa civil, condena a algo distinto de lo pedido, ya que el aforismo *iura novit curia* no justifica que se introduzcan de oficio acciones no planteadas ni debatidas en la causa (Fallos, 292:493).

depende de una cuestión de grado que no altera las contingencias fácticas relatadas (V.gr. se demandó por sevicias, calificando la sentencia que, en realidad, son malos tratos).

Ahora bien, cuando el juez se aparta del cuadro *de iure* propuesto liminarmente, debe cuidar que en la función de decir el derecho no se modifique una acción por otra, o se altere la pretensión deducida sin que las partes puedan cubrir su derecho de alegación y réplica respectivas (derecho de defensa en juicio).

En suma, la extensión de la *iura novit curia* no puede hacer que comprenda lo que el caso ofrezca fuera de su trazado estrictamente jurídico, so riesgo de llevar, por la vía de un proceder *ex oficio*, al quebrantamiento mismo de la bilateralidad ([138]).

8. La prueba del derecho

El derecho, por vía de principio, está excluído de la actividad probatoria sobre la base de presumirlo conocido por quien lo debe aplicar.

Existe un deber del oficio, que impone a los jueces la obligación de pronunciamiento aún frente a la oscuridad o silencio de las leyes. Por eso, "*la ignorancia no sirve de excusa, si la excepción no está expresamente autorizada por la ley*" (art. 20, Código Civil).

El principio *iura novit curia* alimenta esta regla desde otra perspectiva, en cuanto permite al juez no sólo calificar adecuadamente el derecho aplicable a los hechos en estudio, sino también modificar el cuadro de presentación que las partes formularon en sus escritos constitutivos, a cuyo fin obra consecuente el deber de "*fundar toda sentencia definitiva e interlocutoria, bajo pena de nulidad, respetando la jerarquía de las normas vigentes y el principio de congruencia*" (art. 34, inciso 4^{o}, CPC).

Sin embargo, para interpretar el principio cabalmente, es necesario distinguir ciertas situaciones de *praxis*. El Derecho es omnicomprensivo, y en este aspecto refiere no sólo a las normas materiales, sino también las procesales y las que estructuran y conforman la totalidad del ordenamiento jurídico. Este *derecho interno*, son leyes, decretos, ordenanzas, circulares, actos administrativos, resoluciones, etc. Cada una es un derecho en particular y, si aplicaramos el principio de exclusión probatoria a todas estas expresiones, podría *mutatis mutandi*, cercenarse la finalidad de seguridad jurídica prevista en la *ratio esendi* de la regla.

La debida parcelación de las normas puede incorporar respuestas a este problema. En primer término, de acuerdo con el artículo 2^{o} del Código Civil "*las leyes no son obligatorias sino despues de su publicación y, desde el día que determinen*..." Entonces, las leyes cobran aplicación y vigencia obligatoria sin necesidad de demostrar su publicación, por la presunción del absoluto conocimiento.

En cambio, las dificultades se encuentran en la publicidad de otras normas legales. Tal como se presenta el principio de la necesidad de prueba, la

---

[138] . Morello-Sosa-Berizonce, *Códigos Procesales*..., tomo II-A, cit., pág. 582.

dicotomía se traba entre normas extrajeras y nacionales, donde sólo éstas últimas están liberadas de verificación.

El planteo obliga a considerar la presunción de conocimiento de todo orden jurídico interno, entendiendo en éste, además de las leyes federales, las normas provinciales, las ordenanzas y decretos municipales; las circulares de entidades del Estado de aplicación general y obligatoria; las disposiciones administrativas reservadas a espacios determinados, entre otras naturales de la vorágine actual que piensa que si todo no está escrito no puede ser regulado.

En cada una de estas cuestiones la duda estriba en el conocimiento efectivo que el Juez tenga, de modo tal que, en nuestro parecer, el problema radica en la forma como se alcanza dicho conocimiento. Por ello, no es tema de prueba por la parte, la vigencia del derecho interno, y sí actividad o iniciativa del Juez para allegarse de las constancias fehacientes de las normas invocadas ([139]).

Tampoco es posible descargar en las partes, la verificación de un derecho local que, por ser interno, puede el Juez investigar con suficiencia de medios y posibilidades siempre y cuando tenga presente su iniciativa e instrucción de oficio.

Parte de la doctrina, sin embargo, considera que si el *derecho interno* no fue publicado oficialmente, el deber de comocimiento no existe y torna la cuestión como necesidad probatoria en cabeza de la parte que invocó el precepto jurídico ([140]). Así también, si la incertidumbre fuera sobre la autenticidad de la edición oficial, la carga de la prueba sobre la existencia o inexistencia corresponde a las partes ([141])

9. La prueba del derecho extranjero

En segundo lugar debe interpretarse la situación del *derecho extranjero*.

El art. 13 del Código Civil dispone que: "*La aplicación de leyes extranjeras, en los casos en que este Código lo autoriza, nunca tendrá lugar sino a solicitud de la parte interesada, a cuyo cargo será la prueba de la existencia de dichas leyes*..."

Velez Sársfield anota que la ley extranjera es un hecho que debe probarse, opinión a la que adscribe buena parte de la doctrina. Por eso, la prueba es innecesaria cuando media admisión de su existencia por la parte a quien se opone ([142]).

Empero esta conclusión es discutible, porque de la simple contingencia de emplazar un derecho foráneo en una controversia local, no surge desvirtuada la calidad de la norma a interpretar. Esta continúa siendo *derecho*,

---

[139] . Gozaíni, *Derecho Procesal Civil*, tomo I (*Teoría general del derecho procesal)* volumen 2, cit., 1992, págs. 536 y ss.

[140] . Morello-Sosa-Berizonce, *Códigos Procesales*..., tomo V-A, cit., pág. 13.

[141] . Couture, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, editorial Depalma, Buenos. Aires., 1979, pág. 221.

[142] . Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, tomo IV, editorial Abeledo Perrot, Buenos. Aires., 1977, pág. 357.

con la particularidad que se incorpora al proceso a pedido de parte y no por su condición naturalmente operativa si fuese de orden interno.

Además, no puede desnaturalizarse el uso de la norma extranjera cuando su utilidad y aplicación viene corroborada por convenciones o tratados internacionales.

En estos casos resulta preciso deslindar los espacios que ocupan la *aplicación del derecho extranjero y la prueba que corresponde realizar sobre su existencia.*

Respecto del primer problema, cabe interpretar que sancionada la ley 22.921 que da vigencia territorial a las disposiciones de la *Convención Interamericana sobre las normas generales del Derecho Internacional Privado*, el artículo 13 del Código Civil se encuentra *virtualmente derogado (* [143]); circunstancia que tornaría el regreso a las fuentes internacionales cuando las partes se someten a ellas voluntariamente.

Y aún sin pretender desbordar el alcance asignado, y quedase vigente el mentado artículo 13, siempre el Juez tiene la ponderación de oficio para la subsistencia o no del derecho extranjero.

La relación entre utilidad y prueba se enfoca con otra variante, porque para poder el Juez dictar una sentencia congruente, necesitará completar el conocimiento que tenga sobre las normas foráneas.

Aquí el principio de la carga encuentra cierta contradicción entre el artículo 13 del Código Civil (quien alega debe probar) y el apartado 3º del artículo 377 del Código Procesal Civil y Comercial de la nación que establece: "*Si la ley extranjera invocada por alguna de las partes no hubiere sido probada, el Juez podrá investigar su existencia, y aplicarla a la relación jurídica materia de litigio*".

La ambigüedad estaría en que, por las normas de fondo, el derecho extranjero se asimila a una cuestión de hecho; en cambio, el código procesal recibe las normas extrañas como cuestiones de derecho, dando pie a la iniciativa oficiosa para interpretar y aplicarlo.

En este aspecto conviene agregar que la carga de invocación del derecho extranjero no conduce inexorablemente a impedir que los jueces locales apliquen la ley ajena cuando las normas de conflicto del derecho internacional privado así lo dispongan. De lo contrario, la aplicación de las mismas, de naturaleza inderogable, quedarían a merced del arbitrio de las partes, dueñas de invocar o no el derecho extranjero indicado por las normas de conflicto argentinas ([144]).

De la reseña surgen interesantes proyecciones. Si aceptamos que el derecho extranjero es un hecho, la prueba reposa en la actividad de las partes, por vía de principio, y en la iniciativa oficial que, eventualmente, se disponga.

---

143. Sosa, Gualberto L., *La prueba de las normas jurídicas y la reforma procesal*, Rev. La Ley, 132-1222; también en, *Códigos Procesales*..., tomo V-A, cit., págs. 13 y ss.

144. Perugini, Alicia, *Aplicación del derecho extranjero de oficio y calificaciones en el derecho internacional privado argentino. la apariencia de la cuestión previa*, Rev. La Ley, 1984-D, pág. 563.

Si en cambio, las comprendemos como *derecho, lato sensu*, el Juez debe adquirir conocimiento propio, ausente la ayuda de las partes, sin perjuicio de la colaboración necesaria para verificar su existencia (es decir, probar su vigencia y aplicación al *sub lite*) ([145]).

Entendemos que el Juez para el conocimiento e interpretación del derecho extranjero cuenta con suficientes facultades para recabar su consideración, arrimando los textos, de oficio, para su propia cultura y como un medio que soporta la iniciativa de calificar adecuadamente en derecho, los hechos que las partes plantean.

Conocido el orden jurídico extraño, es necesario investigar el contenido de la norma extranjera alegada; la vigencia de la misma; y la correspondencia de su texto con las publicaciones oficiales.

Esta actividad es producto del principio *iura novit curia* que resulta aplicable al caso en análisis. A través de su mecanismo y, en correspondencia sucesiva con lo dicho respecto a la obligación de tomar conocimiento, el Juez consigue interpretar el precepto jurídico con el alcance particular que de la lectura surja; pudiendo subsanar la calificación o encuadre que las partes signaron; tener por válido el marco aportado y resolver el conflicto en consecuencia; pero nunca podrá modificar el objeto procesal.

Se encuadra esta formulación en el sistema diseñado por el derecho alemán cuando dice: "*El derecho extranjero, el consuetudinario y los estatutos sólo deben ser probados cuando no sean conocidos por el tribunal. Para la determinación de estas normas de derecho, el tribunal no está limitado a las pruebas proporcionadas por las partes; él mismo puede valerse también de otras fuentes de conocimiento y ordenar todo lo que conduzca a su utilización*" ([146]).

JURISPRUDENCIA

Doctrina del fallo

C.S. Noviembre 17-1994.- Rubio, Nélida Virginia C. c/ Filippini, Victor Hugo y otro.

1.- Corresponde declarar inadmisible el recurso extraordinario interpuesto, conforme lo establecido en el art. 280 del Cód. Procesal Civil y Comercial .

2.- Es privativo de los jueces el calificar las pretensiones de las partes, facultad que deriva de la regla iura novit curia , cuyo ejercicio no comporta agravio constitucional (del voto del Dr. Moliné O´ Connor) .

---

[145] . Un antiguo voto de Gonzalez Calderón dijo que "la aplicación de la ley extranjera debe ser hecha de oficio por el Juez, sin necesidad de que las partes la invoquen ni prueben su existencia". Cámara Federal, Julio 16/941, J.A. 75-181; Rev. La Ley, 23-523.

[146] . Art. 293 de la Z.P.O.

3.- Conforme el principio iura novit curia, el juez no sólo tiene la facultad, sino el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable, calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes (del voto del Dr. Moliné O´Connor).

4.- El ejercicio de la facultad – deber del iura curia novit – por lo que se determina el régimen normativo pertinente para la solución del litigio – sólo puede ser cuestionado sobre la base de demostrar que se han alterado los presupuestos fácticos del caso o la causa petendi (del voto del Dr. Moliné O´Connor) .

5.- Corresponde desestimar el recurso extraordinario interpuesto pues al calificar la pretensión articulada por la actora- que había requerido el levantamiento del embargo trabado sobre un inmueble invocando su calidad de poseedor en virtud de un boleto de compraventa inscripto con anterioridad a la cautelar en el registro inmobiliario- como una tercería de mejor derecho, el, *a quo* no ha excedido el marco propio de sus atribuciones, desde que, con arreglo a la potestad conferida por el ordenamiento procesal local, procedió a un encuadramiento legal, que en modo alguno resulta irrazonable o el producto de la mera voluntad del juzgador (del voto del Dr. Moliné O´Connor).

6.- Corresponde declarar procedente el recurso extraordinario interpuesto pues el encuadramiento del caso es una tercería de mejor derecho ha sido fundado no sólo en una interpretación opinable de normas jurídicas sino en la ponderación equivocada de los presupuestos fácticos de tales normas, con prescindencia de las circunstancias del caso (en el *sub lite*, el acreedor poseedor del inmueble no se encontraba en posición preferente frente al acreedor embargante del vendedor, pues no había trabado medida cautelar alguna en garantía de su derecho a obtener la escrituración del inmueble libre de todo gravamen). (de la disidencia del Dr. Belluscio)

7.- Corresponde declarar procedente el recurso extraordinario pues, las elaboraciones del *a quo* conducen a un pronunciamiento ultra petita que lesiona la garantía de defensa en juicio (de la disidencia del Dr. Belluscio).

Fallo in extenso

Buenos Aires, Noviembre 17 de 1994.-Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por Victor Hugo Filippini en la causa Rubio, Nelida, Virginia c/ Filippini, Victonr Hugo y otro “, para decidir sobre su procedencia.

Considerando: Que el recurso extraordinario cuya denegación origina la presente queja, es inadmisible (art. 280 del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación)

Por ello, se desestima esta presentación directa y se da por perdido el depósito. Notifíquese y archívese, previa devolución de los autos principales. Ricardo Levene (h).- Carlos Fayt - Augusto César Belluscio (en disidencia)- Enrique S. Petracchi -

Eduardo Moliné O´Connor (según su voto) – Julio S. Nazareno - Antonio Boggiano - Gustavo A. Bossert.

Voto del Señor Ministro Dr. Don Eduardo Moliné O´Connor.- Considerando: 1ro. Que contra la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán que casó lo resuelto en la instancia inferior, hizo lugar a la que calificó como tercería de mejor derecho y ordenó el levantamiento del embargo trabado, el codemandado Filippini interpuso el recurso extraordinario federal, cuya denegación motiva la presente queja.

2.- Que los agravios deducidos por el apelante resulta ineficaces para su consideración en la via intentada, pues las cuestiones deducidas en el juicio remiten al examen de temas de derecho local, procesal y común, materia propia de los jueces de la causa y extraña a la instancia extraordinaria, máxime cuando lo resuelto se apoya en argumentos de igual carácter que más allá de su acierto o error, le confiere sustento jurídico y descartan la tacha de arbitrariedad invocada (Fallos, 305:2081, 306:357 y 721).

3- Que según se ha expresado reiteradamente es privativo de los jueces el calificar las pretensiones de las partes, facultad que deriva de la regla iura novit curia, cuyo ejercicio no comparta agravio constitucional (Fallos, 300:1074; 312:195). Con arreglo a dicho principio el juez no sólo tiene la facultad sino también el deber de discurrir los conflictos y dirimirlos según el derecho aplicable calificando autónomamente la realidad fáctica y subsumiéndola en las normas jurídicas con prescindencia de los fundamentos que enuncian las partes. Esta postestad propia de los jueces deriva de los principios esenciales que organiza la función jurisdiccional(Fallos 296: 633;299:78 y 429, 300:1034; 305:405; 408:778; 310:1536; causa L-149 XXIV,” Losada, de Paoluchi, María Esther c/ Paoluchi, José Domingo”, del 19 de octubre de 1993).

4.- Que el ejercicio de esta facultad -deber- por la que se determina el régimen normativo pertinente para la solución del litigio- sólo puede ser cuestionado sore la base de demostrar que se han alterado los presupuestos fácticos del caso o la causa petendi (Fallos, 307:919; causa M. 806.XXII, “Mapuche Country Club Asociación Civil c/ López de Marsetti, Hebe Edith y otros”, del 18 de septiembre de 1990), es decir, cuando se modifican de ese modo los elementos objeto de la demanda o de la oposición (Fallos, 306:1993; causa M.215 XXII, “ Medefin SA Cía Financiera c/ D.G.I. s/repetición” del 1 de Octubre de 1991), con la consiguiente lesión del derecho de defensa.

5- Que al calificar la pretensión articulada por la actora - que habría requerido el levantamiento del embargo trabado sobre un inmueble invocando su calidad de poseedor en virtud de un boleto de compraventa, inscripto con anterioridad a la cautelar en el registro inmobiliario- como una tercería de mejor derecho, el *a quo* no ha excedido el marco propio de sus atribuciones, desde que, con arreglo a la potestad conferida por el ordenamiento procesal local(art. 34 del Cód. Procesal de Tucumán)y sin apartarse de los hechos alegados y probados por

las partes ni del objeto de la pretensión, procedió a un encuadramiento legal que, si bien opinable, en modo alguno resulta irrazonable o producto de la mera voluntad del juzgador, ni pudo redundar en menoscabo de la defensa en juicio.

6.Que ello es así pues, como se destacara en el pronunciamiento impugnado, la pretensión fue deducida para obtener el levantamiento del embargo, fundándose en un derecho preferente que el actor invocaba a su favor, formulación que permitió a la contraparte esgrimir las defensas que tenía a su alcance; de ahí que el tratamiento de la acción deducida como tercería de mejor derecho, no importó suplir un error de hecho del actor, ni modificar los términos en que se había trabado la litis,ni colocar a alguna de las partes en situación de indefensión, limitándose a una calificación jurídica distinta, aspecto insusceptible de ser revisado en la instancia extraordinaria.

7. Que, bajo otro aspecto, el tribunal *a quo* entendió que cabía admitir la posibilidad de tercería de mejor derecho que se limiten a la percepción de una suma de dinero, como así también de prioridades temporales que tienen por vocación obtener un pago no dinerario- interpretación con sustento doctrinal y con asidero en el texto del art. 95 del código de forma-, de modo que podría ser factible dentro de su régimen una especie de tercería de mejor derecho cuyo objeto fuera el logro del pago por entrega de la cosa misma, supuesto que se configuraría en el sub examine, donde – en función de la particular naturaleza de su derecho- el actor ostentaría un derecho a la cosa, ius ad rem.

8. Que los restantes agravios tampoco son aptos para habilitar la via intentada, toda vez que, enderezada la acción a tenor del encuadramiento señalado, los planteos efectuados resultan ineficaces para modificar la solución del caso, máxime cuando lo decidido – al declarar inaplicable la norma registral local como contraria a la ley nacional- no da lugar al recurso extraordinario por faltar la resolución contraria que requiere el art. 14 de la ley 48 (Fallos, 302-998).

Por ello, se desestima esta presentación directa y se da por perdido el depósito. Notifíquese y archívese, previa devolución de los autos principales. *Eduardo Moliné O´Connor*.

Disidencia del Señor Ministro Doctor Don Augusto César Belluscio- Considerando:

1 Que la sentencia de la Corte Suuprema de Justicia de la Provincia de Tucumán casó lo resuelto en la instancia anterior, hizo lugar a la que calificó tercería de mejor derecho y ordenó el levantamiento del embargo trabado por Víctor Hugo Filippini sobre el inmueble objeto del boleto de compraventa celebrado el 26 de Noviembre de 1987 entre Bernardo Diaz y quien se presentó como tercerista, Nélida Virginia Rubio. Contra ese pronunciamiento, el codemandado Filippini dedujo el recurso extraordinario federal, cuya denegación por el auto de fs. 319/322 dio origen a la presente queja.

2 Que el apelante solicita la descalificación de la sentencia por vicio de arbitrariedad, que fundamenta en los siguientes agravios: a) el tribunal *a quo* ha creado un nuevo derecho real – ius ad rem- con alcances similares al dominio, con prescindencia de lo dispuesto en los artículos 2502, 2503,1184 inc.1º,970 a 979 del Cód. Civil y normas concordantes e incurre en violación de las garantías consagradas en los arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional; b) modifica los términos en que fue trabada la litis al convertir la tercería de dominio que dedujo la actora, en una tercería sui generis no prevista en el ordenamiento procesal, cual es la tercería de mejor derecho con los alcances propios de una tercería de dominio; c)el fallo apelado deroga el sistema de publicidad registral (ley nacional 17.801 y ley provincial 3690), lo cual conduce a equiparar al acreedor que ha firmado un boleto de compraventa con el titular de una escritura de dominio inscripta.

3. Que si bien el conflicto involucra cuestiones fácticas, procesales y de derecho común y local, que no justificarían, en principio, la intervención de este Tribunal, corresponde hacer excepción a la regla cuando, como en el caso, las elaboraciones del *a quo* con el fundamento en el principio iura novit curia conducen a un pronunciamiento ultra petita que lesiona la garantía de defensa en juicio(art. 18 de la Constitución Nacional),pues la parte contraria no pudo razonablemente argumentar anticipándose a una solución que prescinde del presupuesto fáctico de la norma que aplica.

4. Que, en efecto, el superior tribunal local modifica los términos en que quedó trabada la litis, pues el marco fáctico y jurídico debatido en la primera instancia fue limitado a los efectos propios de una tercería de dominio, es decir, la liberación del inmueble del embargo que afectaba el derecho del dueño. Por lo demás, el forzado encuadramiento del caso en una tercería de mejor derecho ha sido fundado no solo en una interpretación opinable de normas jurídicas sino en una ponderación equivocada de los presupuestos fácticos de tales normas, con prescindencia de la circunstancia de que, en el caso, el acreedor poseedor del inmueble no se encontraba en posesión preferente frente al acreedor embargante del vendedor, pues no había trabado medida cautelar alguna en garantía de su derecho a obtener la escrituración del inmueble libre de todo gravamen.

Que en las condiciones expuestas, la sentencia apelada sólo satisface de manera aparente la exigencia de constituir una derivación razonada del derecho vigente, con aplicación a los hechos concretos de la causa, lo cual torna irrelevante el tratamiento de los restantes agravios e impone la descalificación del fallo como acto jurisdiccional.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia apelada de fs. 279/288.Con costas. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Notifíquese, reintégrese el depósito de fs.1, agréguese la queja a los autos principales y, oportunamente, remítase- *Augusto César Belluscio*.

NULIDAD DE LA SENTENCIA POR DEFECTOS DE FUNDAMENTACION

Sumario: 1. Principios generales; 2. Los fundamentos de la sentencia; 3. Vicios en el acto de juzgar; 4. Las cuestiones de hecho y de derecho; 5. El juicio jurisdiccional; 6. El estudio del comportamiento en el proceso; 7. El vicio de incongruencia; 8. La nulidad declarada de oficio.

1. Principios Generales.

La sentencia puede nulificarse en dos andariveles opuestos, sea por decisión de las partes que impugnan el pronunciamiento, o en ausencia del interés particular, por la actividad saneadora de la jurisdicición *ad quem*, actuando de oficio ante la evidente malformación del fallo.

De igual modo, los motivos de nulidad se bifurcan hacia las formalidades extrínsecas ([147]), y las intrínsecas, estas últimas vinculadas con la fundamentación y contenido del fallo.

De las primeras nos ocupamos antes de ahora ([148]), por lo cual hemos de abordar, complementariamente, las nulidades emergentes de los vicios de congruencia y deficiente motivación.

En tal sentido, conviene aclarar desde ahora, que cualquier sentencia puede ser válida aun con irregularidades o vicios manifiestos, circunstancia que acontece cuando las partes no impugnan o la alzada no cubre con suficiencia la potestad revisora.

Por eso, es conveniente distanciar la eficacia de la validez, porque un pronunciamiento injusto es un acto pleno y legítimo pese a sus deficiencias.

Clásicamente, los vicios de fundamentación incursionan por las variables de la incongruencia, de manera que, según donde radique el error, la sentencia podrá pecar por defectos en las personas, en el objeto o en la causa, sin perjuicio de otras posibilidades que trataremos de especificar.

2. Los fundamentos de la sentencia.

La sentencia debe ser fundada. Así lo disponen la mayoría de los códigos procesales y algunas constituciones de provincias.

Es este un triunfo logrado por el derecho procesal constitucional, al exigir este recaudo de motivación como pauta de validez de todo pronunciamiento, y a modo de soporte fundamental de la garantía del debido proceso.

---

[147] **.** Gozaíni, Osvaldo A., *Nulidad de la sentencia por omisiones de forma*, en Doctrina Judicial, 1993-1, pág. 249 y ss.

[148] **.** Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Civil, tomo I volumen 2,* editorial Ediar, Buenos Aires*, 1992,* pág*. 674 y ss.;* también artículo citado en nota anterior.

Jurisprudencialmente se ha diseñado esta regla, indicando que constituye requisito indiscutible de validez de las sentencias judiciales que ellas sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente de plena aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

De tal modo resulta imprescindible que cada fallo judicial explicite las razones que justifican una orientación determinada.

Es preciso, en consecuencia, conocer ese desarrollo mental que se suministra en los considerandos de la sentencia, dando las pautas de pruebas que se consideran verificadas y la subsunción efectuada en el orden normativo.

Además, una exposición suficiente facilita el grado de persuasión que la sentencia conlleva como medio de indicar la justicia en el caso concreto; tanto como para que las partes conozcan las razones por las que se admite o rechaza una pretensión, dando posibilidad consecuente para una crítica puntual.

No debe descartarse que este recaudo de fundamentación confiere, a igual tiempo, una probable utilidad para el control efectivo de los actos; haciendo pública la opinión vertida, en el sentido de que el fallo deja de ser cosa de partes para transferirse a la consideración pública.

La carencia de motivación resulta descalificada por el vicio de nulidad (como sucede en la causa que comentamos); igual consecuencia contrae la sentencia con fundamentos insuficientes, o equivocados, o bien que se afirma en consideraciones meramente dogmáticas que no tiene en cuenta las circunstancias que fueron demostradas en la causa.

Importa advertir que el calificativo de sentencia infundamentada, tiene un contraste en la apreciación que las partes sostengan. Quien obtiene pronunciamiento favorable, seguramente, ante la ausencia de agravio, no podrá decir que el fallo sea infundado. De otro lado, el perdidoso, podrá calificar de aquél modo a la sentencia pero su estima tiene un valor meramente hipotético y eventual, sólo posible de confirmación si prospera el recurso que dedujese contra el fallo.

Ciertas orientaciones doctrinarias y jurisprudenciales dan cuenta de cuestiones que hacen a este desvío del deber jurisdiccional, algunos más graves que otros, pero todos suficientes para demostrar la causa que nulifica la decisión.

3. Vicios en el acto de juzgar

En verdad, si nos guiaramos por lecturas procesales atentas sobre el código, podríamos afirmar que ésta es una hipótesis posible de descarte, toda vez que existe un control hacia la regularidad y continuidad de los actos procesales que, difícilmente, harían ocultables los vicios intrínsecos en la voluntad de quien debe decidir.

La libertad para decidir es un artífice de la independencia judicial. La voluntad libremente adoptada y expresada es un requisito fundamental del

contenido de la sentencia ([149]), de manera que si ella falta o está viciada, la sentencia es defectuosa, generando su inmediata nulidad.

Hablamos de vicios del consentimiento, como contingentes que desnaturalizan la voluntad del acto procesal ([150]).

Una sentencia sin motivación priva a las partes de la facultad de fiscalizar la reflexión del magistrado. Inclusive, si esa ausencia es voluntaria puede cumplirse la tipificación del delito de denegación de justicia.

Sin embargo, es raro que un pronunciamiento no tenga alguna fundamentación, habida cuenta que el requisito constitucional de que el juez invoque en lo esencial la ley que corresponde a la cuestión en juzgamiento se cumple cuando la sentencia, como unidad, se encuentra amparada, sin que se exija con parejo rigor que la cita luzca en relación a cada uno de sus considerandos y conclusiones.

La mínima causa de convicción limita la reserva pensada para descalificar absolutamente el fallo, pero no empece a que se considera arbitraria o intolerable con el deber exigido como recaudo constitucional de eficacia en los procesos.

Pensando en esa garantía la motivación debe reunir características expresas que luzcan manifiestas en el acto.

Por supuesto, como acto escrito que resulta, la decisión debe ser positiva y expresa sin remitir a parte alguna del expediente. Lo mismo cabe decir respecto de aquellos que invocan genéricamente una ley, sin expresar artículos o doctrinas emergentes, porque de este modo, imposibilitan la impugnación precisa y concreta que la alzada requiere para autoabstecer el escrito de impugnación.

La motivación insuficiente, contradictoria, liviana, o de similar registro, no nulifican el fallo, sólamente lo tornan revocables por el vicio *in iudicando* que portan.

Igual temperamento siguen los pronunciamientos que se basan en apreciaciones meramente dogmáticas, o que no cuentan con fundamentos legales, o bien apartados de los argumentos sostenidos por las partes, o que omiten considerar pretensiones o defensas, etc.

La explicación suficiente de las razones, además de ser expresa, debe abarcar los hechos, el derecho, interesarse con una debida valoración de la prueba y motivarse en una lógica deductiva que justifique plenamente la resolución adoptada.

Las motivaciones de hecho pertenecen al área de las cuestiones propuestas por las partes como conducentes y en contradicción circunstancial. La investigación que el juez pueda abordar es un tema contingente, porque la regla indica que no puede apartarse del perfil de la realidad que el actor presenta y de la modificación -eventual- que el demandado proponga. Son los principios de igualdad en el debate y de la garantía de defensa en juicio.

---

[149] **.** De la Rua, Fernando, *Teoría General del Proceso*, editorial Depalma, Buenos. Aires, pág. 142.

[150] **.** Gozaini, *Derecho Procesal Civil*, ob. cit. pag. 101.

Por eso se reitera que para asegurar este derecho no es necesario el tratamiento de todos y cada uno de los planteos que las partes articulan, sino únicamente de aquéllos que son conducentes para la decisión del caso.

La determinación judicial sobre los hechos probados es el nudo gordiano de la sentencia. Se procura que los jueces fijen con espíritu crítico la valuación de cada elemento arrimado al proceso, expresando la convicción que obtenga de cada uno, sin necesidad de explicarlos pormenorizadamente. Inclusive, puede elegir unos y descartar otros, pero debe fundar la selección, porque así se lo impone la regla descriptiva del fundamento suficiente.

Luego de la valoración de los hechos admitidos o de las alegaciones controvertidas conducentes que han sido verificadas, el juez debe corresponder esas situaciones con el derecho. Es ésta, aquélla función del acto de juzgar por el cual se determina si la voluntad concreta de la ley ampara a la contingencia concreta, permitiendo en caso afirmativo, hacer la relación jurídica determinante.

No es sentencia una decisión judicial que propone tener por acreditado un hecho sin asignarle su correspondiente jurídico, porque es deber del pronunciamiento, como en los demás actos procesales, el constituir, modificar o extinguir una relación jurídica.

4. Las cuestiones de hecho y de derecho

La distinción entre cuestiones de hecho y de derecho ofrece dificultades teóricas de extrema magnitud. Sobre todo cuando ha de considerarse la prueba eficaz para poder establecerlos.

Difícil es ponerse de acuerdo sobre lo que es el "hecho" mismo sin intercalar subrepticiamente un juicio de valor. Es que el intérprete ha de valorar el mérito de los testigos, de los indicios, de los informes, para poder determinar el "hecho". Las normas jurídicas de la sana crítica, de la conciencia del juez, de la libre convicción, se apoyan en la lógica jurídica y en la razón o sano juicio.

Pasar del "hecho probado" como fenómeno del mundo del ser a su estimación y cualificación ya es misión jurídica, que como tal lleva ínsita una valoración legal. Y por amplios que sean los poderes judiciales para establecer los hechos, hay un límite legal cual es el de la arbitrariedad o el absurdo ([151]).

En la calificación del derecho aplicable el juez utiliza la fórmula *"da mihi factum dato tibi ius"* (dadme los hechos, yo pondré el derecho), es decir que, con ajuste a los hechos denunciados y probados el juzgador queda en libertad para dar el encuadre de derecho pertinente, pero siempre dentro de la categoría de hechos puntualizados en los escritos de demanda y contestación.

Los fundamentos deben apreciar la solidez de las pruebas en base a la concordancia que proporcionen entre la existencia efectiva de los medios y la posibilidad de verificar en la dirección que la actividad ejercida pretende. Por lo tanto el fundamento gnoseológico del sistema reside en la cientificidad de la

---

[151] **.** Morello, Augusto Mario. - Sosa, Gualberto Lucas - Berizonce, Roberto Omar, *Códigos Procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación*, tomo II-C, editorial Platense-Abeledo Perrot, Buenos. Aires., pág. 28.

fuente, es decir, en la probabilidad de que éste sea susceptible de confirmación por la ciencia a la cual pertenencen los diversos hechos comprendidos en el objeto de la prueba.

Una vez establecidas las pruebas que fijan los hechos y verifican las situaciones alegadas, y confrontados los hechos, comienza el juicio lógico de subsunción, de conformidad con las reglas que el ordenamiento establezca para la apreciación de los medios de confirmación.

El objetivo es alcanzar certidumbre sobre la verdadad propuesta en la pretensión. De modo tal que el resumen de la actividad se concreta en el postulado jusrisprudencial que exige que toda sentencia sea una derivación razonada (lógica y suficiente) del derecho aplicable a los hechos constatados en la causa.

Ello significa que el raciocinio elaborado ha de ser congruente, sin contradicciones internas ni construcciones equívocas o ambiguas que cercenen la calidad del pronunciamiento.

5. El juicio jurisdiccional

Venimos reiterando que el proceso elaborador del fallo no necesita considerar todas y cada una de las pruebas incorporadas a la litis, sino, tan sólo, aquellas que sean importantes. Basta, entonces, que se mencionen aquéllas que se consideren conducentes para resolver el litigio.

El orden y la preferencia es facultad del órgano, posibilidad que se extiende al cuadro de argumentaciones propuestas, porque también aquí el juez podrá optar por las que sean pertinentes y útiles, con la única limitación de que no se aparte de las cuestiones que constituyen el objeto del juicio.

La esencia (trascendencia) de la cuestión se advierte cuando ellas son necesarias para la correcta solución del pleito; sea porque de su interpretación dependa directa y necesariamente el sentido y alcance del fallo, o porque se vinculan a la dimensión cuantitativa del objeto mediato de la pretensión, o bien porque, en definitiva hagan depender de su suerte el destino final de la causa.

Ahora bien, de acuerdo al tipo de pretensión que se estudie, es posible efectuar un orden de tratamiento en esas cuestiones vitales y trascendentes para resolver el proceso. Si fuese, por ejemplo, un proceso donde se reclamen daños y perjuicios derivados de un hecho ilícito, será menester, previamente, decidir lo referido a la culpa, para objetivar desde allí, la responsabilidad extracontractual y el monto de la indemnización.

De igual modo, en un proceso de divorcio contencioso, donde una de las partes alegue la culpa del otro en la disolución de la sociedad conyugal; antes de decretar la separación de cuerpos y bienes, el juez deberá ponderar la culpa para obrar consecuentemente en los accesorios derivados del divorcio, como son las costas y la permanencia o no del derecho de sucesión.

En estas tipificaciones de la naturaleza del objeto procesal, y en otras comunes tomadas de la simple praxis, existe un orden secuencial que el sentenciante sigue para dictar su pronunciamiento.

Esa serie, generalmente, comienza con la enunciación de los hechos articulados que se consideran separadamente, indicando aquellos que vivifican la esencia misma de la controversia. Luego se ponderan separadamente las cuestiones del actor y las que dedujo el demandado. Una vez efectuados estos pasos, se fijan los hechos controvertidos y se evaluan los méritos probatorios (aquí el juez no tiene porque seguir un orden preestablecido), para luego aplicar el derecho invocado o el que surja correcto por aplicación del *iura novit curia*, decidiendo, finalmente, en forma expresa, positiva y precisa.

6. El estudio del comportamiento en el proceso

La conducta observada por las partes, es también fuente de fundamentos para resolver un litigio.

Es la regla que establece el art. 163 inciso 5º apartado final -introducido por la reforma procesal de la ley 22.434- al referir que *"La conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas, para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones".*

Como ocurre en las presunciones, la conducta tiene un valor indiciario, así sucede en los casos de negativa a aportar prueba documental (art.388, CPN), en las respuestas evasivas provenientes del interrogatorio que haga el juez en ejercicio de sus facultades instructorias o bien, cuando se trata de preguntas recíprocas; o de la incomparecencia a los actos, etc. No se descarta de estas actitudes proyecciones concretas del principio de colaboración procesal, que cuando resulta eludido otorga motivación suficiente para concretar un desvío en las reglas del comportamiento leal, probo y honesto.

Huelga agregar que ni presunciones ni indicios sirven para fundar por sí solos una sentencia, porque son elementos corroborantes.

7. El vicio de incongruencia

Se denomina congruencia a la precisa adecuación entre lo pedido en la demanda y lo otorgado por la sentencia.

Responde al principio romano, según el cual *iudex iudicare debet secundum allegata et probata partium*, mostrando la intrínseca relación entre dos términos específicos del proceso: los escritos constitutivos con sus pretensiones, y la sentencia con sus respuestas puntuales.

Objeto procesal y parte dispositiva de la estructura sentencial, recortan con mayor precisión el ajuste a servir.

Así lo recuerda el art. 163 inciso 6º apartado primero al resolver que la sentencia debe ser una decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con las pretensiones deducidas en el juicio calificadas según correspondiere por ley, declarando el derecho de los litigantes y condenando o absolviendo de la demanda y reconvención, en su caso, en todo o en parte.

También el art. 34 inciso 4º dice que es deber del juez respetar el principio de congruencia.

Ambas disposiciones reciben el carácter dispositivo del proceso, exigiendo dicha conformidad entre pretensiones y sentencia definitiva.

Supone esta regla que el juez no pueda considerar otras alegaciones que no hubiesen ingresado en la litis oportunamente, ni agregar otras que fuesen ajenas a la relación procesal.

La decisión expresa y positiva que la ley requiere debe estar en relación directa con las pretensiones deducidas en el juicio y con arreglo a las causas invocadas. Cualquier desvío en esta base de raciocinio, conculcaría las reglas del juego que los mismos justiciables establecieron al trabar sus diferencias y concretar sus objetivos. Tales cuestiones, esenciales y conducentes, se apoyan en las garantías constitucionales hacia la propiedad y el debido proceso.

Por ello la correlación debe darse en el triple orden de los sujetos, del objeto y de la causa petendi.

a) Congruencia con las personas o sujetos del proceso: la legitimación procesal que constituye en partes a los sujetos enfrentados en una controversia, o en peticionario a quien requiere en un proceso de jurisdicción voluntaria, determina quienes han de ser los que resulten interesados por el pronunciamiento judicial.

Es preciso individualizar las personas, sin posibilidad de remisiones indeterminadas o ambiguas (V.gr: condeno a ...y a toda otra persona que se vincule con ésta como asociado en sus intereses; también, no satisface tal recaudo la locución "empresas del grupo", pues ello encierra una condena indiscriminada.

b) Congruencia con el objeto procesal: la congruencia de este encuadre es doble: el primer aspecto refiere a las peticiones o pretensiones que se plantearon como objeto y causa petendi y su vínculo con la sentencia, íntegramente considerada. Y la restante, recala en la parte dispositiva exclusivamente, para advertir si el fallo atiende a todas y cada una de esas cuestiones.

Recordemos que la congruencia con la forma como ha quedado trabada la litis, puede llevar a decir lo que está fuera del foco litigioso (sentencias extra petita), o a no decir lo que se requirió decidiendo en cuestiones que no interesan (sentencias citra petita), o bien, resolviendo mas cuestiones que las oportunamente alegadas (sentencias ultra petita).

En todos los casos el error en la aplicación consecuencial puede ser cuantitativo o cualitativo.

Ramos Mendez divide como clases de incongruencia tres tipos: a) en cuanto a las cosas -cuantitativa-, cuando el fallo otorga con exceso un monto superior al solicitado; y a contrario sensu, cuando otorga menos de lo pedido; b) en cuanto a las cosas, la incongruencia se dá por acceder a lo que no fue pretendido, o se deniega lo que nadie pide; c) en cuanto al modo, se refiere cuando la sentencia varía la causa de pedir alegada, estima excepciones

distintas a las formuladas por el demandado, o modifica los hechos admitidos por ambas partes o los hechos alegados en el proceso ([152]).

Interesa destacar que no importa sentenciar incongruentemente cuando sin mediar pretensión de parte, se declara la inconstitucionalidad de un precepto legal, porque esta es una actividad inserta en el marco de la supremacía constitucional y, en el orden procesal, se recibe por el brocárdico iura novit curia. Por otra parte es un tema de derecho, donde las alegaciones de las partes en tal sentido no someten al juez ni lo limitan en su interpretación.

Con relación al objeto, puede agregarse otra particularidad proveniente de la omisión de cuestiones oportunamente propuestas.

En efecto, esta ausencia de ponderación puede estar en toda la estructura de la sentencia; o bien considerada, pero sin transmitirse a la parte dispositiva las derivaciones logradas a su respecto.

Importa el primer aspecto, por cuanto la segunda situación se corrige por la aclaratoria o por la intervención de la alzada en el recurso pertinente.

Si al dictarse sentencia se omite todo tratamiento a un punto litigioso discutido y verificado en actividad probatoria, siendo el mismo esencial y conducente, la decisión afecta la garantía prevista en el art. 18 de la Constitución Nacional, por ser ausente de necesaria motivación.

c) congruencia respecto de la causa: la invocación que las partes hacen otorgando a sus afirmaciones un sentido jurídico que creen justo y adecuado, no puede modificarse posteriormente sin desmedro de la garantía operante de la defensa en juicio.

Hablamos de aporte de material fáctico y de deducciones que soportan la causa de pedir. Son un correlato de las situaciones que le preceden, pero singularizan su obrar en que la formación del material de conocimiento constituye una carga de las partes, y el juez no puede apartarse de ellas, ni calificarlas adecuadamente, si con ello desvirtúa el sustracto mismo de la pretensión (V.gr: si quien reclama un desalojo lo hace a título de administrador, no puede recibir el inmueble desocupado como si fuese el propietario; o si se demanda alegando la causal de falta de pago en que incurriera el demandado como locatario, no cabe acoger la pretensión para conceptuar probado que el legitimado pasivo reviste la condición de comodatario y como tal se encuentra obligado a la restitución de la cosa).

Los efectos de la incongruencia se advierten por la denuncia oportuna a través de los recursos que otorgue el orden procesal. No nulifican el fallo, solamente lo tornan anulable por el déficit que tengan. La vía habitual para la corrección en la alzada es el recurso de nulidad, y en las instancias superiores, el recurso de casación.

8. La nulidad declarada de oficio

El principio procesal fijado por el art. 172 del código procesal permite al juez *declarar de oficio la nulidad siempre que el acto no estuviese consentido*.

---

[152] . Ramos Mendez, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, tomo I, editorial Bosch, Barcelona, 1992, pág. 611.

De manera que el problema estribaría en la posibilidad de nulificar los actos nulos que las partes hubiesen convalidado o consentido.

De conformidad con el principio de convalidación, toda nulidad procesal queda subsanada por el consentimiento, desde que ellas tienen, por regla general, carácter relativo.

No obstante, la extensión del principio no alcanza a los actos nulos e inexistentes ([153]).

Pero esta es sólo una opinión, y la jurisprudencia -vacilante en esta materia-, sostiene que la convalidación consagrada en el art. 170 es aplicable a toda articulación sobre nulidad de actuaciones, desde que la norma no autoriza a efectuar distinciones. Concordantemente, se ha declarado que no existen nulidades procesales absolutas y el consentimiento expreso o presunto de la parte a quien perjudica, opera la preclusión, sin que razones abstractas fundadas en el mero interés de la ley autoricen una revisión que atentaría, de entrada contra la seguridad de decisiones pasadas en autoridad de cosa juzgada ([154]).

Desde otra perspectiva, se prioriza el orden público y la relación con facultades indelegables que se vinculan con la recta administración jurisdiccional; por tanto, la advertencia de actos irregulares que manifiestan inobservancia de disposiciones de carácter imperativo, como la constitución de los presupuestos fundamentales para la litis o el desarrollo efectivo de la función sin máculas que la inficionen, autorizarían a declarar de oficio las nulidades encontradas.

En medio de esta duplicidad de criterios, obra una función preventiva del juez que, de ejercitarse adecuadamente, eliminaría los riesgos de un proveso inválido.

En efecto, el art. 34 inciso 5º ap. b) dice que es deber de los jueces "*señalar, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que fije, y disponer* de oficio *toda diligencia que fuere necesaria para evitar nulidades*".

Esta disposición podría decir, teleológicamente, que si el juez no dictó la adecuación formal necesaria, no puede luego volver sobre sus propios actos, subsanando un error que él mismo posibilitó como *director del proceso*.

La mayoría doctrinaria sostiene que *no procede declarar de oficio las nulidades procesales por cuanto ésta es una actividad propia de los litigantes, y si estos los admiten y toleran, el juez no puede sustituir el interés en un acto absolutamente dispositivo*.

En posición mas atenuada se piensa que *puede oficiosamente actuarse un acto de invalidación, siempre que las partes aún no lo hubieran consentido*.

---

[153] . Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Civil*, tomo I *Teoría General del Derecho Procesal*, volumen 2, editorial Ediar, Buenos Aires, 1992, págs. 831 y ss.

[154] . SC Bs. As., Acuerdos y Sentencias, 1975 pág. 642; íd. La Ley, 1976-B, pág. 407, en jurisprudencia que pervive.

Nosotros creemos que es posible para el juez declarar *ex officio* una nulidad procesal, no obstante fuese consentida y convalidada por las partes, si ella incide en la regularidad sustancial del proceso.

La supremacía de la justicia, y de un servicio jurisdiccional eficaz no puede permanecer absorto al espectáculo de un proceso inválido que pervive por la inactividad del tribunal. Ni la preclusión, ni los presupuestos de la pretensión subordinan el interés superior de la justicia.

Si bien el orden público puede sostener este fundamento, nos parece más apropiado instalar la cuestión en terreno de las garantías del debido proceso.

Por tanto, la actuación oficiosa vela por un activismo judicial que corresponda la seguridad y valor del proceso justo, con el presupuesto de trascendencia que porta la nulidad procesal.

El *perjuicio a la parte* o a *terceros* no es necesario, ni requiere de acreditación; el juez sólo constata el vicio y no necesita de corroborantes en los demás principios de las nulidades.

NULIDAD DE LA SENTENCIA POR FALTA DE FIRMA

Comentario a fallo.

1.- En otro trabajo destinado a explicar algunas características del tema, señalamos que la firma de la sentencia, sea del juez o de los magistrados que integran la votación colegiada, es un requisito esencial que hace a la existencia misma del documento. Inclusive si la firma no fuese completa invalida el fallo (aun siendo posible su regularización) por cuanto se requiere "firma entera", esto es el nombre particular escrito de manera también particular según el modo habitual y corriente seguido por la persona en diversos actos ([155]).

En esa oportunidad observamos una derivación del problema, cuando la sentencia la suscribe por error, quien no tuvo participación en el acuerdo, aun cuando posteriormente se incorpora como magistrado de la sala del tribunal de apelaciones,

Es decir que el caso se presenta para resolver la vigencia efectiva del pronunciamiento cuando difieren los jueces que ocasionalmente integran la cámara respectiva.

Para ello es preciso determinar que importancia tiene la formación del acuerdo, pues al ser necesario e imprescindible para formar la mayoría coincidente, a partir de allí se comprenden la unidad ontológica de la sentencia.

La posibilidad de armonizar las argumentaciones y conclusiones se encuentra en la elaboración particular que presenta la sentencia de segunda instancia y, en general, la de todos los cuerpos colegiados a pluralidad de miembros.

Se parte de ciertas premisas de organización que consisten en no apartarse de las solemnidades requeridas para la emisión de toda sentencia. Vale decir, los requisitos formales se mantienen invariables, pero cambia el análisis de los fundamentos y su transcripción de acuerdo con ciertas reglas procesales.

2. Las causas que quedan en estado de dictar sentencia son sorteadas para el estudio por magistrado que resulte seleccionado en primer turno. En este aspecto, se respeta el principio según el cual el presidente*, primus inter partes,* será el último en juzgar.

Concluido el voto del primer opinante, pasan las actuaciones al siguiente para que formule su propia argumentación.

Esta fase, permite *adherir* a los fundamentos obrantes, *adherir parcialmente, discrepar en todo o en parte***,** o emitir el fallo con propias motivaciones pero que coinciden en la parte dispositiva del fallo.

---

[155]. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Nulidad de la sentencia por defectos de forma,* Doctrina Judicial, l993-1-149 y ss.

El voto adhesivo es una particularidad de las sentencias de grado, y se concreta en el denominado *acuerdo*.

El pilar donde se asienta esta metodología es la convergencia hacia la *mayoría de opiniones en sentido coincidente* ([156]).

La Corte, en numerosas casos sostiene que debe preservarse la unidad lógico-jurídica de la sentencia, de manera que su parte dispositiva sea conclusión final y necesaria de los prudentes análisis realizados sobre los supuestos fácticos y normativos.

3. En esta oportunidad, el fallo lo suscribe quien no participa de la formación de dicha mayoría coincidente, pero la irregularidad no es bastante para descalificar la sentencia en razón del marco que regulan los arts. 109 y 111 del Reglamento para la Justicia Nacional. ¿Por qué?

En primer lugar porque la integración del tribunal es adecuada con el sistema organizado constitucionalmente. El cambio de jueces nunca puede ser causa de nulidades sustanciales; en realidad, son contadas las excepciones que este criterio recibe (por ejemplo cuando en los procesos de divorcio sustanciados bajo el derogado art. 67 bis, el juez que tomaba las audiencias de conciliación era distinto respecto al que debía dictar la sentencia).

En segundo término, porque no se ha prescindido deliberadamente de la intervención de los magistrados para la constitución de la mayoría (conf. Fallos, 223-486, 233-17, entre otros).

Finalmente, porque la unidad de pensamiento está explícita en la causa al haberse incorporado el expediente al proyecto del vocal que no suscribe.

Es, entonces, un correcto temperamento el asumido en el fallo de la Corte. No vale sostener la nulidad, por la nulidad misma. Ese es el mensaje.

JURISPRUDENCIA
DOCTRINA DEL FALLO

CS, octubre 27-1994.- Laurent, Cecilia L. s/testamentaria s/ incidente de protocolización.

1.- Es procedente el recurso extraordinario interpuesto en virtud de la obligación que le cabe a la Corte de corregir la actuación de las cámaras nacionales de apelaciones cuando aparezca realizada con transgresión de los principios fundamentales inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia, inclusive por la razón de que dichas tribunales se hallan bajo la superintendencia de la Corte Suprema, entre otros fines, a los del cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan su constitución y funcionamiento.

---

[156]. Ver Capítulo “Las mayorías coincidentes en las sentencias colegiadas”.

2.- Si es el caso, por mero error de hecho la decisión judicial fue suscripta por otro juez integrante de la misma sala de la Cámara Civil, no debe considerarse que la *ratio legis* que inspira los arts. 109 y 111 del Reglamento para la Justicia Nacional ha sido conculcada (en el *sub lite*, el juez no firmante de la resolución había dado su aprobación a la solución adoptada de lo que se da cuenta el proyecto que -por el inicialado- en copia obra en los autos).

3.- Si en el caso por mero error de hecho la decisión judicial fue suscripta por otro juez integrante de la misma sala de la cámara civil no se advierte la transgresión de los principios fundamentales inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia o el agravio a la defensa en juicio. Por lo tanto, debe confirmarse la sentencia apelada.

4- En el examen del cumplimiento de los recaudos solemnes que hacen a la existencia de la sentencia, cabe atenerse únicamente a las constancias del instrumento público en el cual esta redactado el fallo, y si de aquel surge que quien participó en el acuerdo y tomó la decisión no fue el magistrado a tal efecto, sino otro que era ajeno a la convocatoria, las explicaciones ulteriores efectuadas por los miembros del tribunal resultan inoficiosas para modificar el contenido del acto instrumentado (de la disidencia de los doctores *Nazareno, Boggiano y Moliné O' Connor*).

5.- Corresponde dejar sin efecto la sentencia apelada pues en el pronunciamiento impugnado se han omitido las formalidades esenciales con grave afectación del derecho de defensa en juicio que asiste a las partes lo que determina su inexistencia como sentencia de la Cámara (de la disidencia de los doctores *Nazareno, Boggiano y Moliné O' Connor).*

Fallo in extenso

Buenos Aires, octubre 27 de l994- Vistos los autos: “Laurent, Cecilia L. s/ testamentaria s/incidente de protocolización”.

Considerando: 1° Que contra el pronunciamiento de la sala B de la Cámara de Apelaciones en lo Civil de la Capital Federal que -al revocar el de la primera instancia - declaró que el instrumento examinado no reunía los requisitos que debe contener el testamento ológrafo, la incidentista dedujo el recurso extraordinario (fs. 130/132) que fue concedido a fs. 143/143 vta.

2.° Que el apelante sostiene que la sentencia recurrida es violatoria de los arts. 109 y 111 del Reglamento para la Justicia Nacional pues sólo fue suscripta por dos de los integrantes de la sala, ya que aparece firmada -en tercer lugar- por un juez ajeno a la contienda, en lugar del designado al efecto.

3°. Que el recurso es procedente en virtud de la obligación que le cabe al tribunal de corregir la actuación de las cámaras nacionales de apelaciones cuando aparezca realizada con transgresión de los principios fundamentales inherentes a la

mejor, y más correcta administración de justicia; inclusive por la razón que dichos tribunales se hallan bajo la superintendencia de la Corte Suprema, entre otros fines, a los del cumplimiento de las disposiciones legales y reglamentarias que regulan su constitución y funcionamiento (Fallos, 312-139).

4°. Que la irregularidad que se imputa no es tal pues, como surge de las constancias obrantes en la causa y se expresa en el auto de concesión del recurso extraordinario -rubricado por los tres integrantes de la sala- el doctor Gárgaro había tomado la debida intervención en la cuestión y había dado su aprobación a la solución adoptada, de lo que da cuenta el proyecto que - por el inicialado- en copia obra a fs. 141. Ello pone en evidencia que, en el caso, no existió marginación de los magistrados que formaban el tribunal, y que por un mero error de hecho suscribió la decisión el juez Daray, quien -casualmente- forma parte al igual que el antes nombrado de la Sala M de la Cámara Civil.

5°. Que lo expresado resulta decisivo para acreditar que la ratio legis que inspira los citados arts. 109 y 111 del reglamento no ha sido conculcada y que la tacha de invalidez que formula el apelante se apoya en una inteligencia que solo atiende a una literalidad de la norma, con total desatención de su finalidad.

6°. Que, en consecuencia, la situación en examen nada tiene de común con precedentes en los cuales se prescindió deliberadamente de dar intervención a algún integrante del tribunal (Fallos 223-486; 233-17) o no se respetaron elementales reglas que rigen la deliberación de los jueces en acuerdo (Fallos 208-2188, consid. 4°. del voto de la mayoría). Es por ello que no se advierte en el presente la "transgresión de los principios fundamentales inherentes a la mejor y más correcta administración de justicia", o el "agravio a la defensa en juicio", de los que se hizo mérito en la causa citada en último término (confr. Consid. 4° y 5° del voto del juez *Petracchi*).

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto, y se confirma la sentencia apelada., Con costas (art. 68, cód. procesal civil y comercial de la Nación).

Notifíquese y devuélvase.- *Ricardo Levene (h.) - Carlos S. Fayt - Augusto César Belluscio. - Enrique S. Petracchi (*en disidencia*). - Julio S. Nazareno (*en disidencia*).- Guillermo A. F. López (*en disidencia*). - Gustavo A. Bossert. - Antonio Boggiano* (en disidencia).

Disidencia de los señores Ministros Don Julio S. Nazareno, Don Eduardo Moliné O'Connor y Don Antonio Boggiano.

-1°. Que contra el pronunciamiento de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que -al revocar el fallo de primera instancia- declaró que el instrumento examinado no reunía los requisitos que debe contener el testamento ológrafo, los vencidos dedujeron el recurso extraordinario de fs. 130/132 que fue contestado a fs. 136 y concedido a fs. 143.

2°. Que la sentencia del tribunal *a quo* fue dictada sólo por dos de los tres jueces que integraban la sala según la resolución que había adoptado la presidencia de la Cámara a fs. 113, toda vez que el Dr. Daray -que suscribe al pronunciamiento- fue ajeno a la convocatoria mencionada, en la medida en que el restante magistrado que debió tomar intervención era el Dr. Gárgano.

3°. Que, en tales condiciones, el acuerdo que constituye el presupuesto insoslayable de sentencias como la apelada en el *sub lite*, ha sido celebrado en transgresión a la regla elemental que coincidentemente prescriben los arts. 271 del cod. Procesal civil y comercial de la Nación, 26 del decreto-ley 1285/58 y 109 del Reglamento para la Justicia Nacional, pues no han participado en dicho acto de deliberación y decisión *todos los miembros del tribunal*.

4°. Que no obsta a la conclusión alcanzada las circunstancias de que igualmente existiría una voluntad mayoritaria de los dos magistrados que participaron en el acuerdo e integraban la sala ni de que el restante juez habría dado su conformidad inicial con el proyecto de resolución y que por un error no llegó a suscribir la sentencia.

Ello es así, toda vez que -por un lado- no se presenta la hipótesis de marcada excepcionalidad contemplada en el art. 109 del Reglamento para la Justicia Nacional que permite que la decisión sea tomada únicamente por dos jueces del tribunal, tal como lo ha decidido esta Corte en un pronunciamiento reciente, en el cual se anuló una sentencia de la Cámara en la que había intervenido un juez que había sido recusado sin causa (causa S.489.XXIV. "Shartes, Norma Beatriz c. Herrera, Ramón Enrique" del 29 de Julio de 1993). Además, en el examen del cumplimiento de los recaudos solemnes que hacen a la existencia de la sentencia, cabe atenerse únicamente a las constancias del instrumento público en el cual está redactado el fallo y de aquel surge que quien participó en el acuerdo y tomó la decisión no fue el magistrado designado a fs. 113, sino otro que era ajeno a la convocatoria, por lo que las explicaciones ulteriores efectuadas por los miembros del tribunal son en absoluto inoficiosas para modificar el contenido del acto instrumentado a fs. 125.

5°. Que los antecedentes relacionados demuestran que en el pronunciamiento impugnado se han omitido las formalidades esenciales con grave afectación del derecho que asiste a las partes, lo que determina su inexistencia como sentencia de la Cámara *a quo*, de igual modo al que lo decidió esta Corte en el precedente de Fallos 156-283.

Por ello se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto, en los términos del último considerando, la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte sentencia con arreglo a las formas del derecho. Notifíquese y remítase. - *Julio S. Nazareno. - Eduardo Moline O'Connor. - Antonio Boggiano*.

VICIOS EN LA SENTENCIA POR REMISION A JURISPRUDENCIA INAPROPIADA

Comentario del fallo

1. La sentencia que comentamos se forma después de elaborar el tribunal el siguiente proceso de creación: el juez que se pronuncia en primer término propone -por razones de economía procesal- confirmar el fallo de la instancia anterior sobre la base de los fundamentos dados por la mayoría en una causa precedente en la que él votara en minoría.

De este modo, *mutatis mutandi*, el sentenciante motiva su decisión sustentando fundamentos que no le son propios e, inclusive, sobre los que tiene formada una convicción contraria.

Por eso, la Corte Suprema indica que tal proceder importa una violación a elementales principios constitucionales que exigen que el fallo sea un acto motivado y razonado (art. 18 de la Constitución Nacional), en garantía del derecho de los justiciables (Considerando 5).

2. ¿Porqué el defecto en la sentencia?. ¿Es un vicio formal o sustancial?.

Estos interrogantes deben responderse a partir de una comprensión total de la forma como se debe constituir un pronunciamiento válido.

Toda sentencia constituye una unidad lógica-jurídica, cuya parte dispositiva debe ser la conclusión final y necesaria por derivación razonada del examen de los presupuestos fácticos y normativos efectuado en su fundamentación. No es, pues, sólo el imperio del tribunal ejercido concretamente en la decisión definitiva lo que da validez y fija los alcances de la sentencia; estos dos aspectos dependen también de las motivaciones que sirven de base al pronunciamiento.

En los organismos colegiados, la deliberación previa que determina el acuerdo no constituye una simple formalidad. Todo lo contrario, la sentencia de tribunales colegiados no puede concebirse como una colección de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino como un producto de un intercambio racional de ideas entre ellos. Esta es la manera pertinente de actuar en un sistema deliberativo.

Va de suyo que la adhesión (voto adhesivo) no ocasiona problemas en la unidad ontológica del decisorio en la medida que expresa la mayoría coincidente.

En cambio, si la formación de opiniones coincide en la parte dispositiva (por ejemplo, haciendo lugar o denegando una pretensión) pero con fundamentos divergentes para alcanzar ese resultado, se quiebra la concordancia intrínseca del acuerdo y, por ello, la mayoría real no existe e impide dotar al fallo de la mayoría racional que valide la sentencia.

No obstante, se ha dicho que *la habitual divergencia de opiniones o fundamentos de los votantes (aun cuando por ella no se obtenga mayoría doctrinaria sobre el tema en consideración) no es obstáculo para que se estime lograda una mayoría real, cuando sobre el fondo del asunto haya vencedor y vencido en el pleito a través del cómputo de las conclusiones a que los jueces del tribunal colegiado arriben* (Fallos, 311:2023).

3. De todos modos la obtención de mayorías aritméticas no es una buena técnica para auspiciar en la justicia clara e intelegible "para todos". El pronunciamiento debe ser congruente con el pensamiento de quienes lo forman y recorrer los pasos necesarios para la formación de la voluntad colectiva del cuerpo ([157]).

JURISPRUDENCIA

CS, Febrero 23-1995.- Bichute de Larsen, Silvia María y otros c. Tintas Letta S.A.I.C.

Buenos Aires, febrero 23 de 1995.-Vistos los autos: ¨Recurso de hecho deducido por los autores en la causa Bichute de Larsen, Silvia María y otros c. Tintas Letta S.A.I.C.¨, para decidir sobre su procedencia.

Considerando: 1º Que contra la sentencia de la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que confirmó el fallo de la instancia anterior que había hecho lugar parcialmente a la pretensión de cobro de la indemnización por accidente de trabajo, la actora interpuso el recurso extraordinario cuya denegación motivó la presente queja.

2º Que en su recurso la apelante planteó la arbitrariedad del pronunciamiento y mantuvo la inconstitucionalidad del tope establecido por el art. 8º inc. a) de la ley 9688 (texto según ley 23.643, y de la resolución del Consejo Nacional del Salario Mínimo Vital y Móvil Nº 1/91. De ambas impugnaciones corresponde considerar en primer término la aducida arbitrariedad, pues, de configurarse ella, no habría sentencia propiamente dicha (confr.Fallos, 312-1034 y sus citas).

3ºQue los agravios deducidos sobre aquella base suscitan cuestión federal bastante para habilitar la instancia, sin que obste a ello que conduzcan al examen de cuestiones de derecho común y procesal, toda vez que lo resuelto sobre temas de esa índole admite revisión en supuestos excepcionales cuando la sentencia impugnada satisface sólo en apariencia la exigencia constitucional de adecuada fundamentación y omite el examen de planteos serios de las partes, en principio conducentes para la solución del pleito (Fallos, 303-1017; 311-119 y 561).

---

[157]. Cfr. Amadeo, José Luis, *Sentencia de los tribunales colegiados*, Jurisprudencia Argentina, semanario del 19/4/95, pág. 40

4ºQue, en efecto, ala dictar la sentencia los miembros de la cámara procedieron del siguiente modo: el juez que se pronunció en primer lugar propuso – por razones de economía procesal- que debía confirmarse el fallo de la instancia anterior sobre la base de los fundamentos dados por la mayoría en la causa ¨Duarte, Juan Bautista c.Sucesores de Bartolomé Bevilacqua S.A. s/ accidente-ley 9688¨del 30 de junio de 1992. Pero aclaró que ello era sin perjuicio de dejar salvo su opinión expuesta en minoría en ese precedente. El segundo de los magistrados se adhirió a ese voto.

5º Que de la circunstancia señalada surge la falta de coherencia del primer voto en sí mismo, pues confirma la sentencia del juez de primera instancia con sustento en fundamentos que son contrarios a su propia convicción, sin que se diera ningún supuesto de obligación legal para proceder de tal modo. Ello importa una violación a elementales principios constitucionales que exigen que el fallo sea un acto motivado y razonado (art. 18 de la Constitución Nacional), en garantía del derecho de los justiciables, y autoriza a descalificarlo como acto judicial válido.

6º Que, por otro lado, en su escrito de demanda, la actora sostuvo que, en el *sub lite*, debido al ínfimo ajuste que se le había aplicado al salario mínimo, vital y móvil, el monto del tope que resultaba de aplicar ese salario era antojadizo y mezquino y no reflejaba la situación que contemplaba la ley al momento de la sanción, lo que importaba desconocer las garantías de los arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional. Tal postura fue reiterada al expresar agravios ante la alzada en los siguientes términos: ¨no se cuestiona el establecimiento de un tope indemnizatorio, sino en ..su aplicación literal...en virtud de la determinación arbitraria de un salario mínimo vital... que no guarda relación real con su propia definición y objetivos...¨.Por ello, tachó de inconstitucional tanto la resolución del CNSMVM 1/91 como el tope del art. 8, inc. a) de la ley 9688, en cuanto se basó en un salario mínimo que no reunía los requisitos de vital y móvil (ver fs. 5 vta. Y 68).

7ºQue la Cámara no dio respuesta a tales planteos, ya que al remitirse al precedente ¨Duarte, en el que sólo se realizó una afirmación genérica referente a la imposibilidad del órgano judicial de revisar el sistema reparatorio por constituir su determinación resorte exclusivo del legislador, omitió considerar si la citada resolución importó el ejercicio razonable de la facultad reglamentaria del art. 14 de la Carta Magna y si, debido a las particularidades del sub examine, la remuneración mínima configuraba la supresión o desnaturalización del derecho que se pretendía asignar, o si tal importe había sido establecido en forma absurda o arbitraria.

8ºQue, en efecto, en Fallos, 306-1311 y 1964 este Tribunal resolvió que la determinación del monto que debe alcanzar el salario mínimo, vital y móvil se encuentra comprendida en el ejercicio de las facultades conferidas al Poder Ejecutivo para determinar la política económica y social, a la que corresponde

reconocer una razonable amplitud de criterio en aras del bienestar general y en concordancia con los lineamientos generales que la inspiran; pero dejó a salvo la posibilidad de su revisión en la medida en ¨que se demuestre en cada caso que la remuneración mínima fijada configure la supresión o desnaturalización del derecho que se pretende asegurar o que tal importe hubiese sido establecido en forma absurda y arbitraria¨.

9ºQue, de ese modo, el fallo excluye el tratamiento de temas que resultaban esenciales para dilucidar el derecho controvertido, con grave menoscabo de las garantías de la defensa en juicio, de la inviolabilidad de la propiedad y de la justicia en los pronunciamientos judiciales (Fallos, 295-120; 301-591 y 311-435), por lo que corresponde su descalificación con arreglo a la doctrina citada en el considerando 3º, pues media en el caso la relación directa e inmediata entre lo debatido y resuelto y las garantías superiores que se dicen vulneradas (art. 15 de la ley 48), sin que ello implique emitir juicio sobre la solución que en definitiva se dicte sobre el fondo del litigio.

10ºQue, en atención al resultado a que se llega, resulta inoficioso el tratamiento de las demás cuestiones sometidas a consideración de esta Corte.

Por lo expuesto, se declara procedente el recurso extraordinario interpuesto y se deja sin efecto la sentencia Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a la presente. Acumúlese la queja al principal, hágase saber y, oportunamente, remítase. – *Eduardo Moliné O´connor. – Augusto César Belluscio.- Ricardo Levene (h).- Guillermo A.F. López. – Antonio Boggiano.*

LAS MAYORÍAS COINCIDENTES EN LAS SENTENCIAS COLEGIADAS

Sumario: 1. Génesis de la sentencia; 2. Características de la sentencia colegial; 3. El caso de las mayorías discordantes. Integración; 4. La ausencia de mayorías coherentes. Arbitrariedad y nulidad del fallo; 5. La discrepancia entre considerandos y fallo; 6. Las dificultades para reunir coherencia interna; 7. El error y su encuadre a los fines de recurso; 8. El juez en uso de licencia ¿puede votar?; 9. El caso particular del veredicto, 9.1 Antecedentes, 9.2 Vínculos entre veredicto y sentencia, 9.3 Acotaciones, 9.4 Validez de los pronunciamientos, 9.5 Las motivaciones de hecho.

1. Génesis de la sentencia.

En la formación de la sentencia primera acceden buena parte de los esfuerzos de la jurisdicción. Lógica, inteligencia, psicología y voluntad, son los principales componentes que caracterizan el proceso mental de elaboración.

Pero, ¿podemos aplicar los mismos conceptos a los pronunciamientos que provienen de órganos jurisdiccionales colegiados?.

Es evidente que antes de emitir el acto definitivo será necesario contar con un acuerdo o, al menos, con una mayoría que participe de un mismo criterio. Y aun así ¿será posible la única versión?.

La posibilidad de armonizar las argumentaciones y conclusiones se encuentra en la elaboración particular que presenta la sentencia de segunda instancia y, en general, la de todos los cuerpos integrados a pluralidad de miembros.

Se parte de ciertas premisas de organización que consisten en no apartarse de las solemnidades requeridas para la emisión de toda sentencia. Es decir, los requisitos formales se mantienen invariables, pero cambia el análisis en los fundamentos y su transcripción de acuerdo con las reglas siguientes.

2. Características de las sentencias colegiadas

Las causas que quedan en estado de dictar sentencia son sorteadas para el estudio del magistrado que resulte seleccionado en primer turno. En este aspecto, se respeta el principio según el cual el presidente, primus inter partes, de manera tal que será el último en juzgar.

Concluido el voto del primer opinante, pasan las actuaciones al siguiente para que formule su propia argumentación.

Esta fase, permite adherir a los fundamentos obrantes, adherir parcialmente, discrepar en todo o en parte, o emitir el fallo con propias motivaciones pero que coinciden en la parte dispositiva del fallo.

El voto adhesivo es una particularidad de las sentencias de grado, y se concreta en el denominado acuerdo.

El pilar donde asienta esta metodología es la convergencia hacia la mayoría de opiniones en sentido coincidente.

Según Carnelutti, "el fundamento del principio de mayoría, está, como cualquiera ve, en aquellas relaciones entre el buen sentido y el sentido común; ...verdad es que la coincidencia entre el buen sentido y el sentido común está condicionada a un cierto grado de desarrollo espiritual de aquellos que juzgan y éste es, como a cualquiera le debe parecer claro, el problema de la democracia; pero, cuando se trata de jueces, esta condición se puede presumir cumplida" ([158]).

El art. 271 del código procesal de la Nación dice:" *El acuerdo se realizará con la presencia de todos los miembros del Tribunal y del Secretario. La votación se hará en el orden en que los jueces hubiesen sido sorteados. Cada miembro fundará su voto o adherirá al de otro. La sentencia se dictará por mayoría, y en ella se examinarán las cuestiones de hecho y de derecho sometidas a la decisión del juez de primera instancia que hubiesen sido materia de agravios*".

Por su parte el art. 397 del Código Procesal Penal establece que: "...*Los jueces emitirán su voto motivado sobre cada una de ellas (las cuestiones que son objeto de juicio) en forma conjunta o en el orden que resulte de un sorteo que se hará en cada caso. El tribunal dictará sentencia por mayoría de votos, valorando las pruebas recibidas y los actos del debate conforme a las reglas de la sana crítica, haciéndose mención de las disidencias producidas. Cuando en la votación se emitan más de dos opiniones sobre las sanciones que correspondan, se aplicará el término medio*".

El voto individual con sus argumentos desenvueltos responden, por lo común, a dos interrogantes ¿es justa la sentencia apelada? y en su caso, ¿qué pronunciamiento correspondería dictar?.

El problema que presenta la mayoría coincidente se da cuando las motivaciones del tribunal son discrepantes entre sí, o interpretan de manera disímil las situaciones analizadas, aun cuando coincidieran en la confirmación o revocación del fallo.

3. El caso de las mayorías discordantes. Integración

Cuando no existe la mayoría requerida, el órgano colegiado debe integrarse con otros pares hasta reunir la supremacía de argumentos que determinen el carácter absoluto de la versión encontrada (al respecto el art. 31 del decreto/ley 1285/58 establece las formas como se integran los tribunales federales o sus sedes de provincia).

En cambio, las decisiones de los tribunales superiores se adoptan por la mayoría simple de los ministros que integran el cuerpo, siempre que sus votos sean concordantes en la solución del caso. Si existiera desacuerdo se procede con el criterio de la mayoría absoluta.

---

[158]. Carnelutti, Francesco, *Derecho y Proces*o, editorial Ejea, Buenos Aires, pág. 253

Al respecto dice el art. 281 del código precitado: " *Las sentencias de la Corte Suprema se redactarán en forma impersonal, sin perjuicio de que los jueces disidentes con la opinión de la mayoría emitan su voto por separado*".

No existe inconveniente en dictar la sentencia de grado cuando se alcanzan las votaciones consecuentes, aun cuando reste el pronunciamiento de un tercer miembro. Igual conclusión tiene el supuesto de pronunciamientos dictados con la ausencia de uno de sus miembros, sea por vacancia, licencia o algún otro impedimento para integrar el órgano ([159]).

4. La ausencia de mayorías coherentes. Arbitrariedad y nulidad del fallo

Otro supuesto, diverso del anterior, pero interrelacionado, surge cuando la discrepancia en la votación emerge de pensamientos coincidentes en la línea a seguir para solucionar el caso, pero fuertemente alejadas de coherencia en su faz de racionalidad y fundamentación.

La Corte, en numerosos casos sostiene que debe preservarse la unidad lógico-jurídica de la sentencia, de manera que su parte dispositiva sea la conclusión final y necesaria de los prudentes análisis realizados sobre los supuestos fácticos y normativos.

Por ejemplo, en el pronunciamiento que refleja Fallos 304:590, determina que adolece de arbitrariedad en razón de fundamentación contradictoria la sentencia en la que el primer voto se inclinó por declarar la nulidad parcial del fallo de la instancia inferior, el segundo resuelve por la nulidad total, y el tercero por la desestimación de la apertura revisora del Tribunal superior; no obstante lo cual, a fin de computar la mayoría emergente el tercer opinante adhiere al primero, con lo que demostraba que tal manifestación careció de virtualidad y dependió de la mera voluntad del magistrado, contraria a su propio convencimiento y a la conclusión razonada a que antes había llegado ([160]).

La ausencia de relación impide corresponder la suma de opiniones coincidentes que hacen a la mayoría computable a los efectos de fijar el curso de acción. Por tanto, una sentencia de tal naturaleza incurre en dos vicios: es arbitraria por carecer de fundamentación lógica, tal como veremos en el punto que sigue; y es nula, por estar ausente de requisitos esenciales que hacen al derecho constitucional previsto por el art. 18.

5. La discrepancia entre considerandos y fallo

Puede ocurrir que una sentencia cualquiera exprese los motivos de su inclinación y convencimiento, pero que al traducirlos en la parte dispositiva del fallo, resultan alejados absolutamente de la congruencia necesaria que debiera ponderarse.

---

[159]. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Derecho Procesal Civil,* tomo I -Teoría general del derecho procesal-, volumen 2, editorial Ediar, Buenos Aires, 1992, págs. 692 y ss.

[160]. Cfr. Guastavino, Elías P., *Recurso Extraordinario de Inconstitucionalidad,* tomo 1, editorial La Rocca, Buenos. Aires., pág. 561

Los casos de autocontradicción destacan una casuística muy numerosa que la Corte prolijamente ha vertebrado postulando como regla que, dicha falta de coherencia entre los considerandos y el decisorio constituyen una causal de invalidez que impide tener a la sentencia como acto procesal válido y propicio para surtir efectos legales.

En supuestos de los aquí citados, corresponde tener por válidos los argumentos expuestos en la parte resolutiva, únicamente, toda vez que de ella proviene la autoridad de cosa juzgada.

6.Las dificultades para reunir coherencia interna

La sentencia de segunda instancia requiere la coincidencia de voluntades; la armonización de argumentos y conclusiones que finalmente quedan expresadas en la parte dispositiva de la resolución jurisdiccional.

Un caso paradigmático los extraemos de la causa fallada por la Corte Nacional el 23/2/95 in re: Bichute de Larsen, Silvia M. y otros c/ Tintas Letta S.A., donde se indica que cuando en la votación los jueces mencionan precedentes que resultan contrarios a su forma de votar en ellos, oportunamente, existe falta de coherencia.

Allí se dijo que tal proceder importa una violación a elementales principios constitucionales que exigen que el fallo sea un acto motivado y razonado (art. 18 de la Constitución Nacional), en garantía del derecho de los justiciables (Considerando 5) ([161])

En efecto, esa ausencia de voluntades coincidentes se refleja si el primer voto confirma la sentencia del juez de primera instancia con sustento en fundamentos contrarios a su propia convicción y no se da ningún supuesto de obligación legal para proceder de tal modo (en el caso que mencionamos, el juez resolvió remitiéndose a lo resuelto por la mayoría en un precedente y aclaró que ello era sin perjuicio de dejar a salvo su opinión expuesta en minoría en el mismo).

De esta forma, el proceder comentado importa una violación manifiesta del modo como se han de expresar la sentencia de los tribunales colegiados, y en particular, a la necesidad de que este acto sea motivado y razonado (art. 18, Constitución Nacional).

7. El error y su encuadre a los fines del recurso

Como en el capítulo anterior, cabe interrogar nuevamente: ¿Por qué el defecto en la sentencia?. ¿Es un vicio formal o sustancial.

Estos interrogantes deben responderse a partir de una comprensión total de la forma como se debe constituir un pronunciamiento válido.

Teniendo en cuenta lo dicho precedentemente respecto a que toda sentencia constituye una unidad lógica-jurídica, cuya parte dispositiva debe ser la conclusión final y necesaria por derivación razonada del examen de los

---

[161]. Ver nuestro comentario publicado en El Derecho, tomo 162 pág. 584 y ss.

presupuestos fácticos y normativos efectuado en su fundamentación. No es, pues, sólo el imperio del tribunal ejercido concretamente en la decisión definitiva lo que da validez y fija los alcances de la sentencia; estos dos aspectos dependen también de las motivaciones que sirven de base al pronunciamiento.

En los organismos colegiados, la deliberación previa que determina el acuerdo no constituye una simple formalidad. Todo lo contrario, la sentencia de tribunales colegiados no puede concebirse como una colección de opiniones individuales y aisladas de sus integrantes, sino como un producto de un intercambio racional de ideas entre ellos. Esta es la manera pertinente de actuar en un sistema deliberativo.

Va de suyo que la adhesión (voto adhesivo) no ocasiona problemas en la unidad ontológica del decisorio en la medida que expresa la mayoría coincidente.

En cambio, si la formación de opiniones coincide en la parte dispositiva (por ejemplo, haciendo lugar o denegando una pretensión) pero con fundamentos divergentes para alcanzar ese resultado, se quiebra la concordancia intrínseca del acuerdo y, por ello, la mayoría real no existe e impide dotar al fallo de la mayoría racional que valide la sentencia.

No obstante, se ha dicho que la habitual divergencia de opiniones o fundamentos de los votantes (aun cuando por ella no se obtenga mayoría doctrinaria sobre el tema en consideración) no es obstáculo para que se estime lograda una mayoría real, cuando sobre el fondo del asunto haya vencedor y vencido en el pleito a través del cómputo de las conclusiones a que los jueces del tribunal colegiado arriben ([162]).

De todos modos la obtención de mayorías aritméticas no es una buena técnica para auspiciar en la justicia clara e intelegible "para todos".

El pronunciamiento debe ser congruente con el pensamiento de quienes lo forman y recorrer los pasos necesarios para la formación de la voluntad colectiva del cuerpo ([163]).

8. El juez en uso de licencia ¿puede votar?

Una disquisición más se puede hacer respondiendo al punto del parágrafo.

El caso no es de laboratorio, pues se produjo en los autos López, Eduardo J. s/ amparo (Corte Suprema de la provincia de Santa Fé, 28/7/95), y dio motivo a un comentario del Dr. Chiappini que fuera juez de la causa como vocal de la Cámara de apelaciones (ver Jurisprudencia Argentina, del 27/4/94).

El asunto se plantea ante la suscripción del fallo por un magistrado en uso de licencia, considerando el *a quo* que resulta indudable que esa circunstancia no hace al magistrado perder su jurisdicción y poder votar así como lo hiciera.

---

[162]. Fallos, 311:2023

[163]. Cfr. Amadeo, José Luis, Sentencia de los tribunales colegiados, Jurisprudencia Argentina, semanario del 19/4/95, pág. 40

Chiappini sostiene que una licencia exime al juez de concurrir a su despacho (o también de que corran algunos plazos procesales en su contra); pero si el magistrado decide abdicar de su derecho obviamente puede hacerlo y resolver cosas: la facultad es en su favor, y él la va a disponer como quiera

Sin embargo, el tribunal cimero de la provincia, en criterio que compartimos, desvirtúa la opinión diciendo que ese razonamiento se da de bruces con el concepto de legalidad en el ejercicio de la jurisdicción. De otro modo, sería posible burlar la actividad de juzgar dejando librado al magistrado la elección de los casos a sentenciar.

Es decir, nadie discute la potestad de renunciar a una licencia y reintegrarse a la función, pero lo que de modo alguno resulta potestativo para el Magistrado relevado temporariamente del ejercicio de los actos inherentes al cargo, es el escogimiento antojadizo de las causas a fallar y el reintegro caprichoso e intermitente al oficio, sin mediar cesación del estado de licencia.

En tales condiciones, el fallo así suscripto es nulo por cuestiones varias, entre ellas, por no contar con la formación ineludible de la mayoría coincidente.

9. El caso particular del veredicto

El veredicto es un acto procesal característico de los procesos orales, pero su explicación actual y la forma como lo regulan hoy los ordenamientos jurídicos que lo disponen demuestra que el modelo no responde al arquetipo originario.

9.1 Antecedentes

En efecto, antiguamente la figura estaba ordenada para el juicio por jurados, quienes al no tener -necesariamente- formación jurídica, deliberaban sus percepciones naturales sobre lo ocurrido en la audiencia y emitían un juicio sensible, una verdad hipotética carente de apoyatura legal, pero de altísima convicción. Su presupuesto era la equidad y lo que "el pueblo" entiende como justo.

El veredicto se pronunciaba verbalmente y el Juez o tribunal que lo oía, contaba ya con la advertencia popular que el fallo podía tener; por eso alguna vez se dijo que los magistrados que juzgan en instancia única y en juicio oral, tiene forzosamente que seguir las prácticas del jurado, "que no se concibe sin la sentencia inmediata" ([164])

.

De esta forma, el acto procesal contenía un juicio de valor subjetivo. Era el extracto de opiniones y sentimientos que acudían voluntariamente a representar la sociedad ante el conflicto humano que afrontaban.

El Juez, por su parte, debía motivar en derecho su decisión.

---

[164]. Jofré, Tomás, *Código de Procedimiento penal de la Provincia de buenos Aires,* Comentado. 2a. editorial Depalma, Buenos Aires, 1965, pág. 222

Con la colegiación del tribunal llegó un problema a esta etapa ¿Cómo lograr la coincidencia en la sentencia y en los argumentos que la fundamentan?

El veredicto pasó, entonces, a ser una reunión previa de los jueces para discutir los puntos concernientes al tema pendiente de resolución.

Dejó de plantearse ya como una institución lega para convertirse en un acto deliberativo, con un alcance mucho mayor que la simple deducción sensible.

El veredicto dejó de ser un acto anterior a la sentencia, para desfigurarse y colegir si formaba parte inescindible o no del fallo consecuente.

Jofré, comentando el código procesal penal hoy derogado decía que el veredicto "...designa la respuesta del Jury a las preguntas que se le han hecho; pero el código le da una acepción más amplia desde que lo toma como sinónimo de la sentencia que ha de dictarse sobre los hechos, por magistrados permanentes y técnicos..." ([165]).

Justamente, el tránsito hacia la profesionalización hizo que el veredicto fuese una institución técnica, porque del análisis puramente lógico que realizaban los legos como soberanos representantes de las valoraciones de la comunidad, se pasó a una deliberación analítica, donde se precisaron las razones de hecho y de derecho; donde la prueba se aprecia desde una distancia inmediata y en el cual, el resultado que propicia es, estadísticamente hablando, la misma sentencia.

9.2 Vínculos entre veredicto y sentencia

A tal punto se conecta el veredicto con la sentencia que, muy a pesar de la exigencia constitucional de motivar las decisiones jurisdiccionales, la expresión de los hechos que se consideran en el primero enlazan y otorgan sustento a las impugnaciones -de hecho limitadas- que extraordinariamente recibe la sentencia del tribunal oral.

Bien apunta Bertolino que el veredicto debe ser fundado o motivado, porque establece un valladar contra toda posible arbitrariedad, permitiendo su control por vía de casación ([166]).

Esta proximidad del veredicto y la sentencia lleva a parangonar la etapa reflexiva con el acuerdo característico de los tribunales de alzada del proceso escrito.

Confrontando este proceso con el mencionado en los puntos anteriores, respecto al proceso de elaboración de la sentencia colegiada, pueden tomarse ciertas correspondencias que sostienen la proximidad, aún cuando existen diferencias notables que conviene remarcar.

*. El veredicto no es parte integrante de la sentencia. Sólo constituye una precisión de los hechos vinculados con la pretensión planteada y sobre la

---

[165]. Ob. cit., pág. 224

[166]. Bertolino, Pedro, *El veredicto y la sentencia en el juicio oral penal bonaerense: algo sobre su incidencia en casación*, Jus, nº 9, pág. 69

convicción que la prueba rendida en la vista de causa ha generado en el Tribunal.

*. Ese vínculo entre hechos alegados y confirmación deducida de los medios de prueba, debe ser expresamente motivado en el veredicto, sin importar que el sistema de valoración basado en la "apreciación en conciencia" otorgue libertad para adquirir la convicción porque, en definitiva, se trata de un modo de racionalizar, diverso de la manera de expresar el convencimiento obtenido.

La "convicción sincera" carente de fundamento es arbitraria porque viola el principio de fundamentar que imponen las cartas fundamentales.

*. El veredicto supone deliberación y no resolución o sentencia. En cambio, todo pronunciamiento que revista el carácter definitivo debe dictarse observando la formalidad del acuerdo y voto individual de los jueces, requisito constitucional que es esencial para la validez del fallo pues sin él no puede considerarse cumplida la disposición constitucional prealudida, a fin de dejar establecida la mayoría de opiniones que conforma el acto jurisdiccional decisorio, por lo cual su omisión acarrea la nulidad, como ocurre cuando se dicta en forma de simple auto.

*. Asimismo el veredicto no requiere la ponderación individual de cada una de las cuestiones, precisamente porque se trata de una deliberación (discusión). En cambio, la sentencia colegiada obliga -por vía de principio- al voto personal, bajo pena de nulidad. Así ocurre en el art. 156 de la Constitución de la provincia de Buenos Aires, resolviendo el Superior Tribunal local que si la cuestión relativa al pronunciamiento que correspondiera dictar en definitiva aparece emitido por el voto del Juez que llevó la palabra en el Acuerdo, omitiendo hacerlo sus colegas actuantes, corresponde decretar la nulidad de oficio, sin posibilidad de enmienda por el voto adhesivo posterior, o en su caso, colocando las firmas al pie del mencionado Acuerdo (DJBA, 118:141).

*. Asimismo, interesa subrayar la diferencia que se produce con relación al procedimiento oral en los casos en que no existe coincidencia de opiniones o promedia desintegración del Tribunal; por cuanto en la oralidad, el sistema establecido para dirimir las contiendas recibe actos vinculados y sucesivos (vista de causa, veredicto y sentencia) y, además, el poder de documentación se ejerce en forma restringida; en cambio, en la mecánica de la doble instancia y en proceso escriturario, los actos procesales quedan instrumentados, de suerte que si se produjere discordancia de opiniones entre los jueces que emiten su voto, no existían dificultades técnicas para superar la situación, integrando el tribunal ([167]).

---

[167]. Morello, Augusto M. – Sosa, Gualberto L. – Berizonce, Roberto O., *Códigos Procesales en lo Civil y Comercia de la provincia de buenos Aires y de la Nación*, editorial Platense - Abeledo Perrot, tomo II-C, Buenos. Aires., 1986, pág. 123

*. Finalmente, la división entre veredicto y sentencia no es tan distante cuando se trata de obtener referentes para las impugnaciones extraordinarias. Ello así porque el veredicto debe consignar las bases objetivas que de la prueba se alcanzan, pues la discrecionalidad de la apreciación en conciencia tiene el límite de la razonabilidad argumentada que evita dejar inerte la casación posterior.

La confrontación ingresa en un tópico distinto al que hasta aquí ocupamos, pero de él puede extraerse como síntesis que, cualquiera sea el sistema para apreciar o valorar la prueba, se llega a un camino naturalmente abortado para la revisión en recurso, aun cuando se autoriza la impugnación y su pertinencia cuando el absurdo es evidente o sus conclusiones aparecen como violatorias de las leyes que rigen tales pruebas.

La intimidad entre veredicto, sentencia y recurso se observa con nitidez cuando las conclusiones del veredicto son contradictorias a una constancia auténtica y fehaciente del proceso; o si dicho acto procesal decisorio adolece de irregularidades al describir uno o varios hechos y al mismo tiempo dejar formulado un interrogante que hace a la calificación de esos hechos, pues si bien dicha anomalía no produce nulidades, es indiscutible que a los fines de la potestad revisoria de la casación, la mezcla o amalgama de hechos sin calificación, podría conducir a indebidas limitaciones en el reexamen atribuyendo carácter de hechos a consideraciones que no lo son ([168]).

9.3 Acotaciones

El veredicto tiene obligaciones insoslayables según el tipo de procesos donde se expide. Por ejemplo, es muy distinto aquél que se expide en un juicio por jurados, donde éste solamente manifiesta el sentido de lo que el pueblo entiende como justo, donde no existe necesidad alguna de pronunciarlo por escrito y fundadamente; a diferencia de los procesos orales, donde en el veredicto se encuentran las pocas motivaciones de hechos y convicciones que llevan a emitir una sentencia determinada.

En particular nos interesa la última formulación, toda vez que, si bien es cierto el veredicto no integra ni es parte de la sentencia, en su lugar le aporta todos los elementos para que el tribunal o el juzgador -en su caso- relacione esos hechos con el derecho aplicable, dando plenitud al deber de fundar las sentencias en esa lógica subsunción que presenta el dictado de todo pronunciamiento jurisdiccional.

Ahora bien, corresponde precisar que en el veredicto no existen tantas libertades como prima facie pareciera entenderse. En efecto, ya fue dicho que puede anularse de oficio tanto un veredicto como la sentencia que le corresponde si no resultan proporcionados los presupuestos fácticos necesarios para resolver la litis, o bien, cuando no se exponen conclusiones claras sobre las cuestiones esenciales, porque ese proceder impide al tribunal revisor ejercitar la función de casación que le es propia.

---

168. DJBA, 144:121, ver: Mancuso, Francisco – Sosa, Gualberto L., *El absurdo en la jurisprudencia de la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires,* en Temas de casación y recursos extraordinarios, editorial Platense, 1982, pág. 265

El precedente orienta en torno a ese deber, significando que cada uno de los hechos constitutivos de la litis han de ser valorados en derredor de las confirmaciones que puedan haberse suscitado. Es decir, si las pretensiones de las partes fueron objeto de precisas demostraciones, cupe al órgano jurisdicente pronunciarse sobre ellas, so riesgo de nulificar la sentencia por deficiencias en la congruencia.

Obsérvese que para impugnar el fallo, el apelante tendrá que criticar certeramente los errores in iudicando, y si estos no se reflejan claramente en el veredicto no contará con medios suficientes para hacer viable su recurso, implicando una seria merma en la garantía del derecho de defensa.

Los hechos principales (esenciales) deben ser considerados en el veredicto, porque a través de ellos se nutren las pretensiones y, en definitiva, la suerte de todo el litigio.

Una vez hecho el relato de los antecedentes fácticos, han de suscitarse cada una de las acciones planteadas, a fines de extraer de las pruebas producidas las valoraciones emergentes y los convencimientos obtenido.

Conviene apuntar que aun siendo correcto afirmar que en el veredicto no se requiere el tratamiento individual de cada una de las cuestiones, la referencia apunta al análisis que realiza cada uno de los jueces individualmente.

Lo correcto resulta interpretar en dicha actividad una tarea de conjunto, se trata, justamente, de deliberar en busca de coincidencias en las percepciones conseguidas una vez cumplida la audiencia.

La debida valoración de antecedentes, circunstancias y corroboraciones (actividad probatoria) permitirá lograr una sentencia adecuada con la síntesis que refleja el veredicto.

9.4 Validez de los pronunciamientos

En cambio, toda omisión del fallo inficiona su validez intrínseca y por varias razones.

La primera porque existe un deber de explicar los fundamentos sobre los que asienta el juez su convicción, bajo pena de nulificar el fallo. Esos fundamentos deben respetar un orden crítico, de modo tal que se analicen los hechos, se aprecie la prueba, se determinen las presunciones emergentes, se disponga el derecho aplicable y, en su caso, se califique la conducta de las partes.

En el sistema de coincidencias previas que persigue el veredicto, ese orden secuencial se divide en una etapa dirigida a la consideración de hechos y prueba; y en otra que hace al decisorio en concreto.

Además, en toda sentencia, ha de existir un tratamiento pormenorizado de las cuestiones sometidas a litigio, y una adaptación lógica (congruencia) entre las pretensiones y la decisión.

La sentencia debe ser fundada. Así lo disponen la mayoría de los códigos procesales y algunas constituciones de provincias. Inclusive, es un

triunfo adquirido por el derecho procesal constitucional, al exigir este recaudo de motivación como pauta de validez del pronunciamiento, y a modo de soporte fundamental de la garantía del debido proceso.

Jurisprudencialmente se ha diseñado esta regla, indicando que constituye requisito indiscutible de validez de las sentencias judiciales que ellas sean fundadas y constituyan una derivación razonada del derecho vigente de plena aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa.

Resulta así imprescindible que todo pronunciamiento definitivo explicite las razones que representan la motivación que guía a cierta orientación. Es menester precisar ese desarrollo mental, suministrando en los considerandos (o en el veredicto) las pautas de pruebas que se consideran verificadas y la subsunción efectuada en el orden normativo.

Además, una suficiente exposición facilita el grado de persuasión que la sentencia conlleva como medio de indicar la justicia en el caso concreto; tanto como para que las partes conozcan las razones por las que se admite o rechaza una pretensión, dando posibilidad consecuente para una crítica puntual.

No debe descartarse que este recaudo de fundamentación confiere, a igual tiempo, una posibilidad de control efectivo de los actos; haciendo pública la opinión vertida, en el sentido de que el fallo deja de ser cosa de partes para transferirse a la consideración pública.

La carencia de motivación resulta descalificada por el vicio de nulidad; igual consecuencia contrae la sentencia con fundamentos insuficientes, o equivocados, o bien que se afirma en consideraciones meramente dogmáticas que no tiene en cuenta las circunstancias que fueron demostradas en la causa.

Importa advertir que el calificativo de sentencia infundamentada, tiene un contraste en la apreciación que las partes sostengan. Quien obtiene pronunciamiento favorable, seguramente, ante la ausencia de agravio, no podrá decir que el fallo sea infundado. De otro lado, el perdidoso, podrá calificar de aquél modo a la sentencia pero su estima tiene un valor meramento hipotético y eventual, sólo posible de confirmación si prospera el recurso que dedujese contra el fallo.

9.5 Las motivaciones de hecho

Estas pertenecen al área de las cuestiones propuestas por las partes como conducentes y en contradicción circunstancial. La investigación que el juez pueda abordar es un tema contingente, porque la regla indica que no puede apartarse del perfil de la realidad que el actor presenta y de la modificación -eventual- que el demandado proponga. Son los principios de igualdad en el debate y de la garantía de defensa en juicio.

Finalmente, el veredicto, como antecedente de la sentencia, define otras singularidades técnicas o formales.

Una de ellas refiere a que el juez que emite su opinión y queda en minoría, debe emitir su voto en la sentencia de conformidad con las

circunstancias fácticas que la mayoría consideró acreditadas en la primera de dichas piezas procesales.

Tal deducción permite un interesante resultado: en las sentencias dictadas por los tribunales orales no caben discrepancias o votos en minoría, porque la unidad intelectiva debe reflejarse en la parte dispositiva, y las diferencias en el veredicto.

Y algo más, ¿qué ocurre con las diferencias jurídicas?, es decir, aquéllas que asientan no en la interpretación de las cuestiones fácticas, sino en la aplicación del derecho. En estos casos, se nos ocurre concluir que puede el juez discordante pronunciarse en el sentido que lo inspire, toda vez que ello no provocaría vicio alguno al fallo.

LIMITES OBJETIVOS DE LA COSA JUZGADA

Comentario a fallo

1. Interrogantes sobre la cosa juzgada

El fallo que anotamos presenta una interpretación sutil del órgano apelado, que la Corte resuelve no considerar apoyándose en la doctrina negativa del *certiorari*, pero que a través de la disidencia (cuatro ministros votan por la admisión del recurso extraordinario) nos permite opinar sobre aspectos procesales del tema.

Los interrogantes que requieren esclarecimiento serían: ¿La cosa juzgada, es un efecto de las sentencias, o se trata de una institución particular que tiene consecuencias constitutivas propias? El valor instrínseco de la definitividad, ¿es puramente práctico, o significa la representación más clara del poder de la jurisdicción?. A su vez, ¿si la *res judicata*, tuviera efectos procesales o sustanciales, qué papel se asigna a la verdad obtenida al resolver la situación de conflicto?. Si afirmamos el contenido de eternidad, ¿hasta cuándo se pueden continuar los valores de lo perenne? ¿Es posible pensar en una situación abolutamente definitiva?.

Equiparados en su importancia están los problemas sobre la asignación definitiva del fallo a las partes, y su posible extensión a terceros, tanto como los objetos que quedán inmutables.

Cada uno de ellos son planteos y problemas reiterados en la cosa juzgada. Nosotros, por ahora, sólo referiremos al problema de los límites objetivos.

2. Definitividad y revisión de la cosa juzgada

Efectivamente instalada como una consecuencia procesal, la cosa juzgada tiende a otorgar definitividad a los fallos judiciales. Justamente es una finalidad del proceso: dar seguridad y estabilidad a las relaciones jurídicas que obtuvieren esclarecimiento desde la función deductiva de la jurisdicción.

Al mismo tiempo, ese ejercicio activo del poder de juzgar muestra que la *res judicata* es un atributo de la jurisdicción, y como tal se comporta al renovar la confianza de los hombres ofreciendo la tutela de su justicia y la seguridad de sus instituciones.

Por tanto, creemos que la cosa juzgada es un atributo que cualifica a las sentencias, pero que resulta baladí justificar sus efectos en otras instituciones o desprendimientos, sin advertir las funciones políticas y sociales que cumple.

Aunque el fundamento de la cosa juzgada sea de carácter práctico, en la vida del Derecho la máxima aspiración es la justicia, por eso en la moderna

apreciación de estas cuestiones, esa circunstancia no puede pasarse por alto al concierto de una explicación teórica.

La revisión de la cosa juzgada es una probabilidad que refuerza el valor humano del proceso y muestra las debilidades del sistema que gobierna la temática como una exclusiva situación procesal.

Igual temperamento podría tomarse respecto a los llamados límites objetivos, porque éstos no son del fallo propiamente dicho, sino de la eficacia que reflejan hacia cosas o las pretensiones. Serían *dimensiones del hecho* ([169]), adecuados en sus propios confines de circunstancias históricas comprobadas.

3. Alcance de la sentencia

Por otra parte, la cosa juzgada no puede desvincularse de la sentencia, de manera que los límites de una sean los límites de otra, y como tal, proyectar hacia ella un efecto simultáneo.

Al estar así planteados el pronunciamiento definitivo e inmutable corresponde a la triple identidad sobre la que reposa un proceso cualquiera: sujetos, objeto y causa *-partes, petitum y causa petendi-;* de manera que sería, a nuestro entender, más correcto enfrentar la cuestión como un problema de consecuencias intrínsecas y extrínsecas de la sentencia.

Por límites objetivos se entiende las fronteras que tiene el fallo judicial para no trasponer su eficacia hacia otro proceso donde no existe identidad con el *petitum* y la *causa petendi*, esto es, de la extensión de la cosa juzgada hacia situaciones fuera del proceso donde se dicta. También aclara la parte de la sentencia que contiene –limita- la *res judicata* dentro del litigio donde se expresa, es decir, para identificar en el mismo proceso la causa que fue objeto de la pretensión.

La identidad del objeto procesal refiere al bien de la vida sobre el que las partes conciertan sus respectivos intereses, sea porque uno lo reclama para sí, o porque otro le resiste por considerarlo propio. Se trata de la *cosa demandada*, a la cual debe dársele un sentido de lectura amplio, esto es, no sólo como cosa corporal, sino también incorporal, o una misma situación de hecho ([170]).

La cosa juzgada que vincula a las partes, seguramente se referirá a ese objeto, pero atenderá en sus fundamentos, las motivaciones y argumentos que las partes oportunamente alegaron y que revistieron de razón a las pretensiones opuestas.

El objeto así comprendido está bifurcado: por un lado, la cosa (*petitum)*, por otro, el derecho invocado y sus fundamentos de hecho (*causa*

---

[169]. Liebman sostiene que para precisar el objeto de la eficacia de la sentencia, hay que diferenciar la eficacia interna de la externa, donde una comprende las cuestiones decididas por el juez y excluye que sobre las mismas cuestiones se pueda decidir nuevamente en el mismo proceso; y la otra es la eficacia que la sentencia despliega fuera del proceso en que fue pronunciada.(*Manual de Derecho Procesal*, Editorial Ejea, Buenos Aires, pág. 585).

[170]. Chiovenda, José, *Instituciones de Derecho Procesal,* tomoI, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940, pág.325.

petendi). En otros términos, objeto y causa, se resuelven en conjunto y dan la visión de la *res in iudicio deductae*, que alcanzará en definitiva, la *judicata* de la sentencia ([171]).

4. La congruencia en la triple identidad de la cosa juzgada

Las alegaciones de las partes fijan, entonces, el objeto de examen y decisión, sin perjuicio de involucrar aquellas que, pudiedo proponerse, no lo fueron (*tantum judicatum, quantum disputatum vel quantum disputari debedat)*, las que obran precluidas objeto de alegación (consumadas por obra del silencio, y del principio que posibilita su oportuna introducción), y como *res judicata* en los efectos "hacia fuera".

Este es el temperamento que el fallo muestra y que son explicados por Devis Echandia, al decir que " la cosa juzgada, en cuanto al objeto se refiere, se extiende a aquellos puntos que sin haber sido materia expresa de la decisión de la sentencia, por ser consecuencia necesaria o depender indispensablemente de tal decisión, resultan resueltos tácitamente; por ejemplo, si la sentencia condena a la restitución del bien y nada dice sobre el pago de frutos, debe entenderse que el demandado quedó absuelto de ellos"([172]).

De igual modo, la sentencia refiere a todas las cuestiones propuestas que no hubiesen sido resueltas, sin que incida en ello la ausencia de recurso de aclaratoria, o la omisión de tratamiento por el juez *ad quem* que tenga posibilidad jurídica de suplir.

Si el pronunciamiento difiere el tratamiento para otra oportunidad, la situación cambia y no hay al respecto cosa juzgada alguna.

Respecto a la causa *petendi*, identifica el fundamento de la pretensión, de manera que su valor obra para distinguir el alcance de la cosa juzgada lograda en el proceso donde se realiza, respecto de otro donde se intenta reiterar la motivación.

La cosa juzgada adquiere en estos casos el carácter de *excepción*, y sirve para desplazar totalmente la via reconductiva.

Claro está que no actúa individualmente, sino en el concierto de la triple identidad que exige la excepción de *res judicata*, a saber: sujetos (*eadem personae),* objeto *(eadem res)* y causa (*eadem causa petendi)* ([173]).

---

[171]. Eisner, Isidoro, *Planteos Procesales,* editorial La Ley, Buenos Aires, 1984, pág.523.

[172]. Devis Echandia, Hernando, *Teoría General del Proceso*, TomoII, editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, pág. 569.

[173]. Guasp, entiende que esta tesis es incorrecta porque no sólo los sujetos, el objeto y la causa individualizan el verdadero contenido de un litigio y del fallo correspondiente;"hay otras varias circunstancias que en uno y otro proceso se tienen en cuenta y que son dejadas arbitrariamente a un lado por la doctrina dominante. En consecuencia, no cabe decir que sólo hay tres límites de la cosa juzgada, ya que en función de aquellas circunstancias surgen nuevos elementos delimitadores de la característica inmutabilidad de una sentencia. Con objeto de llegar a una determinación más satisfactoria de los auténticos límites de la cosa juzgada, hay que distinguir dentro del fallo que se atribuye tal eficacia, tres elementos fundamentales: los sujetos, el objeto y la actividad en que el pronunciamiento consiste. En cada una de estas dimensiones básicas hay que indagar la extensión de la cosa juzgada,

Se trata de un proceso de confrontación entre pretensiones (no entre derechos alegados), de las cuales puede obtenerse la simetría que impida la renovación. Una mínima diferencia en la razón jurídica puede variar la operancia de esa defensa, porque si la causa de pedir no está asentada ya en un motivo, sino en otro distinto y que no fue posible alegar en la oportunidad primera, o es sobreviniente, el nuevo litigio puede llevarse adelante

JURISPRUDENCIA

DOCTRINA DEL FALLO

CS, junio 6-1995.- Capdevilla, Hugo Ramón c.Obra Social de la Dirección Nacional de Vialidad.

1- Conforme el art.280 del cód. procesal civil y comercial de la Nación corresponde declarar inadmisible el recurso extraordinario.

2- Si bien lo atinente a la existencia o inexistencia de cosa juzgada es un problema de hecho y derecho procesal extraño a la instancia del art.14 de la ley 48, ello no impide a la Corte Suprema conocer el planteo cuando los tribunales de la causa han extendido su valor formal más allá de los límites razonables (de la disidencia de los doctores Moliné O'Connor, Belluscio, López y Bossert).

3- La inteligencia realizada por la Cámara en cuanto a que el objeto de la sentencia está conformado por la indemnización en conjunto, como unidad indiferenciada que importa una sola obligación reparatoria nacida de un mismo factor de responsabilidad, tendría su justificación en la obligación que impone a la actora deducir todas sus pretensiones en un solo proceso, requisito que no ha sido impuesto por norma alguna, creando una restricción no prevista en las normas de fondo al drecho de actuar en justicia, resultando violatoria del derecho de defensa en juicio, por lo tanto, corresponde declarar procedente el recurso extraordinario (de la disidencia de los doctores Moliné O'Connor, Belluscio, López y Bossert).

Fallo in extenso

Buenos Aires, junio 6 de 19995.- Vistos los autos:''Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Capdevilla, Hugo Ramón c. Obra Social de la Dirección Nacional de Vialidad'', para decidir sobre su procedencia.

---

estudiando por ello separadamente sus límites subjetivos, sus límites objetivos y sus límites en cuanto actividad. Y esto no es reproducir la doctrina de la triple identidad, con otra terminología, pues el reajuste de conceptos se hace de otra manera y el límite en cuanto actividad se desdoble en otras categorías menores, cada una de las cuales funciona, a su vez, como nueva barrera de la fuerza de la cosa juzgada"(*Derecho Procesal Civil*, editorialInstituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pág. 601).

Considerando: Que el recurso extraordinario, cuya denegación origina esta queja, es inadmisible (art.280, cód. procesal civil y comercial de la Nación).

Por ello se desestima la queja. Hágase saber y, oportunamente archívese, previa devolución de los autos principales.- *Julio Nazareno.-Eduardo Moliné O'Connor (*en disidencia*) - Augusto César Belluscio (*en disidencia*) - Carlos S. Fayt - Enrique S. Petracchi - Antonio Boggiano - Ricardo Levene (h) - Guillermo A.F.López (*en disidencia*)- Gustavo A. Bossert (*en disidencia*).-*

Disidencia del señor Vicepresidente Dr. Eduardo Moline O´Connor y de los señores ministros Augusto César Belluscio, Guillermo A.F. López y Gustavo A. Bossert.

Considerando: 1ro. Que contra el pronunciamiento de la Sala A de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil que confirmó la resolución de primera instancia que declaró la existencia de cosa juzgada con relación a la pretensión deducida por el actor, este último interpuso el recurso extraordinario cuyo rechazo origina esta presentación directa.

2do. Que, a tal efecto, el *a quo* señaló que en el juicio anterior el demandante había intentado obtener tardíamente el resarcimiento del daño indirecto sufrido por la muerte de su concubina y que tal pretensión había sido desestimada, al margen de lo cual hizo mérito del propio reconocimiento de aquél '' en torno a su carencia de legitimación para demandar''. De ahí que determinó el alcance de la cosa juzgada considerando que la sentencia había fijado la indemnización y cristalizado el daño, por lo que en aras del interés social y de la estabilidad de las decisiones no podía aceptar su revisión,

3ro. Que sostuvo también que el objeto de la acción sentenciada no estaba conformado por cada uno de los daños o renglones de la reparación, sino por la indemnización en conjunto, como unidad indiferenciada, que importaba una sola obligación reparatoria nacida de un mismo factor de responsabilidad. Señaló que no había una acción distinta para cada daño diferente, máxime cuando el menoscabo había podido vislumbrarse al tiempo de la promoción de la anterior demanda y no había sido reclamado por el propio arbitrio del actor, De tal modo, la cosa juzgada alcanzaba no sólo a las cuestiones expresamente sometidas a la decisión del juzgador, sino inclusive a aquellas que pudiendo haber sido propuestas no lo habían sido.

4to. Que los agravios del apelante suscitan cuestión federal para su tratamiento en la vía intentada, pues si bien es cierto que lo atinente a la existencia o inexistencia de cosa juzgada es un problema de hecho y de derecho procesal, extraño a la instancia del art.14 de la ley 48, ello no impide a esta Corte conocer del planteo cuando los tribunales de la causa han extendido su valor formal más allá de límites razonables y han utilizado al respecto pautas de excesiva latitud, todo lo cual redunda en menoscabo de la garantía del art. 18 de la Constitución Nacional (Fallos, 307:949;308:281).

5to Que ello es así pues la inteligencia realizada por la Cámara tendría su justificación en la obligación que impone a la actora de deducir todas sus pretensiones en un solo proceso, requisito que no ha sido impuesto por norma alguna y que al margen de extender de modo exorbitante los límites objetivos de ‘’la cosa juzgada’’, crea una restricción no prevista en las normas de fondo al derecho de actuar en justicia -que sólo tiene su límite en la prescripción liberatoria- y resulta violatoria del derecho de defensa en juicio del recurrente (causa D.345 XX ‘’D’Andrea de Sassone, Olga Cristina y otra c/ Shell C.A.P.S.A.’’ del 13 de marzo de 1986 -Fallos,308:281-)

6to. Que la conclusión expresada no se altera por el hecho de que el apelante hubiera podido formular apreciaciones negativas sobre su legitimación para demandar, ya que dicha cuestión no fue propuesta en la causa anterior en términos que justificaran su consideración, toda vez que fue incorporada al expresar agravios y rechazada por tal motivo, según se ha señalado, sin que el agregado que contiene la sentencia al respecto importe un tratamiento del punto que exceda la referencia del interesado y pueda tener el alcance de una renuncia a toda reclamación futura (art.874, cód.civil).

7mo. Que, en tales condiciones, las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas guardan nexo directo e inmediato con lo resuelto (art. 15,ley 48), por lo que corresponde hacer lugar al recurso y descalificar la sentencia.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto la sentencia de fs.108/111 en cuanto fue materia de agravio. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Agréguese la queja. Notifíquese y remítase. *-Eduardo Moliné O’Connor.-Augusto César Belluscio.-Gustavo A. Bossert.- Guillermo A. F. López*.

LA DOCTRINA DEL PRECEDENTE OBLIGATORIO (STARE DECISIS) Y EL VALOR DE LOS PRONUNCIAMIENTOS DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

Sumario: 1. Nociones preliminares, 2. La opinión de la doctrina, 3. La inconveniencia de seguir el sistema del '' precedente obligatorio'', 4. El valor de los pronunciamientos de los Tribunales Superiores.

1. Nociones preliminares

Una de las mayores preocupaciones de la justicia radica en afirmar la seguridad de sus instituciones,. Con ello, no sólo consigue ratificar la confianza que el "pueblo" le ha depositado, sino también, consolidar un sistema judicial útil y efectivo.

El tema de la jurisprudencia, y en particular, el del valor de los fallos que emiten los tribunales superiores, muestra perfiles distintos a tenor de la forma como se orqueste el control de constitucionalidad de las leyes.

Se ha pensado que al ser la interpretación constitucional una de las funciones soportes del equilibrio entre los poderes del Estado, no podría afincar en un órgano inferior un atributo de tal naturaleza e importancia; por tanto, la aparición de Tribunales Constitucionales (jurisdiccionales o políticos) coincide, de alguna manera, con esta "desconfianza a los jueces" .

Otros prefieren que sea el mismo Poder Judicial del Estado, con " todos" sus integrantes, quien vigile y fiscalice el cumplimiento de las normas fundamentales, al ser prácticamente imposible que un Tribunal Superior pueda abordar la multiplicidad de situaciones donde ocurren "casos constitucionales".

La diferencia de este sistema estriba en la obligatoriedad que se asigna a los fallos de los tribunales superiores, dando origen al llamado *stare decisis*, o doctrina del precedente obligatorio, tal como acontece con las decisiones de los Tribunales concentrados. Distinguiéndose de otras formas de control "difuso"' que admiten opiniones particulares sobre la constitucionalidad de las normas; claro que sólo aplicables al "caso concreto" y generalmente sin extender a terceros el alcance de la cosa juzgada.

La doctrina del "precedente obligatorio", en consecuencia, vinculada por igual a los dos sistemas jurisdiccionales de control, consiste en aceptar que el fallo emitido por el Tribunal Superior (las Cortes Supremas locales o, en su caso, los Tribunales Constitucionales) tiene carácter definitivo, debiendo aplicarse sus postulados a los casos que muestren semejanzas de tal grado que admitan la extensión del precedente.

En Costa Rica,el art. 13 de la ley de jurisdicción constitucional puntualiza que: "La jurisprudencia y los precedentes de la jurisdicción constitucional son vinculantes *erga omnes*, salvo para sí misma".

Se afirma que son razones de seguridad jurídica las que imponen continuar con los criterios adoptados en pronunciamientos anteriores; al par que se ratifica con ello la igualdad entre las partes al tener la diversidad de

postulantes una consideración similar que evita la confrontación entre intereses coincidentes.

2. La opinión de la doctrina

Sagués sostiene que "es evidente que ciertos valores jurídicos-políticos de gran significación aconsejan que la Corte repita sus respuestas jurídicas (orden, seguridad, igualdad, etc). Una Corte Suprema incoherente, autocontradictoria y demasiado versátil provocaría, sin duda, un grado de incertidumbre jurídica inaceptable. En principio,pues, es bueno que la Corte se respete a si misma, incluso para exigir que los tribunales inferiores la respeten a ella. No obstante, razones de justicia aconsejan la perfectibilidad de aquellas respuestas, en tren de mejorarlas, así como cambios en el contexto de vida bien pueden exigir alteraciones en las reglas sentadas por la Corte. Por lo demás, las expectativas sociales y el desarrollo político de una comunidad no son factores ajenos a la interpretación de la Constitución. En síntesis, una Corte Suprema está habilitada para modificar su criterio, prudentemente, en pro de una mejor acercamiento a la justicia. Resulta claro, eso sí, que al abandonar una tesis debe dar sus razones, no sólo por motivos de docencia jurídica sino también para justificar, delante de la comunidad, por qué una norma ayer quería decir una cosa, y hoy otra: un cambio de precedente obliga, pues, a una mayor fundamentación en la sentencia del caso" ([174]).

En líneas generales el *stare decisis* destaca las bondades que tiene en el sistema judicial americano, donde la declaración de inconstitucionalidad de una ley que, por via de principio, tiene aplicación al caso concreto, obtiene por la doctrina del precedente obligatorio una extensión inesperada, puesto que en realidad, el caso concreto toma alcances generales al tener que utilizarse nuevamente la doctrina pronunciada.

En los sistemas concentrados la utilidad del mecanismo resulta manifiesta, más allá de la situación que propicia la unidad de jurisdicción. Es decir, resulta lógico que se aplique esta teoria en los mecanismos concentrados porque no hay diversidad de enfoques y la discusión ya fue practicada, siendo entonces inútil reiterar argumentos, a no ser que surgiesen nuevas cuestiones que aconsejaran la reconsideración.

En cambio, en la jurisdicción de control difuso nos hemos pronunciado en disfavor de este sistema ([175]), fundados en las siguientes estimaciones.

3. La inconveniencia de seguir el sistema del "precedente obligatorio"

Si la supremacía constitucional es defendida por todos los jueces del sistema sin importar la jerarquía de instancia en que se desenvuelvan, la "confianza" reposa en un sistema orgánico integral por el cual "todos" se alzan contra las normas inconstitucionales.

---

[174]. Sagués, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional - Recurso extraordinario*, 3ª . editorial Astrea, Buenos Aires, 1992, Tomo I, pág.204/5.

[175]. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Alcance y vigencia de los fallos plenarios*, en nuestro libro:*Respuestas Procesales*, editorial Ediar, Buenos Aires,1991, *passim.*

Los pareceres individuales son la clave de bóveda y las escalas recursivas permiten unificar la jurisprudencia que pueda tornarse dispar, de manera que no existen riesgos de opiniones discordantes que priven de seguridad e igualdad jurídicas.

Si obligamos a los jueces a respetar y seguir los fallos de los tribunales superiores estaríamos privando al mecanismo difuso de su "quintaesencia", porque ya no habría interpretación alguna; más bien, existiría un actividad mecánica de adecuación que nos parece impropia en la tarea jurisdiccional

Asimismo, el principio jurídico que postula el *iura novit curia*, según el cual el juez conoce del derecho y lo aplica sin necesidad de seguir las pretensiones de las partes, también quedaría sin respaldo suficiente, por cuanto tampoco el juez aplicaría el derecho que "le corresponde a su saber y entender", sino el que otros le indican debe utilizar.

Si aquel estuviese errado, o su interpretación fuese fugitiva del ordenamiento jurídico, las instancias de apelación solucionarían el equívoco o la arbitrariedad, dando una vez más seguridad e igualdad al sistema.

El proceso mismo en su sistemática de llevar garantía a los justiciables, se enfrentaría con un sustancial perjuicio en los derechos que son actuales y presentes, al tener que aplicar situaciones distintas con sus soluciones. La misma norma considerada en abstracto, tendría idéntica aplicación aun cuando los casos no fuesen absolutamente idénticos. Y bien sabemos que en cuestiones de derecho, cada problema es un mundillo de alternas posibilidades de pacificación.

Un nuevo interrogante: ¿no estaría el juez que aplica el precedente dando efectos retroactivos a la ley individual que aplica al presente?

En la pirámide ideal que kelsen imaginara, las sentencias individuales son las leyes del caso concreto, no las que se crean y proyectan con alcances generales.

Es evidente que el *stare decisis* obraría en contra de los términos anteriores, dando permanente actualidad a una situación que, en los hechos, devino abstracta.

De igual modo, un contingente procesal también se pone en cuestión cuando se lo extiende incausadamente. La cosa juzgada, con sus efectos y alcances no puede alcanzar a terceros que no fueron parte en los hechos, de manera que resolver extensivo a ellos la situación de derecho creada para otro caso, violenta y sacrifica esta forma de dar seguridad y justicia.

De todos modos, el problema de la uniformidad de la jurisprudencia, que es en definitiva el problema a resolver y que inspira la sistemática del "precedente obligatorio", no se resuelve –entendemos- prohibiendo a los jueces interpretar como el sistema difuso los autoriza; en todo caso será hora de abordar la temática a partir de la necesidad de verdaderos tribunales de casación e interpretación constitucional.

4. El valor de los pronunciamientos de los tribunales superiores

El *quid* que emana de no aceptar la doctrina del precedente obligatorio es ¿qué ocurre, entonces, con los fallos de los tribunales superiores? ¿Qué valor jurídico portan si ya no son obligatorios?, ¿no tienen, al menos, el alcance de una recomendación importante fundada en la formación del órgano que la expide? Y en su caso ¿por qué no plantear la obligatoriedad como una causa que evite transitar por distintas etapas del litigio cuando sabemos anticipadamente el criterio del superior tribunal de justicia? ¿No es más justo y seguro, aplicar antes el precedente que una vez que la paciencia de los justiciables llega al hartazgo por la lentitud procesal?.

Del cuestionario surgen dos corrientes principales, sin perjuicio de ramificaciones que cada una presenta. La tesis más antigua es la que aconseja el " seguimiento sin restricciones" de la jurisprudencia emitida por los Tribunales Supremos locales; en oposición a ella, otros indican que el "sometimiento es condicionado" a los pareceres y adecuaciones que la justicia inferior realice en función de su tarea vigilante de la supremacía constitucional.

La polémica tiene sus prolegómenos en otro fenómeno de repercusiones similares, como resulta la "interpretación de las normas" a través de sus diferentes corrientes. Por tanto, será conveniente ir tejiendo conjeturas y posibilidades de respuesta al compás de los sones que interprete el método de inteligencia que se pretende instaurar en la revisión jurisdiccional de las leyes.

a) *La doctrina del acatamiento absoluto*

En los sistemas difusos de control, como vimos anteriormente, existe un deber "no escrito" por el cual los jueces inferiores tienen que conformar sus decisiones a lo que la Corte Suprema haya resuelto en casos análogos.

Tal deber se funda, entre otros argumentos, en la presunción de verdad y justicia que invisten las sentencias del máximo cuerpo jurisdiccional de un país, es decir, el respaldo emergente de un singular prestigio institucional.

De esta forma se evitan las insistencias recursivas y se ofrece celeridad y economía a los procedimientos.

También así se consigue evitar el *strepitus fori* que de seguro generan los fallos contradictorios.

La doctrina del "acatamiento liso y llano" se respalda, a veces, en las mismas cartas constitucionales. En la Argentina, por ejemplo, la Constitución de 1949 decía en el art. 95 que "la interpretación que la Corte Suprema de Justicia haga de los artículos de la Constitución por recurso extraordinario, y de los códigos y leyes por recursos de casación, será aplicada obligatoriamente por los jueces y tribunales nacionales y provinciales""

El marco œnstitucional es muy importante para esclarecer la tendencia, sobre todo, cuando a través de ella se indica la forma prevista para salvaguardar la supremacía.

Esta corriente tiene, a su vez, dos cuestiones que le demarcan caminos a seguir. Dando por cierto que los fallos superiores son obligatorios para los

órganos jurisdiccionales de inferior grado, queda latente "que obligatoriedad tienen para el mismo órgano superior".

En países donde la estabilidad institucional del Poder Judicial juega su suerte con criterios no jurídicos, la mutación de los tribunales supremos es un signo inequívoco para cuestionar la permanencia de los fallos precedentes.

Una nueva integración puede modificar sustancialmente el juego de mayorías coincidentes, y de suyo alterar la interpretación de una doctrina que marque la inteligencia signada para una norma constitucional.

Cuando la Corte entroniza su función de último intérprete y fiscalizador de las reglas fundamentales existe cierta definitividad en el criterio, es cierto, pero ello no indica que esa orientación (o la nueva télesis del último tribunal integrado) deba ser definitivo, también, para los jueces inferiores.

En efecto, en la tesis kelseniana adoptada como sistema metodológico para deducir la función jurisdiccional, el juez actúa en casos concretos y dicta sentencias individuales para ese caso. Esta resolución es la respuesta del Estado en cuestión en particular.

Por supuesto que en la pirámide pensada, la escala recursiva permite la actuación de los tribunales superiores, aun cuando se condiciona –por aplicación de principios generales- a exigencias tales como que el fallo impugnado afecte las garantías o inteligancias asignadas a normas constitucionales.

De ello se sigue que todo juez puede aplicar parámetros distintos sin que ello vulnere la seguridad jurídica. Son los jueces naturales de la causa y los que, competencia mediante, el justiciable tiene para la justa resolución de sus conflictos.

Está claro, en consecuencia, que el sistema constitucional es el que únicamente puede atribuir obligatoriedad a los pronunciamientos de las Cortes Federales o Superiores de una Nación, y jamás hacerlo el propio órgano judicial a través de sus sentencias.

En todo caso, el valor de esos dictados será orientativo, dando pie a los siguientes posicionamientos:

b) *Doctrina de la aceptación condicionada*

Un valioso voto ha sostenido que "si las sentencias de la Corte Suprema de la Nación Argentina impusieran dependencia más allá de los procesos en que se dictaren, equivaldrían, cuando interpretan leyes, a la ley misma y, cuando interpretaran a la Constitución, a la propia Constitución. Pero el Poder Judicial no puede ejercer poderes legislativos ni constituyentes. Y no se advierte una zona intermedia: no bien la sentencia judicial fuese dotada de imperatividad general, impersonal y objetiva, resultaría provista, por ese sólo hecho, de los caracteres que nuestro sistema republicano reserva a la Constitución y a la ley. La diferencia existente entre normas constitucionales y legales y las sentencias judiciales es cualitativa y, en consecuencia, no puede obviarse por alta que sea la jerarquía constitucional, moral y científica de un tribunal de justicia. Es de la esencia de la función judicial el deber de aplicar

directamente la Constitución y la ley, sin que estas normas deban ser previamente interpretadas, con efecto vinculante, en otras sentencias judiciales en su momento dictadas para resolver otros casos concretos. Contra lo expuesto no pueden invocarse razones de seguridad jurídica, tranquilidad pública y paz social, ni de buen orden, necesidad y estabilidad institucional, puesto que, precisamente a la inversa, en el sistema jurídico argentino la satisfacción de tales objetivos se busca mediante la organización de división de poderes que obsta el ejercicio de la jurisdicción más allá de los casos a que se refieren las sentencias judiciales. Tampoco son atendibles supuestos motivos de economía procesal en tanto ellos no estuviesen receptados por la Constitución y la ley; y, por otra parte, en nuestro régimen procesal no media la certeza de que los tribunales mantengan indefinidamente sus doctrinas" ([176]).

Definido el emplazamiento de los superiores tribunales, es evidente que tampoco pueden quedar sus pronunciamientos sin valor alguno. El mismo tiene, seguramente, una influencia variada (moral, científica o institucional) lo que hace decir que ellos pueden seguirse, condicionando las circunstancias del hecho concreto a las que se expusieron en la sentencia que contiene el precedente.

Es entonces cuando las "circunstancias" adquieren una motivación muy singular. No escapan de esta lectura fáctica ciertos "acomodamientos" contextuales provenientes de los tiempos que los tribunales transitan.

Son muy diferentes y de variado registro, los fallos que "deben" seguir un proyecto político o económico; o bien, cuando los avatares del mercado influyen en la estimativa social de la que ningún tribunal puede mostrarse indiferente; tampoco puede compararse los tiempos de normalidad institucional con los de transición; y menos aún, los desafíos de quienes enfrentan situaciones absolutamente impensadas en otras sociedades (vgr.: las emergencias del narcoterrorismo; la crisis económica, etc).

Todo tribunal sabe, además, que el desencanto, el escepticismo y una falta de credibilidad de la gente en el sistema de la justicia, de profundizarse (en el sentido de que esa misma gente termina por creer que en la justicia" puede suceder cualquier cosa"), resquebrajada la confianza en el régimen democrático ([177]).

Conocedores de la *praxis,* los fallos motivan sus seguimientos más de su calidad intrínseca del valor institucional que representan.

Lo cierto es que se acepta que las Cortes Superiores pueden sugerir un temperamento, y que esa lectura de los acontecimientos merece continuidad cuando se reitera y constituye lo que denominamos "jurisprudencia constante e inveterada".

El seguimiento puede fundarse en la presunción de verdad y justicia que a sus doctrinas da la sabiduría e integridad que caracteriza a los magistrados que componen el enjuiciamiento; sin perjuicio de otras actitudes menores, como evitar recursos inútiles, acelerar el trámite de la causa, etc.

---

[176]. Confr. Voto del Dr. Ghione de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires, en causa L.33.261, recogido en los Acuerdos 38.225, B.50.638;L.43.751, entre otros.

[177]. Morello, Augusto Mario, El sistema de la justicia constitucional, la Corte Suprema y el recurso extraordinario (esbozo de una teoría), en DJ 1992-I-50.

Este tipo de actitudes de sometimiento pueden llamarse “morales”, esto es, seguir las directivas jurisprudenciales de la Corte Suprema por una obligación ética basada en una presunción de verdad (motivación axiológica) y en razones de economía procesal (motivación práctica: impedir trámites recursivos que podrían ahorrarse) ([178]).

En vez de ser influenciados por valores morales, la incidencia puede manifestarse a través del “deber institucional” de acomodar las reflexiones presentes con las efectuadas por los tribunales superiores en pronunciamientos firmes y reiterados.

En estos casos, no se priva a los magistrados inferiores de expedirse conforme a sus convicciones; simplemente se sugiere que existe una superioridad institucional que, magüer los inconvenientes de los sistemas de subordinación jerárquica, determinan una suerte de autoridad obligatoria.

En nuestro país, por ejemplo, los tribunales inferiores deben aceptar obligatoriamente los temperamentos de sus cámaras de apelaciones cuando se ha fijado “doctrina plenaria”, pudiendo ser apercibidos si no receptan el mandato indicado.

La presencia institucional expone otro reflejo cuando se considera que el apartamiento inequívoco de los precedentes no tiene fundamentos suficientes o directamente éstos no existen, en cuyo caso, la desconsideración del inferior “importa perturbar el esquema institucional judiciario” ([179]).

Cada una de estas ideas tiene ampliaciones y restricciones conforme sea el intérprete que las aplique.

La conciencia general es que los fallos de los órganos judiciales que la Constitución confía como supremos en la defensa de sus derechos, deberes y garantías, deben ser aceptados pero la solvencia del seguimiento debe ampararse en la buena imagen que tenga del tribunal, de cuyo contenido surgirá si el seguimiento es institucional, moral o científico.

---

[178]. Sagués, ob. cit., pág.188

[179]. Confr. Fallos 212:253, citado por Sagués, ob. cit., pág.189.

EL PRINCIPIO DE CONGRUENCIA Y LOS LÍMITES DE LA ALZADA.

Comentario a fallo

1. El art. 277 del Código Procesal establece: "*El tribunal no podrá fallar sobre capítulos no propuestos a la decisión del juez de primera instancia. No obstante deberá resolver sobre los intereses y daños y perjuicios u otras cuestiones derivadas de hechos posteriores a la sentencia de primera instancia*".

En estas coordenadas quedan establecidas las proyecciones que tiene el principio de congruencia y el principio dispositivo que rige el proceso civil. Es decir, por un lado la relación procesal enmarcada en los dichos afirmados en la demanda y modificados, transformados y resistidos en la contestación; y por otro, en la disposición que el apelante formule en sus escritos de impugnación, consintiendo resolutivos o agraviándose por ello o por parte de ellos.

2. La congruencia en relación con lo que puede realizar el juez de la causa está enmarcada por los hechos que delinean la *litis contestatio*, es decir aquellos sobre los cuales las partes quieren y deciden controvertir (por ejemplo si un matrimonio resuelve divorciarse y denunciar como causa la culpabilidad de uno de ellos en razón de una injuria determinada, no importará que el juez conozca los verdaderos motivos como podría ser el adulterio de uno de los cónyuges).

A su vez, el órgano de alzada solo debe fallar conforme a las pretensiones deducidas en juicio, que hubieren sido planteadas oportunamente, de manera que están marginadas de la función revisora, las presentaciones extemporáneas aunque algunos de los argumentos allí vertidos, reproducidos al contestar la expresión de agravios, hayan sido analizados en la sentencia recurrida.

3. Recordemos que el recurso no supone un nuevo enjuiciamiento, con su consiguiente acuerdo para introducir pretensiones y oposiciones novedosas. Se trata, solamente, de verificar el mérito de la primera decisión definitiva, o sea, el acierto o error con que ella se motiva. De allí que la Cámara de apelación únicamente puede pronunciarse respecto de las cuestiones involucradas en los artículos constitutivos de la litis, todo ello sin perjuicio de la excepción que pueden ofrecer los hechos nuevos o bien respecto de aquellas materias que, por razones de índole temporal, no fueron susceptibles de decisión por parte del juez *a quo* ([180]).

La misma condición o encuadre recibe la materia susceptible de atención por la Alzada. Es decir, si la critica contra la sentencia está focalizada sobre algunos aspectos de ella, el tribunal revisor no puede exceder los límites

---

[180]. Palacio, Lino, *Derecho Procesal Civil*, tomo V, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, pág. 81

impuestos por el recurso. Es consecuencia de la plena operatividad del principio dispositivo, y de las garantías constitucionales de propiedad y defensa en juicio.

4. Pero como el Código señala que las cuestiones propuestas en primera instancia pueden revisarse en segunda, debe aclararse que ello solamente es así, en la medida del mencionado principio dispositivo, lo que vale decir, en la órbita de la expresión de agravios respectiva.

Se ha dicho, coincidentemente, que el juicio de apelación comienza con la pieza en la que se exponen los agravios, que hace las veces de demanda que se abre después de la sentencia, y, de tal forma, el área objetiva de la apelación no es la misma que la primera instancia, sino el campo estricto que le proporciona la pretensión del recurrente apontocada en los términos litigiosos ([181]).

En la causa que anotamos se advierte dicho exceso o "pecado de incongruencia" en que cae el tribunal de alzada, pues debió ceñirse al problema de la habilitación de la instancia y dictar una sentencia meramente procesal en la dimensión que el recurso le fijaba, y no proyectar la sentencia a cuestiones de fondo que no habían sido alegadas ni defendidas en las piezas obrantes en la segunda instancia.

JURISPRUDENCIA

DOCTRINA DEL FALLO

CS, octubre 13-1994. Concencioca, Juan M. Y otros c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires (C- 10. XXV. R.H.).

1. La Corte Suprema ha resuelto en reiteradas oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitada por el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria. La prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la carta magna.
2. El sistema de garantías constitucionales del proceso esta orientado a proteger los derechos y no a perjudicarlos, de ahí que lo esencial es que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según la ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales.

---

[181]. Morello, Augusto M., Sosa, Gualberto L., Berizonce, Roberto O., *Codigos Procesales en lo Civil y Comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación*, Tomo III, ed. Abeledo Perrot, Platense, Buenos Aires, 1988, pag. 402

Fallo in extenso

Buenos Aires, octubre 13 de 1994. - Vistos los autos: “Recurso de hecho deducido por la demandada en la causa Concencioca, Juan M. Y otros c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando: 1° Que la sala G de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, al revocar lo resuelto por el juez de grado que había declarado no habilitaba la instancia, hizo lugar parcialmente a la demanda y condenó a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires a abonar a los actores las sumas de dinero que éstos dejaron de percibir por diferencias de sueldos, con motivo de las limitaciones y encasillamientos en escalafones anteriores dispuestos ilegítimamente por la Comuna. Contra este pronunciamiento, la vencida interpuso el recurso extraordinario cuya denegación dio origen a la presente queja.

2° Que el tribunal *a quo* consideró que los actos dictados por la Municipalidad no cumplían con el requisito de motivación previsto en el art. 7 inc. E) de la ley 19.549, circunstancia que, sin duda alguna, revelaba un ejercicio arbitrario de las facultades discrecionales del intendente, lo cual determina su invalidez conforme a la doctrina del plenario “González Vilar, Carmen c. MCBA”, del 20 de agosto de 1987.

3° Que la apelante se agravia, básicamente, por considerar que al haber introducido el tema referente a la validez formal de los actos de reencasillamiento de los agentes, la Cámara falló extra petita, en virtud de que tal cuestión no había sido sometida a la decisión de la alzada.

4° Que los agravios de la recurrente suscitan cuestión federal bastante para su consideración en la vía intentada, pues si bien es cierto que esta Corte ha sostenido que la determinación de las cuestiones comprendidas en la litis y el alcance de las peticiones de las partes constituyen extremos de índole factica y procesal, ajenas - en principio - a la instancia extraordinaria, tal regla no impide admitir la apertura del remedio federal cuando - como en el caso -, la sentencia impugnada traduce un exceso en el límite de la potestad jurisdiccional del tribunal *a quo*, al resolver acerca de capítulos no propuestos en el correspondiente memorial de agravios, lo que importa menoscabo a las garantías consagradas en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional.

5° Que, en efecto, esta Corte ha resuelto en reiteras oportunidades que la jurisdicción de las cámaras está limitadas por el alcance de los recursos concedidos, que determinan el ámbito de su facultad decisoria, y que la prescindencia de tal limitación infringe el principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional (Fallos, 304-355, 1482, causa: “Bacque, Marcel c. Multicambio S.A.” del 18 de setiembre de 1990).

6° Que además, cabe destacar que el carácter constitucional de aquel principio, como expresión de derecho de propiedad y de la defensa en juicio, obedece a que el sistema de garantías constitucionales del proceso está orientado a proteger los

derechos y no a perjudicarlos; de ahí es que lo esencial es que la justicia repose sobre la certeza y la seguridad, lo que se logra con la justicia según la ley, que subordina al juez en lo concreto, respetando las limitaciones formales - sin hacer prevalecer tampoco la forma sobre el fondo pero sin olvidar que también en las formas se realizan las esencia - (causa: F - 284. XXIII, “Ferreyra, Andrea Blanca c. Ulloa, Carlos Darío” del 25 de febrero de 1992).

7° Que en el *sub examine* los actores se agraviaron *exclusivamente* de la sentencia del juez de grado en cuanto rechazó la demanda por no haber estado habilitada la instancia judicial. Frente a esta circunstancia, la cámara no solo acogió sus agravios revocando la sentencia sobre el punto, sino que además, con grave menoscabo del principio de congruencia que se sustenta en los arts. 17 y 18 de la Constitución Nacional, conoció lisa y llanamente sobre la validez de los actos de limitación y condenó a la Comuna al pago de las sumas reclamadas. En consecuencia, el fallo apelado no ha hecho sino resolver una cuestión de la alzada en detrimento del derecho de defensa de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, toda vez que ha dictado sentencia sobre el fondo de la cuestión sin que se hubiera sustanciado aún el proceso en sus etapas probatorias y de alegatos.

8° Que, en tales condiciones, œorresponde admitir el remedio federal, pues la falencia que traduce la sentencia pone de manifiesto una lesión a la garantía consagrada en el art. 18 de la Constitución Nacional que justifica la descalificación del fallo en los términos de la doctrina del Tribunal sobre arbitrariedad.

Por ello, se hace lugar a la queja, se declara procedente el recurso extraordinario y se deja sin efecto el fallo impugnado. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por quien corresponda, se dicte un nuevo pronunciamiento. Exímese a la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires, de efectuar el deposito, cuyo pago se encuentra diferido de acuerdo con lo prescripto en la Acordada N° 47/91 (confr. Fs. 60). Notifíquese, agréguese la queja al principal y remítase. *Ricardo Levene (h.) - Augusto César Belluscio - Eduardo Moliné O´ Connor - Julio S. Nazareno - Guillermo A. F. López - Antonio Boggiano*.

PREJUZGAMIENTO EN EL TRAMITE DE ADMISION DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

Comentario a fallo

1. ¿Qué sucede cuando la Cámara, en lugar de atender sobre la admisión del recurso extraordinario anticipa opinión sobre causas que darían lugar al rechazo de la presentación impugnativa, y prefirie denegarlo *in límine* por encontrar insuficiente la representación invocada por el letrado?

Cuando la Corte conoce de la queja se encuentra con un camino cerrado *ab initio*, pues señala la idoneidad de la representación conforme el texto del párrafo cuarto del artículo 11 de la ley 23.898 interpretado armónicamente con el artículo 96 de la Ley 11.683, y manda sustanciar el recurso extraordinario deducido; pero si mantiene como órgano de admisión al mismo tribunal, advierte que fueron señaladas "otras causas" que motivarían el rechazo.

Para evitar, entonces, la frustración anticipada, ordena se cumpla con el trámite dispuesto en el artículo 257 del Código ritual, y que se resuelva por otros la concesión o denegación.

2. ¿Está bien lo resuelto por la Corte? En realidad, ¿no se otorga una vía inútil sabiendo que existen "otras causas" de para la inadmisión ?.

Creemos que el proceder presentado es muy correcto. Tanto porqué analiza las situaciones que considera al tiempo de pronunciarse, como por la omisión precisa que resuelve sobre cuestiones de admisibilidad que no conoce, y que por la mera denuncia del órgano revisor no está habilitado a darle correspondencia ante la ausencia de fundamentos.

La habilitación de otro órgano para que resuelva sobre la admisibilidad también es acertado, pues quien intervenga toma los autos sin conocer más que las constancias del expediente, es decir, sin prejuzgar, como sí lo ha hecho el tribunal anterior.

3. Ahora bien, de la desestimación *in límine* surge un tema candente para las proyecciones modernas del sistema recursivo previsto por el artículo 14 de la Ley 48.

En efecto, el órgano que en los autos actuó como "Superior Tribunal de la Causa" produce la desestimación liminar de la impugnación abortando inmediatamente (sin sustanciar el recurso) el camino directo a la Corte.

Esta fue una de las propuestas previas a la introducción del *writ of certiorari*, aun cuando este mecanismo terminó por consagrarse.

Lo cierto es que en el punto viene cuestionada la *oportunidad* y la *celeridad* en el trámite extraordinario, pues aun reconociendo que la Corte no

podía asumir competencia positiva ante la ausencia del escrito de contestación del recurso extraordinario deducido, es cierto también que con la devolución de los autos se introduce un factor decididamente adverso al principio de economía que pone en crisis el sistema procesal y en evidencia la necesidad de un mecanismo más acorde con la rapidez que la justicia y la sociedad requieren.

JURISPRUDENCIA

CS, Octubre 14-1993.- Empresarios de Transporte Automotor de Pasajeros c. Ministerio de Trabajo (delegación local)

Buenos Aires, octubre 14 de 1993.- Vistos los autos: ¨Recurso de hecho deducido por el Fisco Nacional (Dirección General Impositiva) en la causa Empresarios de Transporte Automotor de Pasajeros c. Ministerio de Trabajo (delegación local)¨, para decidir sobre su procedencia.

Considerando: 1º Que contra la decisión de la Cámara Federal de Apelaciones de Posadas que revocó el auto de fs 522 de los autos principales, por el que se intimó el ingreso de la tasa de justicia, se dedujo el recurso extraordinario que luce a fs. 583/590 de esas actuaciones; el que fuera rechazado sin más trámite (fs. 592/593).

2º Que para así decidir sostuvo que el letrado que suscribe el escrito de recurso no se encuentra habilitado para representar procesalmente a su mandante en aquella jurisdicción, puntualizando asimismo que ¨existen otros motivos para el precedente rechazo que el tribunal no quiere dejar de mencionar a fin de no incurrir en excesivo rigor formal¨; motivo por el cual se explayó en consideraciones que abonarían, desde su perspectiva, el rechazo del remedio federal interpuesto. A raíz de ello se dedujo la presentación directa en examen.

3º Que en tales condiciones corresponde revocar el rechazo in limine del recurso extraordinario, a poco se advierta que los instrumentos que abonan la representación invocada (fs 577/582) resultan idóneos a los fines de dicha presentación, a la luz de la aplicación armónica del párrafo cuarto del artículo 11 de la ley 23.898) y el artículo 96 de la ley 11.683 (t.o. 1978 y modif.).

Por ello, se deja sin efecto el pronunciamiento de fs. 592/593, debiendo remitirse las actuaciones al tribunal de origen para que se sustancie la apelación extraordinaria, de conformidad con lo preceptuado en el art. 257 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y, oportunamente, por quien corresponda –atento a que quienes suscribieron el pronunciamiento revocado adelantaron su opinión sobre la concesión del recurso extraordinario-. Se resuelva acerca de su procedencia. Agréguese la queja al principal, notifíquese y devuélvase.- *Antonio*

Boggiano.- Rodolfo C.Barra.- Mariano A. Cavagna Martínez.- Julio S. Nazareno.- Ricardo Levene (h).- Eduardo Moliné O´Connor.

LIMITES DEL EXCESO RITUAL MANIFIESTO

Comentario a fallo

1.- ¿Es posible encontrar un límite preciso a la doctrina el exceso ritual manifiesto?. Y en su caso ¿qué rol debe asignarse a las formas en cualquier actuación ante la justicia?. ¿Qué es más importante, la seguridad y continuidad que reporta la solemnidad de las presentaciones o la justicia que reclama la actuación correspondiente?

Varios más podrían ser los planteos emergentes de esta polarización trazada entre el rito, como concepto razonable del obrar en los procedimientos, y el ritualismo, interpretado como sinrazón o rigor excesivo para el uso de los dispositivos procesales.

La Dra. Kemelmajer de Carlucci, a través de una precisa metodología que luce por la claridad a que nos tiene habituados, aborda estas dificultades para dirigirse a encontrar un límite al exceso ritual, aun cuando sabe los riesgos que corre cuando se pretende hallar un temperamento común o genérico a conceptos estrictamente casuistas, y por lo tanto, particulares y abstractos a dimensiones generales.

2 - Sabido es que en las estructuras que dinamizan las actuaciones procesales pueden imperar principios distintos. O bien se rige por la legalidad de las formas, o se otorga libertad (informalidad) a los justiciables sin interesar en demasía la manera como se presenta (exteriormente) o deduce (contenido) la respectiva formulación.

En los hechos el informalismo absoluto no existe, porque al referirnos a las formas, no precisamos únicamente la apariencia exterior, sino también el lugar y el tiempo en que se lo incorpora. Por eso suele decirse que en un escrito presentado en una secretaría distinta a la que tramitaba la litis incurre en un error de hecho que determina la invalidez formal del acto, tanto como sucede si la prueba es ofrecida anticipadamente, sin respetar las etapas preestablecidas del juicio ordinario ([182]).

3 - La idea básica consiste en no confundir" el formalismo" con lo puramente ritual, porque de incurrir en ello se cae en una especie de geometría de la precisión (como ocurre con la desgraciada Acordada 2514/92 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires), por lo que toda presentación no vale por sí misma, sino que atraviesa el filtro de la previsión *ad solemnitatem*.

Hemos dicho antes de ahora, y el fallo apuntado confirma la versión sostenida, que el límite de las formas lo impone el derecho establecido. El que como toda norma jurídica debe interpretarse no por su letra, sino por la inteligencia que

---

[182]. Cfr. . Gozaíni, Osvaldo A., *Derecho Procesal Civi*", tomo 1, cit., pág. 342.

surge de la lectura de sus cláusulas, armonizadas con los demás preceptos que la integran, y completando con un espíritu, donde se priorice la justicia antes que la fuga por lo intersticios de la práctica oscura de lo anecdótico que resulta todo lo ritual.

Por supuesto, recordemos que Montesquieu sostuvo que “la forma es la condición necesaria para la certeza, el precio de la seguridad”, prolegómeno que destaca la importancia de propiciar un límite y equilibrio entre la libertad y la legalidad para no abismarse en los extremos, ni en los peligros de la anarquía adjetiva.

4 - Solamente para anotar un aspecto de la cuestión, hemos de coincidir con nuestra distinguida ministro en que, una pauta de orden la ofrece el principio de protección de los actos procesales. Es decir, aquellos que aun inficionados no revisten tamaña gravedad como para viciar todas las actuaciones.

La relación que toma esta contingencia del proceso, con las precauciones sustanciales (provengan de cualquier código de fondo), toca el problema de saber cuál es la regla que debe guiar la solución a estas alternativas.

En suma, la perfección que persigue el derecho civil incide en el diseño y en la licitud de los actos ([183]). Pero en el derecho procesal, un acto imperfecto, puede ser no obstante sus crisis con la regularidad, perfectamente válido. De manera que ambas situaciones muestran que habría una distancia entre la perfección y la legalidad como premisas asimilables.

La prudencia y equidad de los jueces son buenas pautas de rigor. En síntesis: resulta acertado eliminar del derecho civil, sin descartar la unidad conceptual que ofrece con su lograda experiencia. El fenómeno procesal estará en la conceptualización de sus principios y presupuestos, basados en la plena adaptación de la instrumentalidad de las formas a las necesidades que den y sirvan para la eficacia del proceso.

---

[183]. V. gr. cuando se celebra un contrato y cumple con los ajustes normativos, se dice que el acto es perfecto y legítimo.

JURISPRUDENCIA

S.C. Mendoza, sala 1º, junio 30-1993.- Sileoni, Norberto A. en J: 87.272 Sindicato de Estaciones de Servicio c. Rizzo Sileoni p/ ejec. Sentencia s/ Inc.

En Mendoza, a 30 de junio de mil novecientos noventa y tres, reunida la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, tomó en consideración para dictar sentencia definitiva la causa Nº 52.743 caratulada "Sileoni, Norberto A. en J: 93.200 Sileoni, Norberto A. en J: 87.272 Sindicato de Estaciones de Servicio c. Rizzo Sileoni p/ ejec. Sentencia s/ Inc.".

Conforme lo decretado a fs. 34 se deja constancia del orden de estudio efectuado en la causa para el tratamiento de las cuestiones por el Tribunal: primera: Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci; segundo: Dr. Fernando Romano; tercero: Dr. Pedro J. Llorente.

Antecedentes: A fs. 9/15 el abogado Raúl Maures, por Norberto A. Sileoni, deduce recurso extraordinario de inconstitucionalidad en contra del auto dictado por la Cuarta Cámara Civil de Apelaciones a fs. 210/212 de los autos Nº 20.429 caratulados: "Sileoni, Norberto A. en J: 93.200 en J: Sindicato Establecimientos de Servicios c/ Rizzo y Sileoni p/ ejec. de Sentencia s/ recurso directo".

A fs. 20 se admite formalmente el recurso deducido y se ordena correr traslado a la parte contraria, quien a fs. 26/28 contesta y solicita su rechazo con costas.

A fs. 31/32 corre agregado el dictamen del Sr. Procurador General, quien, por las razones que expone, opina que no debe hacerse lugar al recurso de inconstitucionalidad.

A fs. 33 se llama al acuerdo para sentencia y a fs. 34 se deja constancia del orden de estudio en la causa por parte de los señores Ministros del Tribunal.

De conformidad con lo establecido en el art. 160 de la Constitución de la Provincia, esta Sala se plantea las siguientes cuestiones a resolver: 1º ¿Es procedente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto? 2º En su caso, ¿qué solución corresponde? 3º Costas.

A la primera cuestión la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci dijo:

I. Plataforma Fáctica

Los hechos relevantes para la resolución de este recurso son, sintéticamente, los siguientes:

1. A fs. 160 de los principales, la abogada Liliana Frigerio, actuando por el Sr. Sileoni, constituyó nuevo domicilio procesal.

A fs. 176/178 el juez rechazó el pedido de ejecución de sentencia interpuesto por el nombrado, cuyo fin era que se emplazara a la actora para realizar todos los actos útiles para el cumplimiento del acuerdo celebrado por las partes.

Esta resolución judicial le fue notificada el 2/6/1992, en el anterior domicilio constituido. La cédula fue confeccionada por la contraparte (fs. 179).

El nueve de junio del mismo año, a las 11 horas, la abogada Liliana Frigerio (ver fs. 181) presentó un escrito que textualmente dice: “Que por causarme gravamen irreparable, vengo a apelar la resolución de fs. 175/178 de autos, solicitando pasen al Superior Tribunal”. El juez proveyó que previo a todo se acreditase el pago de la tasa de justicia. el 15 de ese mes, el abogado de la contraparte solicitó se rechazara el recurso de apelación por extemporáneo ya que por tratarse de una decisión recaída en el proceso de ejecución, computando el plazo procesal de gracia, el término para apelar había vencido a las 10 horas del día 9 de junio. El 16 de junio, la abogada Frigerio volvió a presentarse y peticionó al tribunal que tuviese presente que la cédula había sido mal confeccionada, por lo que “los plazos comenzaron a correr desde el conocimiento (cuando compulsó el expediente a fs. 181)”.

2. El juez de primera instancia no concedió el recurso deducido, considerando que había sido interpuesto fuera de término (185 días) desde que la parte afectada por el vicio procesal de la notificación de fs. 179 lo consintió al no interponer incidente de nulidad en su primera presentación.

3. La abogada Frigerio interpuso recurso directo. La Cámara (fs. 210/212) lo rechazó con estos fundamentos:

a) Si bien la notificación a la recurrente fue defectuosa, el acto irregular fue convalidado por consentimiento tácito, al no interponerse el pertinente incidente dentro de los cinco días de tener conocimiento del acto, teniéndose por tal el que resulta de una presentación en el expediente no objetándose en la primera presentación.

b) Las nulidades procesales son siempre convalidables; por eso, los actos irregulares conservan su eficacia y producen normalmente sus efectos sin no se los ataca con los medios previstos por la ley.

Contra esta decisión se alza la actora.

II. Los motivos de la inconstitucionalidad deducida

La quejosa denuncia arbitrariedad del auto recurrido: afirma que adolece de exceso de rigor ritual y argumenta del siguiente modo:

a)La Corte Federal ha admitido que existe rigor ritual manifiesto cuando no se ha tenido en cuenta que se ha notificado a l parte en un domicilio distinto al que correspondía.

b)La cédula fue confeccionada por la contraria y notificada por debajo de la puerta. La notificación es entonces un acto inexistente, que no puede producir efectos ni siquiera entre las partes.

c)La oposición de la contraparte al recurso de apelación interpuesto no responde a ninguna de las formas procesales exigidas, por lo que no debió ser mencionada en los considerando del fallo. Al hacerlo se dio un trato diferenciado a las partes.

d) El exceso ritualista es manifiesto, pues nadie niega que la notificación fue mal efectuada.

III. El exceso de rigor ritual manifiesto como causal de arbitrariedad de decisiones judiciales.

1. La causal invocada. Terminología. Concepto.

El recurrente invoca una causal de arbitrariedad receptada por la Corte Nacional a partir del 18/5/57 en el leading case “Coladillo c. Cía, de Seguro España y Río de la Plata”(Fallos, 238/550, JA, 1957-IV-477 y LL, 89-415).

La causal también ha sido abordada por esta Sala (ver por ej. LS, 207-40; LS 206-279; LS, 197-81; LS, 191-110; LS,213-346; compulsar, igualmente, fallo del 3/4/1991 in re “Amoros A. c. García Morales”, JA, 1991-III-379 y LL, 1991-D-275) t por diversos tribunales del país y del extranjero (Morello, Augusto, “El exceso ritual manifiesto y la doctrina de la sentencia arbitraria en el Tribunal Constitucional español, JA, 1987-I-776), bajo diferentes nombres: Exceso ritual, injustificado rigor, formulismo, rigor excesivo, ritualismo, rigor formal excesivo, formalismo en desmedro de la justicia, injustificado rigor formal, menoscabo de la verdad jurídica, exceso ritual manifiesto, etc. (para estas denominaciones ver la clásica obra de Bertolino, Pedro, “El exceso ritual manifiesto”, La Plata, de. Platense, 1979, pág. 25 y s.s.; del mismo autor, La verdad jurídica objetiva, Bs. As., Depalma, 1990 y “El exceso ritual manifiesto: hacia una doctrina generalizadora”, en Temas de casación y recursos extraordinarios, en honor al Dr. Augusto Morello, La Plata, de. Platense, 1982, págs. 247 y ss.).

La doctrina nacional y extranjera es igualmente proclive a su admisión (Además de la que citamos a lo largo de este voto ver Carrió, Genaro, “El recurso extraordinario por sentencia arbitraria”, Bs.As., editorial Abeledo Perrot; Bianchi, Alberto, “El recurso extraordinario por sentencia arbitraria”, DE, 99-835; Rosatti, Horacio, “Verdad jurídica objetiva, equidad mal entendida y sentencia arbitraria”, ED 104-829, Morello, Augusto M., “El exceso ritual en los fallos de la Corte Suprema en su

actual integración", JA, 1984-III-304; Roitman, Rodolfo, "Recursos extraordinarios. Corrección por la Corte Suprema de sus propios fallos por vía de perfeccionamiento. Plazo procesal de gracia", LL,1981-D-490; para una reseña de la doctrina suiza, ver Dones, Carlos, "Rassegna di Dotrina straniera", en Riv. de Diritto Processuale, Padova, Cedam, 1966, vol. XXI, pág. 292).

Sin embargo, definir qué es el exceso de rigor ritual no es tarea fácil. Algunos autores "arriesgan" nociones conceptuales. En tal sentido se ha dicho que se configura "cuando se hace uso de las formas apartándose de la finalidad que inspia a la norma, causando de ese modo un perjuicio grave a alguna de las partes en litigio, que se presenta al juzgador de una manera evidente y autoriza a éste a que, excepcionalmente, se aparte de la ley procesal vigente en aras de la verdad jurídica objetiva"(Boasso, Pedro, "El exceso ritual y la equidad", Zeus, T. 55-D-105); o cuando, a raíz de la aplicación indiscriminada o irrazonable de normas procesales, el fallo consagra una solución que veda el acceso a la verdad objetiva y equivale a una renuncia al logro de ésta"(Palacio, Lino E., "El recurso extraordinario federal. Teoría y Técnica", Bs.As., A. Perrot, 1992, Nº 346, pág 250). Se insiste en que se trata de aquellos casos en que "un estricto apego a las formalidades procesales conduce al menoscabo de la admisión de la verdad jurídica objetiva, concluyendo en desconocimiento de derechos de fondo o soluciones notoriamente disvaliosas"(Lugones Narciso, "Recurso extraordinario", Bs.As., Depalma, 1992, pág 307), consistiendo en la "desnaturalización de las formas y de las regulaciones procesales, incompatible con el debido proceso y con el razonable formulismo jurídico"(Guastavino,Elías P., "Recurso extraordinario de inconstitucionalidad", t. II, Bs. As., edit. La Rocca, 1992, Nº 313). Consecuentemente, "el ocultamiento de la verdad jurídica objetiva supone que se desconozcan hechos concretos,evidentes e indubitables con relevancia a la luz de las normas sustantivas que regulan el caso; es "una especie de injusticia grave por exceso en el orden; el amparo de un fariseísmo de las formas convertidas en vacua solemnidad dañosa" (Linares Quintana, J.F., "Recurso extraordinario y ritualismo", JA, Doctrina 1975-461).

2.Los valores en juego: la necesidad del casuismo jurisprudencial.

El problema se presenta la hora de aplicar esos principios al caso concreto, pues hay que compatibilizar todos los intereses en juego.

En efecto, hay coincidencia doctrinal en que lo procesal es instrumental en el sentido de que no tiene un fin en sí mismo sino que está destinado a satisfacer la buena administración de justicia (Bidart Campos, Germán J., "Ritualismo Procesal y derecho a la jurisdicción"y Portela, Jorge G., "Justicia contra instrumentalidad . Una nueva apostilla en torno al conflicto de valores", ambos en ED, 138-539).

Pero también es indudable que las normas procesales tienen la misión fundamental de brindar seguridad jurídica (sea el proceso administrativo o judicial). El litigante, se ha dicho, debe tener reglas claras a las cuales atenerse, porque debe producir su defensa a lo largo de un recorrido dividido en etapas que no son disponibles a su voluntad (Bianchi, Alberto, "El exagerado rigor formal como principal enemigo del derecho a la defensa en juicio", ED, 136-732 y ss.); es que las etapas procesales cumplen un buen servicio (el orden del proceso) y por ello tienen que ser respetadas; el justiciable no puede pretender usarlas desordenadamente o fuera de tiempo; esta es la razón de ser de la preclusión (Bidart Campos, Germán J., "Ocho pronunciamientos en una serie de recursos extraordinarios y de formulismos insistidos", ED, 132-347).

En tal sentido dice Podetti que el formulismo tiene "raíz constitucional, desde que tiende a garantizar la defensa en juicio de la persona y de los derechos, pudiendo ser considerado como el antemural de la arbitrariedad del individuo o del Estado y como elemento básico de la libertad civil. Sin embargo, esa indiscutible jerarquía del principio exige que sea cuidadosamente dosado para evitar caer en el culto de la forma, tan caro a la rutina de los gremios forenses"(cit. por Palacio, Lino, "Derecho Procesal Civil", t. I, Bs.As., Abeledo Perrot, pág. 303).

Por eso, Clemente Díaz distinguida entre formalismo y formulismo procesal y decía que el último constituye la entronización de la burocracia procedimental (citado por Chiappini, Julio, "El formalismo y el formulismo procesales", en Zeus, 47-D-101).

Correctamente se explica que "en derecho las soluciones no son aritméticas y la generalización en abstracto es contraria a las buenas soluciones jurídicas. No siempre el cumplimiento absoluto de las reglas procesales es conveniente, pues puede volverse contra el derecho de fondo. Cabe recordar a Holmes cuando expresaba, en la más clásica de sus obrar, que el derecho no es lógica sino experiencia y que la misión de los jueces es buscar aquello que resulta conveniente para los intereses de la comunidad"(cit. por Bianchi, Alberto, "El exagerado rigor formal como principal enemigo del derecho a la defensa en juicio", ED, 136-732 y ss.).

Claro está que desde esta perspectiva "resulta sumamente difícil determinar en qué punto la aplicación estricta y mecánica de las normas procesales deja de ser correcta para tornarse perniciosa. Así como la sal tiene su punto exacto en cada comida, lo cual depende también del gusto de cada comensal, también en esta materia es difícil establecer reglas objetivas sin caer en obstrucciones absolutistas. Son los jueces quienes casuísticamente deben decidir cuándo es suspendible la aplicación de una regla procesal positiva en aras del mantenimiento de la defensa en juicio de alguno de los litigantes"(Bianchi, Alberto, "El exagerado rigor formal como principal enemigo del derecho a la defensa en juicio",ED, 136-732 y ss.). Hay que concluir, entonces, que "resulta sumamente

difícil, por no decir imposible, señalar a priori en qué punto la aplicación mecánica de una norma procesal se convierte en disfuncional. Tal apreciación sólo puede efectuarse a posteriori y surgirá del análisis de la complejidad del caso individual'(Cayuso, Susana G., "El exceso ritual: necesidad de equilibrio entre el derecho de fondo y de forma", LL, 1991-B-137); desde que "es la casuística la que pone de relieve la experiencia jurídica"(Bertolino, Pedro, "La verdad jurídica objetiva", Bs. As., Depalma, 1990, pág. 81).

En suma, no es posible establecer un límite preciso entre el exceso ritual y el respeto por las formas procesales; entre rito (concepto razonable) y ritualismo (concepto irrazonable); entre uso y abuso de una disposición procesal. Es que, en el fondo, "en cualquier procedimiento, sea civil, laboral, penal, administrativo o de otro tipo, el derecho procesal siempre recorta, de algún modo, el margen de maniobra del juez y de las partes para alcanzar la verdad jurídica sustancial u objetiva; los términos y plazos son una muestra evidente de ello; tal limitación, sin embargo, es necesaria y plena de sentido común".

Por todo eso, "la rotulación de un acto jurisdiccional como inficionado de exceso ritual requiere una cautela y prudencia singular, un fino sentido capaz de detectar el empleo sensato y el insensato de las normas de procedimiento"(Sagües, Néstor P., "Recursos extraordinario", 2ºed., actualizada, Bs.As., de Astrea, 1989, t, 2, Nº 373; conf. Wetzler Malbrán,, Alfredo Ricardo, "El principio de preclusión y la equidad", ED -641).

No corresponde, entonces, "auspiciar una postura rígida que se amuralle en escrúpulos teñidos de ceremoniosidad, pero tampoco una libérrima actitud oficiosa que, superando a la justicia rogada, provocaría disfuncionalmente lesión al principio de bilateralidad"(Morello, Augusto M., "El absurdo y el exceso ritual en la moderna casación", JA, 1987-II-38).

Es que uno de los problemas más viejos, importantes y siempre discutidos en el derecho es el conflicto entre la equidad y la seguridad jurídica. "Es más: hasta se diría que la permanencia de este conflicto es de la esencia del orden jurídico, desde que su normativa no constituye una ciencia exacta en la que encuadren todas las situaciones posibles a juzgar en el ejercicio de la función jurisdiccional" (Bianchi, Alberto, "El exagerado rigor formal como principal enemigo del derecho a la defensa en juicio" DE, 136-732 y ss.).

En definitiva, la Corte Federal condena que las normas procesales se apliquen con una finalidad y una severidad equivalente a "pegar etiquetas en una botella" obstruyendo todo acceso a la integral sustanciación del proceso (Bidart Campos, Germán J., "El rigorismo procesal violatorio de la defensa, ED, 81-531;del mismo autor, Ritualismo final exagerado versus solución justa, ED, 80-631; Justa superación de un formulismo procesal (ED, 86-717).

La pregunta que debemos hacernos es, entonces, cuál es el límite de aplicación de las normas procesales y desde dónde la rígida interpretación de las mismas deja de ser protectora de derechos para volverse en contra de ellos. Es decir, cuándo la aplicación de las normas procesales se convierte en disfuncional.

3.Las líneas sinuosas de la jurisprudencia de la Corte Nacional y su interpretación doctrinal.

Frente a este panorama sería absurdo pretender líneas demarcatorias firmes en la jurisprudencia del Superior Tribunal de la Nación. La carencia de estos 'separadores"es notoria, a poco que se compulse la gran cantidad de fallos que resuelven estas cuestiones con ajustadas mayorías, comentados por autores que normalmente adhieren al criterio de la minoría y que, incluso, acusan al tribunal; de haber caído en el mismo exceso de ritualismo que condena. Así, por ej., cuando se declara la nulidad de un fallo por no haberse dejado constancia detallada de las razones por las cuales uno de los camaristas no lo suscribe (Ver, por ej. fallo del 10/6/1992, "Movimiento de Suelos S.A. c. Momentos Saag", ED , 149-237; con nota de Payá, Fernando H., "Exceso de ritualismo en la Corte". Un caso similar había sido resuelto por el tribunal el 9/2/1989, "Cadermantori S.A. s. Quiebra", con comentario desfavorable de Wetzler Malbrán, Alfredo R., "Un paso atrás en materia de exceso ritual", ED, 134-262. Esta Sala, en cambio, para supuestos análogos consideró que no correspondía declarar la nulidad (Ver LS, 217-352).

Igual disputa aparece a la hora de exigir prueba de que el valor disputado supera los topes legales para el recurso ordinario de apelación, aun cuando él surge notorio de un simple cálculo matemático (CSN 9/2/1989, "Tarsa, Tambores S.A.", ED, 135-203, con nota desaprobatoria del voto mayoritario de Wetzler Malbrán, Alfredo R., "Otra vez por la senda del exceso ritual"), o al negar que la firma del patrocinado pueda ser colocada con posterioridad a la interposición del recurso (15/10/1991 "Turci, Carlos s. calumnias e injurias", comentado desfavorablemente por Morello, Augusto, "La omisión de la firma del patrocinado en el escrito en que se deduce el recurso extraordinario ¿es subsanable?, ED, 146-391), o al acogerlo ante el rechazo fundado del recurso por el Superior Tribunal de la causa (ver nota de Monzón, Máximo D., "Dos aplicaciones cuestionables de la doctrina jurisprudencial del exceso ritual manifiesto", LL, 1997-A-472 y ss.; uno de esos casos, en cambio, M., "El absurdo y el exceso ritual en la moderna casación", JA, 1997-II-38), o al analizar los recaudos para la validez de la declaración indagatoria (Ver casos comentados por Bidart Campos, Germán J., "Exceso ritual en las garantías constitucionales del proceso penal", ED, 142-116).

Las discrepancias en el seno del Tribunal Supremo también aparecen a la hora de resolver el exceso de rigor ritual y el régimen de las notificaciones (ver, por ej., CSJ 10/5/1988, Moriño, Luis ,ED, 170/216, LL, 1991-A-390, con nota adversa de D'Albora, Francisco, "Notificación y exceso ritual", en LL,

1991-A-391- notificación en un hábeas corpus; CSN 26/11/1987, Sallaberry y otros c. Sosa, JA, 1988-Y-85, con nota aprobatoria de la minoría, que consideró que el recurso estaba bien denegado por estar fuera de término, de Morello, Augusto M., “El exceso en la aplicación del exceso ritual manifiesto - cómputo de los plazos cuando se ha reiterado la notificación en el domicilio real”).

Por eso, dice con razón el maestro platense que la recepción del exceso ritual tiene en la Corte Federal buenas y malas épocas (Morello, Augusto M., “Aspectos prácticos en temas casacionales”, JA, 1992-II-427).

4. Algunos requisitos insoslayables para la aplicación de la doctrina.

Sin perjuicio del necesario casuismo es, entonces, necesario recordar algunas pautas, generalmente aceptadas, para la aplicación de la doctrina.

a)Por lo pronto, el exceso de rigor ritual debe ser manifiesto (conf. Gueller, Isidoro, “El excesivo rigorismo en la aplicación de la ley procesal”, LL, 1993-A-16; Boasso, Pedro,” El exceso ritual y la equidad”, Zeus, 55-D-105;Guastavino, Elías, “Recurso extraordinario de inconstitucionalidad”, ob. cit. Recurso extraordinario Nº 373, pág.270), en el sentido de que debe ser notorio, claro, obvio, evidente, patente, presentarse a ojos vista, de modo tal que las formas procesales se hayan convertido en una mera beatería, abusando de ellas, no adecuándolas a su propia finalidad.

b) Se trata de un remedio excepcional (Boasso, Pedro, “El exceso ritual y la equidad”, Zeus, 55-D-105), por lo que su interpretación debe ser restrictiva. En otros términos, la doctrina del exceso de rigor ritual ‘no sirve para todo, ni se la puede hacer jugar como un comodín facilitador de acceso. Esta herramienta pretoriana, aunque expansiva, tiene un corredor acotado que no puede ser saltado a voluntad de las partes; en suma, esta doctrina no puede aceptarse con demasías que afecten otros principio o valores que deben preservarse”(Morello, Augusto M., “Aspectos prácticos en temas casacionales”, JA, 1992-II-427).

c) No lo puede plantear quien incurrió en una inexcusable negligencia (CSN Fallos, 301-1067, cit, por Guastavino, Elías. “Recurso extraordinario de inconstitucionalidad”, ob. cit., t. II, º 315. pág. 617).

IV. La aplicación de estas pautas al *sub lite*

1. No desconozco que la teoría del exceso de rigor ritual ha sido aplicada por la Corte en supuestos vinculados a notificaciones nulas (ver casos citados por Guastavino, Elías, “Recurso extraordinario de inconstitucionalidad”, ob. cit. t. II. Nº 316, pág. 621 y los referenciados en este voto; sin embargo, es menester reseñar que en el sublite no están en juego

el acceso a la justicia (Corte Suprema de Santa Fe, 23/11/1989, “Piña Jorge c. Massey Fergunson Argentina S.A.”, ED, 138-540, con sendas notas aprobatorias de Bidart Campos, Germán J., “Ritualismo Procesal y derecho a la jurisdicción” y de Portela, Jorge G., “Justicia c. instrumentalidad. Una nueva apostilla en torno al conflicto de valores”) ni el cumplimiento a órdenes de superiores tribunales (sentencia comentada por Bidart Campos, Germán J., “Ocho pronunciamientos en un serie de recursos extraordinarios y de formalismos insistidos”,ED, 132-347), ni el principio de separación de los poderes (ver fallos citados por Palacio, Lino, ob. cit. Nº 34.6, pág. 251), ni prestaciones previsionales de naturaleza alimentaria (CSN 3/9/1991, “López, Eduardo c. Caja Nacional de Previsión Social”, DT, 1992 (LII,-B)-1483, con nota de Guillot, María A., “El excesivo rigor formal en la desestimación de una nulidad de notificación”; CSN 31/3/1992 “Foti Virgilio c. Caja Nacional de Previsión”, ED, 149-507, con nota dubitativa de Pose, Carlos ¿”Quién ha derogado el art. 9 de la ley 23.473?”; CSN 16/6/1992, “Freigedo, Horacio c. Caja Nacional de Previsión”, ED, 149-349, con nota aprobatoria de Gozaíni, Osvaldo A., “La prevalencia de intereses en los procesos sociales”), ni la libertad individual a través del rechazo de un hábeas corpus CSJ 10/5/1988, Moriña, Luis, LL, 1991-A-390, con nota adversa de D’Albora, Francisco, “Notificación y exceso ritual”, en LL, 1991-A-391), ni el mero hecho de no haber acompañado, “El excesivo formalismo en el proceso civil - a propósito del art. 120 del Código Procedimental”, LL, 150-1090).

Tampoco es un caso en que la actora simplemente se haya equivocado e la denominación o tipificación de la vía elegida (ver casos citados por Guastavino, Elías, ob. cit, Recurso extraordinario de inconstitucionalidad, T II, Nº 316, pág. 631).

2. Por el contrario, en el *sub lite* la parte se presentó y apeló la decisión que le era desfavorable sin otro aditamento; no dijo que se notificaba en ese acto, ni que la notificación obrante en autos al momento de esa presentación era defectuosa, etc.

No hay dudas, entonces, de que, conforme a la normativa provincial, el escrito por el cual apeló implicó la convalidación tácita de la notificación irregular, sin poder esgrimir - razonablemente- que se trataba de un acto inexistente. Siendo así, nadie discute que el recurso de apelación se interpuso fuera de término.

3. La Corte Nacional ha resuelto que no puede invocar el exceso de rigor ritual la parte que no planteó en término oportuno la nulidad del procedimiento ejecutivo y dio lugar a una posterior decisión de la Cámara, irrevisable en la instancia extraordinaria, en el sentido de que cualquier nulidad que pudiera haber habido en la sentencia de remate quedó purgada al no habérsela aducido en el momento procesal pertinente (CSN Fallos, 301-1067, cit,. por Guastavino, Elías, “Recurso extraordinario de inconstitucionalidad”, ob. cit. T. II, Nº 315, pág. 617).

En sentido coincidente se ha dicho: “Si la parte invoca que no fue debidamente notificada, y en consecuencia, se está presentando a tiempo, debe atacar de nulidad la diligencia de notificación, y en consecuencia, se está presentando a tiempo, debe atacar de nulidad la diligencia de notificación para que su pretensión prospere. Si no lo hace, el juez no puede suplicarla en su omisión, pues ello implicaría interferir parcialmente rompiendo el equilibrio necesario que debe primar en todo proceso”. Esto no significa propiciar la vuelta al juez espectador y el juicio meramente formal, sino que “la intervención judicial y la búsqueda de la verdad real tienen un límite en el sistema procesal: el juez, para llegar a esa verdad, no puede sustituir a la parte en el cumplimiento de sus cargas, ni suplir las deficiencias de su dirección letrada, ni dejar de lado las formas de proceso que, en definitiva, son las que garantizan la igualdad en que debe desarrollarse el debate. las consecuencias de la negligencia de la parte deben ser asumidas sólo por ella y la inhabilidad o impericia del abogado, hará que nazca a favor de la parte perjudicada un derecho a reparación fundado en la responsabilidad civil, pero no pueden dejarse de lado las instituciones procesales, porque el proceso, tal como lo conocemos, es el único medio que ofrece las garantías necesarias para alcanzar la verdad objetiva”(Colerio, Juan Pedro, “El respeto por las formas y la verdad objetiva en el proceso”, LL, 1990-A-465). Por eso, lejos de perjudicar la igualdad de las partes (como lo pretende el recurrente), el fallo recurrido lo garantiza.

Es que, tratándose de recursos que presuponen la observancia de formalidades específicas para su admisión, el incumplimiento de los recaudos legales no autoriza a invocar la existencia de exceso ritual con el objeto de cubrir las omisiones incurridas, especialmente si éstas sólo se pueden atribuir a la conducta discrecional de la apelante en ejercicio de su defensa; la garantía de la defensa en juicio consiste en dar oportunidad de ser oído y ejercer los derechos según las normas establecidas en las leyes procesales, pero no impone que ella pueda tener lugar en cualquier momento y sin restricciones formales (casos cit. por Guastavino, Elías, “Recurso extraordinario de inconstitucionalidad”, ob. cit., t. II, Nº 317, pág 633) por lo que no hay exceso de rigor ritual manifiesto cuando las acciones u omisiones judiciales pudieron ser impedidas por el interesado actuando diligentemente (Sagûés, Néstor P., ob. cit, Recurso extraordinario, t. II, Nº 377, pág. 285).

V.Conclusiones

El recurso debe ser rechazado. No existe exceso de rigor ritual porque:

a) El apego de las formas procesales (solicitar previamente la nulidad) no aparece como una mera beatería; por el contrario. dispensar de este recaudo implicaría que nadie incidentaría de nulidad, pues bastaría luego con invocar el exceso ritual, provocando tal conducta una permanente inseguridad jurídica,

contradictoria con el sistema de convalidación de las nulidades procesales.

b) No se visualiza la excepcionalidad del caso, desde que no están en juego valores fundamentales y el error procesal proviene de una conducta imputable a la propia parte que invoca el presunto exceso. Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. Romano y Llorente adhieren por su fundamentos al voto que antecede.

A la segunda cuestión la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci dijo:

Atento al resultado a que se arriba en el tratamiento de las cuestiones anteriores corresponde imponer las costas al recurrente vencido (arts. 148 y 36- I del C.P.C.). Así voto.

Sobre la misma cuestión los Dres. Romano y Llorente adhieren al voto que antecede.

Y vistos: Por el mérito que resulta del acuerdo precedente, la Sala Primera de la Excma. Suprema Corte de Justicia, fallando en definitiva,resuelve: 1º Rechazar el recurso de inconstitucionalidad deducido a fs. 9/15 de autos. 2º Imponer las costas al recurrente vencido (arts. 148 y 36-I del C.P.C.). 3º Diferir la regulación de honorarios para su oportunidad. 4º Dar a la suma de pesos siete con cincuenta centavos ($7,50), depositada a fs. 2, el destino previsto por el art. 47 inc. IV del C.P.C. Notifíquese . Ofíciese. -*Fernando Romano. - Aída Kemelmajer de Carlucci. - Pedro Llorente*.

ACERCA DEL DEBER DE FUNDAMENTAR EL AUTO DE CONCESION DEL RECURSO EXTRAORDINARIO FEDERAL Y LAS REGLAS DEL DEBIDO PROCESO

1. El recurso extraordinario federal contemplado en la Ley 48 se erige en la impugnación por antonomasia ante el superior tribunal. Precisamente por ello, es necesario resguardar la excepcionalidad de la vía a través de la revisión anterior que han de realizar los órganos jurisdiccionales que resultan recurridos.

Entre sus deberes figura el de fundamentar el auto que admite formalmente el recurso, dado que la procedencia queda en manos de la Corte Suprema.

Los recaudos que se deben ponderar, en cierta medida, son todos -comunes, propios y formales- pues son presupuestos de cumplimiento imprescindible y concurrente ([184]).

2. El auto que concede o deniega la admisión del recurso extraordinario es un verdadero juicio, donde se reunen distintas tareas del tribunal que resulta impugnado.

La principal consiste en la difícil misión de aislarse del contexto donde supo conocer y dictar una sentencia que pretende definitiva, para ocuparse sólamente del recurso que critica ese fallo por inconstitucionalidad o alguno de los defectos de congruencia clásicos, entre los que se cuenta la remanida arbitrariedad de los pronunciamientos.

Esta tarea le obliga a considerar tópicos diferentes, como el tiempo, la forma, la conexidad entre la entidad del gravamen y la cuestión constitucional resuelta por el superior tribunal de la causa, etc.

Tantas actividades no pueden resumirse en fórmulas estereotipadas o pensadas en "muletillas" que no analizan las circunstancias particulares de cada caso. Es preciso que se motive razonadamente dicho juicio de admisibilidad.

3. Ahora bien, si el tribunal *a quo* no celebra cabalmente estas directivas orquestadas reiteradamente por la jurisprudencia del máximo órgano jurisdiccional, obliga a que éste lo realice en un examen *ex novo*, donde es posible que devuelva las actuaciones para que la atención sobre la crisis constitucional sea resuelta en su medida por quien resulta superior tribunal de la causa.

La ausencia de fundamentación generalmente se ha tratado como causal de rechazo del recurso extraordinario al ser mal concedido,

---

[184]. Guastavino, Elías P., *Recurso extraordinario de inconstitucionalidad*, tomo I, editorial La Rocca, Buenos Aires, 1992, pág. 186

devolviéndose para que se dicte un nuevo pronunciamiento formal (Cfr. Fallos, 310:1789; 311:64; etc.).

Más allá de cuestionar el estilo como se concede o deniega el acceso a la Corte, que podría obligar al órgano apelado a defender posiciones asumidas o a resolver ampliando argumentos que no dijo en la sentencia que provoca el gravamen federal ([185]), lo cierto es que la providencia necesita colaborar con el Superior Tribunal evitando que se introduzca en cuestiones de forma.

4. Sin embargo, existen oportunidades en que a pesar de la indebida o ausente fundamentación, la Corte tolera la admisión genérica para no quebrar la seguridad jurídica que la noción de debido proceso constitucional pervive en cada uno de los procedimientos.

En efecto, está claro que al considerar mal concedido un recurso por no contar con motivos suficientes la providencia que lo admite, el expediente retorna a la instancia de base retrotrayendo los tiempos al tener que dictarse una nueva resolución.

Los tiempos del proceso entran en crisis, se agudizan las críticas al tribunal, se cuestiona la irresponsabilidad de la justicia y, en suma, la corrección impuesta por la Corte *mutatis mutandi* torna la causa a mayor incertidumbre.

[185]. Cfr. nuestro trabajo: *Indebida ampliación de argumentos en el auto que atiende la admisión del recurso extraordinario federal*. Publicado en El Derecho del 28/9/92

IMPROCENDENCIA DEL RECURSO ORDINARIO DE APELACIÓN ANTE LA CORTE SUPREMA **CUANDO EL ESTADO NO RESULTA CONDENADO EN COSTAS**

Comentario a fallo

1. Ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación que el recurso ordinario de apelación ante ella no está concebido como vía exclusiva del Estado, de forma tal que puede alcanzar a los particulares que litigan con él. En consecuencia debe analizarse la procedencia de este recurso que, en la actual legislación, no introduce variante alguna que funde diferencias en razón de los sujetos.

Sin embargo, la admisibilidad de esta vía impugnativa es muy difícil porque continuamente se reflexiona jurisprudencialmente sobre aspectos, que por lo común, aumentan las condiciones y excepcionalmente, las flexibilizan.

2. En oportunidad de comentar otro fallo de Alto Tribunal, con diferente composición, dijimos que si el recurso estaba pensado para la protección de los intereses fiscales, y en cierta manera procurar con ello una mayor seguridad en el acierto de la decisión, debía ser normal admitir que el único legitimado para promover la actuación ante la Corte en una tercera instancia de conocimiento plenario, tenía que ser el Estado ([186]).

Sin embargo, el caso anotado in re: ¨Aerolíneas Argentinas Sociedad del Estado c. Manuel tienda León¨(CS, marzo 5-1987), advertía que el particular gozaba de idéntica posibilidad, pues de volcar el resultado adverso de las instancias previas, también se modificaría la condena en costas y la consecuente obligación de soportar los honorarios, los cuales serían a cargo del Estado, en razón del principio objetivo del vencimiento puro y simple que consagra el Código Procesal en materia de costas.

3. Se recordó allí que admitida la posibilidad para acceder a la tercera instancia ordinaria a las dos partes en el juicio, si la recurrente en su calidad de ¨particular¨pretende obtener la condenación en costas del Estado, parece obvio que resulta comprometido el interés económico de la Nación en la apelación, toda vez que de obtener u pronunciamiento favorable, la sentencia del tribunal haría cargar al Estado con la responsabilidad exclusiva por los gastos ocasionados en la sustanciación del proceso judicial (Considerando 5º).

En el presente caso, se dan ambas situaciones de admisibilidad y rechazo, respectivamente.

---

[186]. Gozaíni, Osvaldo A., *Respuestas Procesales*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1991, pág. 308

En efecto, la recurrencia plantea la impugnación no por la condena en costas principal (en la que resulta perdidosa), sino por incidentes que están perdidos por el Estado y de ellos resultan honorarios devengados a favor de los letrados de su parte.

4. La denegatoria inicial resulta precisa, por razones del monto (art. 24 inciso 6º apartado a, del decreto-ley 1285/58 y resolución Nº 1360/91), al no llegar al mínimo previsto el importe de la condena.

Sin embargo, el considerando 3º adiciona un argumento de rechazo que pudo contraer mejores ampliaciones en razón del mecanismo que tiene la ley 21.839 para cobrar honorarios del cliente.

No decimos que fueran insuficientes, porque basta con decir que el agravio no es propio de quien lo deduce y eventualmente, es conjetural e hipotético (... se sustentan en el interés de terceros y no en propio del recurrente, dice la Corte remitiendo a un fallo del 22/9/92).

Simplemente no se tuvo presente que los abogados de la empresa estatal podrían encauzar su derecho de cobro hacia la vencedora en el proceso en función del art. 49, aun cuando el art. 2º establezca que ¨los profesionales que actuaren para su cliente con asignación fija o en relación de dependencia, no podrán invocar esta ley, excepto respecto de los asuntos cuya materia fuere ajena a aquella relación, o cuando mediare condena en costas a la parte contraria¨, que es, precisamente, el supuesto en estudio ([187]).

JURISPRUDENCIA

CS, setiembre 28-1993.- Katic y Hendic, S.R.L. c. Yacimiento Petrolíferos Fiscales (K-51.XXV-R.H.).

Buenos Aires, setiembre 28 de 1993.-

Vistos los autos: ¨Recurso de hecho deducido por la actora en la causa Katic y Hendic S.R.L. c. Yacimientos Petrolíferos Fiscales, para decidir sobre su procedencia.

Considerando: 1º Que, según doctrina del Tribunal, cuando las costas no han sido impuestas a cargo del Estado –por decisión que se encuentra firme-, las cuestiones referentes a las regulaciones de honorarios no son de interés para la nación, por lo que no procede el recurso ordinario de apelación que autoriza el art. 24, inc 6º, apartado a, del decreto-ley 1285/58(Fallos, 301-1050; causas: G.23.XXIII,¨Gas del Estado c. Contreras Hnos S.A. s/ daños y perjuicios¨ y S. 698.XXII, ¨Supercemento S.A.I.C. y Sociedade Brasileira de Engenharia e Comercio ¨Sobrenco S.A. c. Comisión Mixta Argentina-Brasilera para la

[187]. Conf. Gozaíni, Osvaldo A., *La opción de ejecutar honorarios al cliente cuando no ha sido condenado en costas y existe relación de dependencia*, Rev. La Ley, 1991-D, pág. 799 y ss.

construcción de un puente sobre el Río Iguazú ¨Comix´s/ juicio arbitral¨del 3 de setiembre de 1991 y 30 de junio de 1992, respectivamente).

2º Que, por lo tanto, es correcta la decisión del *a quo* que denegó la apelación ordinaria deducida por la parte actora – condenada en costas en el juicio principal – sobre la base de que no alcanzaba el mínimo legal la diferencia existente entre el monto de los honorarios a cargo de la demandada – con motivo de unos incidentes en los que resultó vencida y de una apelación declarada inadmisible – que ascendían a la suma de $ 210.896,26 y el máximo del arancel pretendido por el recurrente -$ 4.696,15- (art. 24, inc. 6º, apartado a, del decreto-ley 1285/58 y resolución 1360/91 de esta Corte).

3º Que, por lo demás, resultan inadmisibles los planteos de la actora referentes a que en caso de mediar insolvencia de su parte la demandada podría llegar a tener que afrontar el pago de los honorarios de sus abogados, pues se sustentan en el interés de terceros y no en el propio del recurrente (causa:F.568.XXII,¨Fisco Nacional (D.G.I.) c. Coop. de Energía Eléctrica y Consumos de Ibarlucea Ltda. S/ ejecución fiscal¨, del 22 de setiembre de 1992),máxime cuando si siquiera se ha precisado la naturaleza de la relación que mantienen los profesionales que actuaron en defensa de la demandada con esta última, requisitos que –en su caso- resultarían indispensables para demostrar la procedencia del recurso intentado.

Por ello, se desestima esta presentación directa. Notifíquese y archívese. – *Augusto César Belluscio. – Enrique S. Petracchi.- Mariano A. Cavagna Martínez. – Julio S. Nazareno. – Eduardo O´Connor.*

EL RECURSO EXTRAORDINARIO ANTE SITUACIONES DE URGENTE RESOLUCION

1. Introducción

La experiencia laboral confrontada con las exigencias procesales y la jurisprudencia que en torno a ella se crea, muestran con ribetes inconfundibles la severa ritualidad del recurso extraordinario federal.

Precisamente, esa fisonomía explica la razón de la excepcionalidad, sostenida también en la función prevalentemente correctora de los vicios de juzgamiento y de algunos temas de derecho común y adjetivo que ingresan cuando la crisis de motivación estriba en el absurdo razonamiento o en la violación directa a la garantía del debido proceso constitucional.

Asimismo, la Corte reiteradamente sostiene que el recurso extraordinario del artículo 14 de la Ley 48 tiende a asegurar la primacía de la Constitución Nacional, normas y disposiciones federales mediante el control judicial de la constitucionalidad de las leyes, decretos, órdenes y demás actos de los gobernantes y sus agentes, ratificando -si cabe- que ella es "el custodio e intérprete final" de aquél ordenamiento superior.

En tal sentido, ocupa otra finalidad tuitiva la de preservar la supremacía de los poderes del gobierno de la Nación sobre los de las provincias, en tanto los primeros sean ejercidos, naturalmente, dentro de los límites impuestos por la Ley Fundamental.

Explica Palacio que la apelación federal es un genuino recurso por qué se trata de un remedio encaminado a lograr, dentro del trámite de un proceso, la reforma o anulación, total o parcial, de una resolución judicial (o excepcionalmente administrativa) que no haya adquirido carácter firme o se encuentre preclusa ([188]).

2. Admisión del recurso extraordinario

En orden al punto que pretendemos focalizar sabido es que el procedimiento para la concesión del recurso difiere según se atienda la admisibilidad (formal) o la procedencia (mérito sobre el fondo).

El recurso extraordinario federal se rige en cuanto a tiempos y formas por las disposiciones ordenatorias del código procesal civil y comercial de la Nación, que obliga a los jueces locales -en tanto órganos resolutivos de la admisión inicial- a ejecutar los tiempos allí dispuestos.

Apuntaríamos como situación excepcional el posible acuerdo entre las partes para suspender los plazos procesales; el que, de no mediar, deriva en la utilización lisa y llana de los tiempos perentorios y fatales consagrados.

---

[188]. Palacio, Lino E., *El recurso Extraordinario Federal,* editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992, pág. 17.

¿Qué hace, entonces, el tribunal recurrido por recurso extraordinario federal?.

El camino lo marca el artículo 257 del código referido, de modo tal que, ante la interposición impugnativa se debe conferir traslado por diez días a las partes interesadas, quienes son notificadas personalmente o por cédula.

Todo este trámite se sustancia ante el órgano local que fue (es) Superior Tribunal de la Causa.

En contadas ocasiones, cuando "las cuestiones federales exhiban inequívocas y extraordinarias circunstancias de gravedad, y demuestren con total evidencia que la necesidad de su definitividad y solución expedita es requisito para la efectiva y adecuada tutela del interés general, las importantes razones que fundan la exigencia de tribunal superior deben armonizarse con los requerimientos formales, para que el marco normativo que procura la eficiencia del Tribunal no conspire contra la eficacia de su servicio de justicia al que, en rigor, debe tributar todo ordenamiento procesal" ([189]).

El supuesto de la apelación "per saltum" elude en el caso que precede la definitividad de la sentencia, como el principio de radicación o lugar donde debe deducirse el remedio extraordinario, bajo el argumento de evitar consecuencias irreparables.

3. Trámite en la admisión del recurso

El "certiorari" americano, diverso en su aplicación a la modalidad como se ha impuesto en nuestro país, recuerda su empleo para los conflictos de una perentoria necesidad resolutiva por el interés público que manifiesta.

Así como fue el "caso Aerolíneas" o "Dromi" el primer precedente que aplicó el salto de instancia, en 1991 volvieron a utilizarse sus bases fundantes (Caso BIBA), pero también la Corte sostuvo que "el fundamento concreto y preciso que sí ha sustentado el precedente, es el de proveer a una custodia expeditiva de los derechos federales, únicamente cuando se hallaren comprometidos en términos de una rigurosa gravedad institucional y si, y sólo si, el recurso extraordinario se exhibe como único medio eficaz para su protección. Fuera de esos casos, ausentes dichas sustancias, cualquier intento de modificar el curso regular de los procesos no merece sino el más terminante rechazo".

En pocas palabras, apenas interpuesto el recurso extraordinario al tribunal le corresponde conferir traslado a las partes interesadas y sólo podría eludir al trámite dispuesto si fuera la misma Corte quien requiriera avocarse a la cuestión.

4. Efectos de la sentencia mientras se resuelve la admisión del recurso

Evidentemente, el remedio excepcional contrae una serie de expectativas mientras corre el tiempo de admisión formal; ellas no producen

---

[189] . Referimos al conocido caso "Dromi", caratulado "Fontela, Moisés Eduardo c/ Estado Nacional", sentenciado el 6 de setiembre de 1990).

efectos jurídicos al estar suspendidas y sujetas a una eventual concesión del recurso que otorga la llave de entrada a la Corte.

El interrogante sería ¿qué efectos tiene la sentencia apelada hasta tanto se resuelva la admisión formal? y desde aquí ¿cómo actúa el interés o gravamen frente a los hechos cuestionados una vez concedido el recurso?.

Más que un problema de naturaleza jurídica ([190]), el nudo de la cuestión está en obtener la firmeza definitiva, pues el acto sentencial es completo y constituye desde que se notifica a las partes una fuente reguladora de relaciones o situaciones jurídicas que tienen al proceso como marco.

La instancia excepcional que permite el conocimiento por la Corte comienza recién con el otorgamiento del recurso ([191]); relación que decide la necesaria e ineludible fundamentación del proveído que admite o deniega la pieza.

Desde que se otorga el pase a la Corte, debe suspenderse la ejecutoriedad del fallo impugnado.

Sin embargo, el artículo 258 CPN indica que "si la sentencia de la Cámara o Tribunal fuese confirmatoria de la dictada en primera instancia, concedido el recurso, el apelado podrá solicitar la ejecución de aquélla, dando fianza de responder de lo que percibiese si el fallo fuera revocado por la Corte Suprema. Dicha fianza será calificada por la Cámara o Tribunal que hubiese concedido el recurso y quedará cancelada si la Corte Suprema lo declarase improcedente o confirmase la sentencia recurrida. El fisco nacional está exento de la fianza a que se refiere esta disposición".

No obstante, la reglamentación debe interpretarse aplicable sólo en cuestiones patrimoniales; e inclusive, no podrá soslayarse la posibilidad de que la misma Corte disponga suspender la ejecutoriedad iniciada si entiende que promedian razones de orden institucional ([192]).

Como se aprecia, mientras pasa este tiempo de decisiones y traslados, la "cosa juzgada" permanece inerte, aun cuando la realidad y los hechos cotidianos recorran aceleradamente idéntica temporalidad.

De suyo, los avatares se adelantan al proceso y hasta pueden tornarlo inútil (devenir abstracta la cuestión justiciable) si resulta consagrada con exceso ritual la prohibición del párrafo final del artículo 280 CPN cuando menciona que "en ningún caso se admitirá la apertura a prueba ni la alegación de hechos nuevos".

5. Efectos suspensivos de la sentencia

Antes de proseguir con el efecto secuencial a la admisión del recurso, observemos el reverso de la situación.

---

[190] . Remitimos para ello a la obra colectiva *"Recursos Judiciales,* editorial Ediar, Buenos Aires, 1993, capítulo I: Teoría General de la Impugnación; en particular, págs. 40/43.

[191] . Cfr. Fallos, 293:679; 295:485; 300:205, entre otros).

[192] . Cfr. Fallos, 245:425; 248:24, entre muchos más.

Si la apelación extraordinaria se deniega (se declara inadmisible) la sentencia recurrida, no obstante, conserva incertidumbre respecto a su definitividad.

Es cierto que tomando la pauta del artículo 285 CPN "mientras la Corte no haga lugar a la queja no se suspenderá el curso del proceso", lo que supone estar atentos a la posible deducción del recurso directo o de hecho.

La dificultad está en que la Corte ha dicho que puede hacer excepción a esta regla "cuando median en la causa razones de orden institucional o de interés público" ([193]), contingencias que por lo común rodean las premisas que consagra la teoría de la "gravedad institucional".

Sagüés relata que esta actitud sólo puede concretarse una vez declarada admisible la queja, pues en caso contrario, estaría operando una "interpretación mutativa por adición", lo que equivale a sumar, al supuesto legal de suspensión, otro más, que surgen del derecho judicial ([194]).

Compartimos esa lectura porqué permite a los jueces no refugiarse en los límites circunspectos de la norma jurídica tornando con mayor y mejor realidad las situaciones cotidianas que el litigio pretende solucionar.

6. La urgencia en resolver frente a los efectos del recurso

Ahora bien, esta dinámica de los tiempos en el proceso (salvaguarda del principio de seguridad jurídica) se enfrenta muchas veces con la urgencia en resolver.

Son múltiples las variables que podemos imaginar, desde el matrimonio en crisis que discute sobre la tenencia de los hijos ante la proximidad del período vacacional; pasando por la continuidad de la empresa a quien se le decreta una quiebra sospechable; hasta llegar al caso en comentario con un candidato que no sería tal si fuesen respetados los plazos procesales.

Podemos deducir en cada uno de ellos y particularmente del que nos ocupa, que el gravamen emergente urge de respuesta inmediata ante la constatación de tornarse abstracto si fuera recorrido el trayecto habitual.

Por lo tanto, la Corte ha sostenido que "de mantenerse los efectos de las sentencias de la Cámara, el agravio que se inferiría a los recurrentes resultaría, sin lugar a dudas, de imposible reparación ulterior..." (Caso Escobar).

Se tratan de circunstancias absolutamente especiales, donde el Alto Tribunal hecha mano de sus herramientas extraordinarias para obrar actuando por "certiorari" o "per saltum", o provocando un realismo pragmático favorecedor de la justicia para el caso, sobre la seguridad de las formas.

El "caso Escobar" es un ejemplo de aplicación del tiempo útil al justiciable, porqué aun cuando la presentación directa a la Corte requiriendo avocación por la urgencia fuera improponible al estar faltantes los requisitos emergentes de "sentencia pronunciada por el Superior Tribunal de la Causa", e inclusive, por lo que teóricamente se llama "principio de consumación" del acto

---

[193] . Cfr. Fallos, 253:445

[194] . Sagüés, *Recurso Extraordinario*, tomo 2, cit., pág. 535.

procesal y de "especificidad", por el cual quien recorre una vía líbremente escogida está obligado a transitarla y a esperar sus respuestas; es cierto también que la eventualidad permite aligerar las exigencias del comportamiento típico sin colisionar con los actos propios.

En su modelo, constituye una aplicación específica del certiorari americano, al permitir a la Corte seleccionar las causas por razón de su peculiar interés.

LA FUNDAMENTACION DEL RECURSO EXTRAORDINARIO

Comentario a fallo

1. Introducción

La técnica es una de las herramientas más difíciles de lograr en los recursos extraordinarios. Su exigencia, muchas veces cargada de rigideces extremas, obliga a un laboreo intenso donde el abogado no puede eludir, prácticamente, ninguno de los pasos previstos -aunque no especificados- que permitan la atención de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

A la solemnidad inicial, característica de los presupuestos o requisitos de admisibilidad formal, deben sumarse los fundamentos intrínsecos de cada uno de los motivos que contienen la expresión de agravios. Para ello existen pautas jurisprudenciales que orientan sobre un método posible. Así, es posible verificar que la mera enunciación de principios no es bastante, pues debe requerirse cuanto menos, la demostración cabal de acierto o del error del juzgador a quien se impugna su sentencia.

Es muy copiosa la casuística que observa el desarrollo de esta vía excepcional,. aunque puede resultar posible esquematizar dos andariveles principales: el recurso extraordinario clásico y el que motiva la arbitrariedad de la sentencia.

En ambos casos, las reflexiones siguientes son comunes, aun cuando es preciso reconocer matices muchos más intensos en el segundo de los carriles.

2. Los agravios tradicionales

Las variadas gamas de agravios admiten el reproche de una sentencia. Por ejemplo: a) la omisión de tratamiento de cuestiones planteadas, o de prueba decisiva para la resolución efectiva de la causa, o la ausencia absoluta de consideración de una defensa estimada como principal, etc.; b) la calificación errónea del derecho aplicable, o la interpretación equivocada o ilógica que pugna con los antecedentes de la causa, etc.; c) la consagración de un grave desequilibrio entre las prestaciones recíprocas que llegan a desfigurar el caso propuesto determinando su pérdida de sentido, entre otras causales de posible explanación.([195])

La Corte, al analizar cada hipótesis planteada, cuadrará sus principios de atención. En primer lugar, verificará los requisitos formales de admisión; después, centrará el foco en la pertinencia argumental. En ambas situaciones, no es posible descartar la aparición del supuesto nuevo ingresado por el art.

---

195. Para una clasificación de motivos de deducción del recurso extraordinario, ver: Morello, Augusto M., *El Recurso extraordinario*, editorial Librería Editora Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987, págs. 59 y ss.

280 del Cód. Procesal, por el cual se permite cierta discrecionalidad y aligeramiento o tensión en el estudio preliminar y fondal de los motivos que porta el recurso.

3. Guía práctica para presentar la cuestión de fondo

La fundamentación del recurso extraordinario requiere de un riguroso sentido técnico, donde la presentación y el orden van inmersos en la misma condición de admisibilidad.

En efecto, todos lo puntos controvertidos que justifican planteos concretos y específicos no se satisface con expresiones superficiales o genéricas. Es imprescindible una acaba impugnación, tal como igualmente lo requiere el ejercicio de la defensa de la contraria y el deber de expedirse del tribunal en una sentencia motivada e intrínsecamente justa.

A la Corte debe señalarse cuál es el daño directo -no potencial- sufrido, y cómo resultaría satisfecho con una resolución favorable. Por eso es conveniente no sólo indicar el agravio, sin alumbrar soluciones posibles, o alternativas indicadas para la decisión pretendida.

La falta de precisión en estos pasajes, por lo común. agudiza el cerrojo de la admisión.

Insistimos, no es posible mostrar una simple discrepancia, o una disconformidad subjetiva con los motivos y conclusiones del fallo recurrido; es menester poner de resalto la incongruencia o la irrazonabilidad.

Ha dicho la Corte que, en el análisis más profundo, habrá que cotejar si la conclusión del fallo adquiere singular relevancia frente al resultado notoriamente injusto que se deriva del mantenimiento de la sentencia.([196])

Finalmente, cuando la pieza de ataque es un recurso directo o de queja por denegación del extraordinario, no debe obviar el recurrente atacar la argumentación desenvuelta en la providencia que determina el rechazo y obliga al planteo de hecho.

JURISPRUDENCIA

CS, abril 30-996, Peró, Eduardo L. y otros c. Estado nacional

Buenos Aires, abril 30 de 1996.

Considerando: 1. Que contra la sentencia de la sala III de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que, al confirmar la de primera instancia, rechazó la

196. CS, Fallos: 300: 1131; 302:1007, entre otros.

demanda por cobro de diferencias salariales originadas en la falta de pago del adicional fondo estimulo creado por el art. 113 de la ley 11.683 (modificada por la ley 23.013), interpusieron los actores el recurso extraordinario cuya denegación dio lugar a la presente queja.

2. Que los recurrentes afirman que el *a quo* resolvió una cuestión federal compleja indirecta, originada en la indebida exclusión de los actores de la percepción del adicional mencionado, lo que configura una violación de los derechos amparados por los arts. 14 bis, 16,17 y 28 de la Constitución Nacional. Plantean, asimismo, l arbitrariedad del pronunciamiento, alegando que la Cámara de Apelaciones habría interpretado indebidamente el memorial de agravios que fundó la apelación contra la sentencia de primera instancia. Sostienen que el tribunal omitió decidir cuestiones oportunamente planteadas y conducentes para la solución del pleito y prescindió de la consideración de prueba decisiva, con lo que la fundamentación del fallo sería sólo aparente.

3. Que el *a quo* señaló que los actores no sólo habían consentido la decisión del juez de primera instancia desestimó la tacha de inconstitucionalidad contra la ley 23.013, sino que en el memorial de agravios declararon en forma expresa que no habían cuestionado la constitucionalidad de dicha norma, sino la del dec. 2192/86. En esos términos, concluyó el tribunal que, consentida por los apelantes la decisión del juez que convalidó la ley. 23.013 - y por ende, aceptado que los actores resultaban excluidos de la percepción del adicional fondo estimulo-, resultaba inoficioso el tratamiento de los restantes agravios propuestos, ya que sólo tenían legitimación para impugnar los decs. 2192/86 y 2193/86 quienes gozaban del mencionado beneficio.

4. Que, aun si se admitiese que los actores sólo plantearon la inconstitucionalidad de la ley 23.013 en cuanto los excluía de la percepción del adicional y no en cuanto lo otorgaba, lo cierto es que ello no basta para tener configurado el presupuesto de invalidación del fallo en la forma solicitada por los recurrentes, ya que el recurso no satisface, en ese aspecto, el requisito de un adecuado desarrollo de las defensas opuestas por la parte que adujo la vulneración de sus derechos y de demostrar que ellas tendrían la virtualidad de conducir a una solución diferente de la adoptada por el *a quo* (doctrina de Fallos: 310: 727 y sus citas).

5. Que no satisface tal recaudo la simple exposición, en el recurso extraordinario, de un criterio diferente del aplicado por el juez de primera instancia para convalidar la discriminación efectuada en el art. 113, inc. 2º de la ley 23.013, en tanto ello no explica por qué motivo el defecto que se imputa a la decisión de la Cámara de Apelaciones obstó al progreso del planteo de fondo alegado por los actores. En efecto, dado que el fundamento de la sentencia de primera instancia radica en la existencia de facultades discrecionales del Poder Ejecutivo nacional para asignar prioridades que se

reflejen en la remuneración de los agentes pertenecientes a la Administración Pública, ejercidas en el caso de modo que no se estima arbitrario, cobra relevancia la omisión de los recurrentes en indicar cuál fue la crítica consistente efectuada contra ese aspecto del fallo en el memorial de agravios, que la Cámara prescindió de considerar, y de qué modo tal planteo hubiese permitido el progreso de la acción.

6. Que la desestimación de la tacha de arbitrariedad propuesta para la descalificación del fallo, torna abstracta la consideración de los restantes agravios deducidos, por ser todos ellos consecuencia de la alegación de inconstitucionalidad de las discriminación efectuada por el art. 113, inc. 2º de la ley 23.013 que, en este estado, no resulta susceptible de nuevo examen.

Por ello, se desestima la queja deducida. - *Julio S. Nazareno.- Eduardo Moliné O'Connor. Augusto C. Belluscio.- Adolfo R. Vázquez. - Antonio Boggiano. - Gustavo A. Bossert.- Guillermo A.F. López.*

EL DEPOSITO PREVIO EN EL RECURSO DE QUEJA

Sumario: 1. Cuestiones a analizar; 2. Las normas que rigen el depósito; 3. El destino del depósito; 4. El beneficio de litigar sin gastos.

1. Cuestiones a analizar

Muchos y de variados sonidos son los tonos que acompasan una cuestión de apariencia tan simple como es el depósito previo previsto en el artículo 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación a fines de articular del recurso de queja (o de hecho, o directo) ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Preocupa al litigante las ambiguas situaciones de trámite, como las alternativas cambiantes de las resoluciones que se toman, las que, sin afan de agotar el muestreo, hemos de procurar aclarar en algunas de sus ejemplificaciones.

En orden sucesivo, y tomando de casos prácticos que la Corte Nacional sentencia, abordaremos las normas que rigen internamente las modalidades del depósito; el destino que tiene y, el caso del beneficio de litigar sin gastos.

2. Las normas que rigen el depósito.

El artículo 286 del Código Federal indica la exigencia del depósito previo cuando se ha de interponer recurso de queja por denegación del extraordinario. Este es un recaudo procesal que no se relaciona con leyes nacionales en materia de sellado o tasa judicial, a las que sólo se remite para incorporar la nómina de beneficiados con la exención.

La carga de efectuar el pago tiene su causa en la deducción recursiva y nace con motivo de dicha presentación; por lo tanto las normas que regentean la obligación son las vigentes al momento de producirse tal acto.

Distintas disposiciones internas (acordadas) del Superior Tribunal reglamentan modalidades del instituto disponiendo requisitos particulares que van modificando la fisonomía del depósito aun sin variar su naturaleza.

De ellas conviene recordar la acordada 77/90 dictada para situaciones encolumnadas tras una situación de aguda crisis económica; ellas son alteradas posteriormente por la acordada 28/91, quedando para el análisis qué normas reglamentan el caso mientras las novedades no cubren el dispositivo legal previsto para la vigencia de las leyes.

La Corte establece que las modificaciones introducidas en la Acordada 28/91 comienzan a regir a partir de su publicación en el Boletín Oficial (4/9/91), de manera que los depósitos efectuados con anterioridad a esa fecha deben adecuarse a las disposiciones de la acordada 77/90.

La disidencia de tres ministros, en cambio, considera -aun sin decirlo directamente- que la nueva reglamentación nace en el preciso momento cuando se expresa.

En verdad, esta es una antigua polémica del Altísimo Tribunal que, variando sus encuadres, reitera los bemoles que otrora sucedieron (por ejemplo, cuando la ley 21.708 que modificó los importes a ingresar respecto a valores que habían quedado absolutamente depreciados por la inflación monetaria).

El principio que generalmente ha orientado la doctrina y que la misma Corte expresara en distintos pronunciamientos, es el que indica que no existe óbice constitucional para que una ley procesal disponga su inmediata aplicación, siempre que no se vulneren derechos definitivamente incorporados al patrimonio de la persona a la que dichas normas se pretende aplicar (Fallos, 247:417; 251:78, entre otros).

De alguna manera es un paralelo con las leyes de carácter sustantivo que impiden afectar derechos efectivamente incorporados al patrimonio de una persona; de forma tal que esos derechos se rigen por las leyes derogadas abortando la vigencia retroactiva de las nuevas disposiciones.

Ese modismo -constitucional- de no retroactividad rige, también sin fisuras, para el derecho procesal.

En pocas palabras, el factor que determina la incorporación del derecho al patrimonio no es la fecha del acto formal que lo reconoce, sino el cumplimiento de todos los hechos y condiciones materiales que según las normas respectivas tienen atribuida la característica de ser causa generadora del derecho, es decir, la virtualidad jurídica que les asigna la ley.

Ahora bien, ¿cuál es el momento que determina la vigencia de la acordada 28/91?, ¿es acaso, el coincidente con su publicación en el boletín oficial? o ¿puede contarse a partir de su misma emisión?.

Aquí las respuestas del Tribunal difieren y la respuesta se orienta por la afirmativa al régimen dispuesto en el art. 2 del Código Civil.

Sin embargo, las Acordadas no participan del mecanismo de sanción y promulgación habitual de las leyes de fondo. Se tratan solamente de disposiciones emitidas por la Corte en miras a resolver situaciones de praxis.

En orden al depósito previsto por el art. 286 del Código Procesal, es evidente que se inspira en un típico acto de sometimiento ritual, por el cual el litigante se encuentra exigido a cumplir una "carga económica" de acceso, que de ninguna manera supone otorgarle carácter de impuesto, o naturaleza tributaria alguna. Es un requisito procesal de admisibilidad, o bien, un presupuesto necesario para el examen de la procedencia.

Si pensaramos de otro modo, se llegaría al absurdo de sostener funciones legislativas en el Poder Judicial.

Pero como la cuestión se suscita en el tránsito de la vigencia al cumplimiento efectivo de la carga, debe hacerse una nueva distinción.

En efecto, dado que la omisión de cumplir con el depósito previo no origina el rechazo directo de la queja, sino que resulta procedente intimar a la

parte a que satisfaga el pertinente recaudo dentro del plazo de cinco días; la duda centraría en resolver si la acordada rige al tiempo de verificar el ingreso, o al momento de interponer la queja (que era el tiempo natural para ingresarlo) ([197]).

De acuerdo con las motivaciones desenvueltas, quedaría en claro nuestra discrepancia respecto a otorgarles vida a las acordadas en el sistema de nacimiento previsto por el código civil.

La naturaleza de ellas se debe buscar conforme a las funciones que vienen a cumplir, de modo tal que si las acordadas son normas reglamentarias insertas en las potestades jurisdiccionales (conforme lo dispone el art. 18 de la ley 48), no podrán vulnerar (repugnar dice el art. 18 citado) las prescripciones dispuestas anteriormente por la ley adjetiva ([198]).

En consecuencia, deben atenderse los predicados de las normas vigentes al tiempo de presentar el recurso de queja, siendo entonces, acertado el criterio expuesto por la mayoría en el párrafo primero de su sentencia (las normas que regulan la mentada carga son las vigentes al momento de producirse el acto).

3. El destino del depósito.

El artículo 287 del código adjetivo nacional establece que " Si la queja fuese declarada admisible por la Corte, el depósito se devolverá al interesado. Si fuese desestimada, o si se declarase la caducidad de la instancia, el depósito se perderá..."

De acuerdo con su lectura el depósito se recupera cuando la impugnación prospera (es admisible); y se pierde cuando se rechaza o cae por perención de la instancia. Sin embargo, no son estas las únicas situaciones posibles.

En efecto, a veces la imposibilidad de cumplimiento proviene de emergencias inesperadas como huelgas, accidentes u otros eventos fortuitos.

La Corte trata cada uno en mediciones disímiles. Así cuando se alega la ausencia del depósito debido a una huelga bancaria, se rechaza el argumento bajo la sombra protectora del párrafo tercero del artículo 286, determinando la improcedencia de la queja ([199]).

---

[197]. En la causa Peralta vs. Mascotto (Marzo 17/992) la particularidad está en que las acordadas reglamentarias difieren, por cuanto una se encuentra al momento de la deducción y otra cuando se cumple con el depósito. Aquí la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la carga de efectuar el depósito previo del art. 286 CPC tiene su causa en la interposición del recurso de queja y nace, por tanto, con motivo de dicha presentación. Las normas que regulan la mentada carga son, pues, las vigentes al momento de producirse tal acto (Cfr. Fallos, 295:454; 305:1779).

[198]. Como enseña Palacio, "los reglamentos judiciales no pueden alterar y menos contrariar los requisitos de lugar, tiempo y forma que las leyes imponen a los actos procesales, debiendo limitarse a regular los aspectos secundarios o estrictamente materiales de tales requisitos..." (*Derecho Procesal Civil*, tomo I, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, pág. 188 parág. 32).

[199]. Avila, Felipe c/ Cooperadora Constructora Coop. Ltda y otro, noviembre 24/1992, La Ley, 1993-D, 380

Igual criterio tiene si el recurso se desiste porque entonces el depósito no se devuelve. Ello porque se aplica por analogado el caso de abandono tácito de la pretensión que establece el art. 287 -para la caducidad de la instancia- ([200]).

En cambio el depósito se reintegra si la presentación se desestima por no ser susceptible de queja ante la Corte, tal como lo funda el tribunal en la causa Resumi Carlos c/ Editorial Diario La Capital S.A., donde afirma que las denegaciones de recursos locales no son susceptibles del recurso directo.

También retorna la carga económica efectuada si la vía de hecho se desestima por haberse interpuesto fuera de término ([201])

4. El beneficio de litigar sin gastos.

Esta es una de las facultades que tiene el justiciable para demostrar sus limitaciones económicas y conseguir a través de la sentencia que le reconozca y admita la pobreza, evitar el depósito previo (arts. 13, Ley 23.898 y 286 CPN).

Puede ocurrir que el reconocimiento de la carencia se concrete simultáneamente con el recurso, obviamente en piezas separadas al tener que tramitar cada pretensión en instancias diferentes. Es decir, mientras el beneficio de litigar sin gastos se deduce ante los jueces ordinarios, la Corte sustancia la queja.

Ahora bien, la interposición es extemporánea cuando existe resolución denegatoria del recurso, lo cual conduce a rechazar la solicitud de reintegro ([202]).

Asimismo, la circunstancia de que el recurrente hubiese logrado la eximición en otro proceso, no lo dispensa de la carga si en el caso específico no cumplió con el art. 86 del código procesal referido a la extensión de la medida ([203]).

En líneas generales, la Corte permite que el quejoso denuncie al radicar la impugnación que no realiza el depósito por haber promovido el planteo pertinente de litigar sin gastos en la sede correspondiente y en la oportunidad adecuada ([204]).

El problema llega cuando se desestima el pedido, y ante la urgencia recursiva la parte opta por acusar la inconstitucionalidad del artículo 286 por las pocas vías que le restan.

En estos supuestos se ha resuelto que "la impugnación con base constitucional de la Acordada 77/90 que formula el recurrente, al contestar la intimación de Secretaría para hacer efectivo el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal, realizada después de deducida la queja, es tardía, toda

---

[200]. Cfr. Fallos, 278:146, y Colombo, Rosa L. c/ Wendel, Henry, abril 16/1991, J.A. semanario aparecido el 3 de noviembre de 1993

[201]. C.S., febrero 2/1993 "in re" Omnipol Sudamericana S.A..

[202]. Fallos, 297:327

[203]. Fallos, 274:116

[204]. Fallos, 275:503

vez que el cuestionamiento debió hacerse en la primera oportunidad que otorgaba el procedimiento" ([205]).

En el caso Bielli, Enrique c/ Fernandez, Juan P. del 17 de noviembre de 1992, se intenta el amparo para obtener dicha ventaja, lo que es extraño al objeto tolerado, aunque jurisprudencialmente se reconocen permisiones que han elastizado la rigidez legislativa.

Los fundamentos del fallo dicen:

1. Que contra el pronunciamiento dictado por este Tribunal que desestimó el pedido de declaración de insconstitucionalidad del art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y rechazó el recurso de queja que había interpuesto el demandado, dicha parte deduce un recurso de amparo con apoyo en que la decisión cuestionada afecta arbitrariamente la garantía constitucional de igualdad y de defensa en juicio.

2. Que, al respecto, cabe destacar que la vía intentada por el apelante no sólo resulta improcedente a la luz de lo dispuesto por el art. 2 inciso b de la ley 16.986 -atinente a la prohibición de cuestionar por medio de la acción de amparo los actos jurisdiccionales emanados del Poder Judicial-, sino también porque al aducir que no existen otros medios procesales aptos para modificar lo resuelto se intenta reiterar cuestiones que ya han sido decididas definitivamente.

3. Que, por otra parte, corresponde destacar que el recurso de amparo deducido por el demandado resulta inadmisible, a poco de que se advierta que la parte tuvo a su alcance la posibilidad de demostrar -mediante el incidente de beneficio de litigar sin gastos- que carecía de medios económicos para solventar el depósito contemplado por el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la nación y dicho recurso no fue previsto para reemplazar las vías procesales que no fueron empleadas oportunamente por el interesado.

4. Que, en tal sentido, esta Corte ha establecido que la existencia de una vía legal apta para la protección de los derechos lesionados excluye, como regla, la admisibilidad del amparo pues este medio no altera el juego de las instituciones vigentes, ni justifica la extensión de la jurisdicción legal y constitucional de los jueces (Fallos, 310:1542).

La imposibilidad de cuestionar la constitucionalidad de las leyes, en el caso del art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, aparece bien rechazado por las instancias de resolución. Sin embargo, la aptitud indicada en otra vía paralela no surge congruente con las pretensiones de la parte interesada.

Cuando la Corte sostiene que la posibilidad de evitar el depósito previsto para el recurso de queja por denegación del extraordinario se tiene por el incidente de beneficio de litigar sin gastos, incurre en una desatinada observación, porque al impugnante parece no interesarle la cuantía del depósito (aunque de hecho pudiera ser tenido ese objeto en vistas), y sí

[205]. Espina de Tessa, Susana c/ Estado Nacional, diciembre 19/1991, La Ley 1992-B, 384

demostrar la ilegalidad constitucional del art. 286 al afectar, por sus dichos, las garantías de igualdad y de defensa en juicio.

La sentencia, entonces, desvirtúa el contenido de cada conclusión, pues cada considerando queda aislado de su contexto.

Obsérvese que el primer aspecto, esto es, la pretensión del recurso no tiene respuesta, pues nada se indica respecto si fue, es o no inconstitucional el art. 286 del Código Procesal.

En todo caso, el rechazo del amparo debió sostener la imposibilidad de cuestionar por esta vía la constitucionalidad de disposiciones adjetivas o de derecho común.

El segundo considerando, destaca la improcedencia de antagonismos particulares con actos jurisdiccionales, circunstancia atinada por cuanto la conducta desenvuelta se concreta luego de una decisión absolutamente definitiva, proveniente de la Corte Nacional.

El tercer abordaje es impropio, conforme lo destacamos, al confundir la existencia de vías aptas y paralelas con el objeto preestablecido en el recurso incoado.

Queda el interrogante respecto a la conducta procesal letrada, pues ella puede señalarse en ópticas y perspectivas diversas.

Por ejemplo, bien podría aplaudirse la insistencia de la parte en ocurrir a cuanta vía dispone en el intento de lograr un resultado que lo favorezca.

Pero es posible, también, deducir cierta ambigüedad e inconsistencia en los carriles procesales elegidos, por ser firme e inconfundible la jurisprudencia desestimatoria.

En suma, ni es inconstitucional el art. 286 del CPC, conforme inveteradas resoluciones del Cuerpo Superior de Justicia de la Nación, que no se reprodujeron en el fallo; ni el beneficio de litigar sin gastos podía servir de vía paralela para lograr una resolución en contrario.

La conclusión llega sola, y la Corte lo ha expresado contundentemente: "*Para posibilitar el estudio de la queja resulta indispensable que la parte demuestre que le ha sido concedido el beneficio de litigar sin gastos*" ([206]).

Alguna duda quedaría cuando la queja se presenta en causas laborales, las que portan intrínsecamente la exoneración de gastos, pues si la impugnación se funda en la regulación alta o baja de los honorarios, la dispensa del depósito creemos no procede puesto que la ley exime únicamente a los trabajadores en relación de dependencia y a sus causahabientes en los juicios originados en la relación laboral, pero no a los profesionales que los defienden.

De alguna manera es el temperamento que refleja la causa "Golpe" ([207]) cuando indica que las regulaciones de honorarios practicadas no eximen del

---

[206]. Incifor Soc. de Ahorro y Préstamo para la Vivienda u otros inmuebles S.A. c/ Berard, Lucía, diciembre 10/1992, La Ley 1993-B, 362.

[207]. Cfr. Marzo 23/1993, La Ley 1993-C, 188

depósito requerido en las normas procesales por no ser excepciones de las previstas en el art. 13 de la Ley 23.898.

INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LIMITACIONES AL DERECHO DE RECURRIR.

Comentario a fallo.

1. El meduloso fallo que sucintamente apuntamos, constituye una pieza destacada que ilustra con plenitud y suficiencia muchos aspectos del problema asentado en las limitaciones dispuestas al derecho de recurrir, en correspondencia con la tutela constitucional del debido proceso (art. 18 C.N.)

La pluma certera del Dr. Lugones transita por distintos aspectos de la cuestión, explicando sobradamente la naturaleza, historia y fundamento de temas tales como el planteo oportuno de la cuestión federal; la garantía de la doble instancia; el superior tribunal de la causa y la obligación de explicitar una critica concreta, adecuada y razonablemente motivada, contra los dispositivos del fallo que se consideren inconstitucionales.

2. Hemos de detenernos sólo en uno de estos tópicos: las limitaciones a la apelabilidad; esencialmente, porque la sentencia pone en su lugar el equilibrio interactuante del obrar administrativo y el control de razonabilidad en sus actos.

El interrogante liminar plantearía (¿es posible eliminar, *ab initio*, el derecho de recurrir una resolución judicial?).

3. En el caso, el art. 78 de la ley 11.683 establece la imposibilidad de apelar decisiones administrativas como las aquí acontecidas (clausura de un comercio por violación a las nuevas reglas sobre facturación), a cuyo fin -pensamos- el fundamento asignado reposa en la cuestión de bagatela y en la posibilidad de saneamiento inmediato que tiene estas sanciones administrativas.

Sin embargo, está quebrada en la especie una regla de oro del sistema republicano de gobierno. En efecto, la autoridad ejecutiva obra sin más control que el impartido por la estructura piramidal de la administración, soslayando por decisión propia, el control judicial.

Evidentemente, la crisis se multiplica cuando las actitudes son abusivas, absurdas o intimidatorias, por cuanto al particular se le priva del derecho de acción, entendiendo como reclamo de justicia y protección a las autoridades pertinentes (art. 14 C.N.).

4. Asimismo, no tiene causa legítimamente la supresión de vías procesales idóneas para remediar la arbitrariedad; la cual, en el *sub lite*, se trasunta en el repliegue normativo y en las providencias judiciales que aceptan el temperamento extremadamente limitativo.

Va de suyo que cercenamientos de este contenido sustraen el juego operante de la Norma Fundamental, al entronizar actos administrativos y leyes comunes que evaden la confrontación con el art. 31 de la C.N.

Distinta es la cuestión cuando el derecho de recurrir se renuncia anticipadamente, porque la vigencia del principio dispositivo pone en claro el carácter facultativo de los medios de gravamen y las vías de impugnación.

Sin embargo, las normas procesales no admiten claudicación anticipada, por lo que debe resolverse el problema que genera los convenios por los cuales se renuncia el derecho de impugnación.

5. Las opiniones se enfrentan, aún sin polarizarse por qué, si bien es cierto que el derecho al recurso obedece a una razón de política procesal, su vía puede ser renunciada en tanto el derecho sea transigible.

Es decir, la estipulación concertada para prestar conformidad con el fallo futuro puede aceptarse como derecho disponible, pero si está afectada la libre concertación negocial, o existe adhesión a cláusulas predispuestas, o bien en líneas generales, se vulnera el orden y moral públicos, el acto presuntamente voluntario de sometimiento podría caer por inoperancia de su básico compromiso con la buena fe contractual.

Además, no todos los actos del proceso pueden renunciarse, pues existe un esquema natural que hace a la garantía del debido proceso o del litigio justo, razón por la cual, el verdadero problema radicaría en establecer qué actos constituyen manifestaciones incompatibles con la voluntad previamente declarada.

6. Otra situación diversa se da cuando la renuncia es posterior a la sentencia, pues aquí sí se evidencian dos claras posibilidades; o la actitud voluntaria de abstenerse y operar la caducidad del recurso por preclusión de los actos pertinentes; o la decisión negociada entre las partes sobre un referente concreto como es el derecho consagrado en el fallo.

JURISPRUDENCIA

DOCTRINA DEL FALLO

C.Fed. San Martín, sala I, setiembre 29-1992.- Fernández Linares, Ignacio s/ queja.

1. Si un recurso está sólo previsto contra sentencias de cámaras de apelaciones nacionales, tal recurso no es posible contra la sentencia de un juez de primera instancia si ella no es apelable ante una de tales cámaras.
2. Toda persona alcanzada por las leyes de la República tiene derecho a obtener que se haga efectiva la subordinación de ellas a la Constitución Nacional, mediante el control de constitucionalidad establecido por los artículos 31 y 100 de

ella. Por ello, la Corte Suprema de Justicia de la Nación que es custodio e interprete final de aquella consideró como deber inexcusable suyo atender tales casos, aún contrariando la legislación que impedía el conocimiento previo de los tribunales mentados es el art. 6 de la ley 4055, admitiendo recursos contra fallos de jueces de tribunales inferiores.

3. La eficacia y uniformidad del control de constitucionalidad ejercida por los jueces también requiere la existencia de un tribunal supremo especialmente encargado de revisar sus resoluciones. En el orden de la Constitución Nacional, tal órgano no es otro que la Corte Suprema de Justicia de Nación y el instrumento legal por excelencia dirigido a tal elevada misión por parte del más alto Tribunal lo constituye la ley 48, reglamentaria del artículo 31 de la Ley Fundamental.

4. El carácter supremo que la Ley Fundamental ha concedido a la Corte Suprema de Justicia de la Nación determina que lo que éste elabore, con base en la Constitución y la ley del 14 de setiembre de 1853, resulte el paradigma del control de constitucionalidad en cuanto a la modalidad y alcance de su ejercicio.

5. Atento a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación es por la Ley Fundamental, supremo en su cometido del control de constitucionalidad, y que éste es llevado a cabo bajo el mandato directo de esta ley y de las normas federales que reglamentan la sumisión al artículo 31 se concluye en que la extensión con que el Supremo Tribunal realiza dicho control, configura a un marco ejemplar respecto de la magistratura argentina. Por ello, en lo que a ésta concierne, tal marco no consiente limitaciones provenientes de otras fuentes so pena de herir o tergiversar el recto sentido que cabe dar a la índole difusa que informa el mentado control.

6. Las sentencias a apelar por vía del recurso extraordinario deben provenir del superior tribunal de a provincia. Pero en el orden nacional es también evidente que la nueva doctrina, por ser respetuosa de los textos legales argentinos ha concluido, por sentar una inteligencia literal del artículo 14 de la ley 48, en relación a la cual es del Superior Tribunal de la causa de quien debe emanar la sentencia objeto del recurso extraordinario. La exigencia de que ellas deben emanar del Superior Tribunal de la provincia es admisible en tanto es en dicho artículo -y en el 6 de la ley 4055- donde está específicamente contenida la regulación procesal del recurso extraordinario. Por lo tanto, no es admisible que las limitaciones impuestas por otras normas procesales -nacionales o provinciales- para apelar aspectos propios de las instancias del proceso ajenos a la instancia extraordinaria federal que concluye ante esta Corte, pueden alcanzar a ésta ultima.

7. No existe fundamento para negar a los justiciables ante la justicia nacional lo que se concede en iguales condiciones a quienes se presentan ante la justicia provincial, pues ello constituiría una desigualdad palmaria e infundada, máxime si se tiene en cuenta que actualmente el sentido del artículo 31 de la Constitución Nacional no tiene solo en vista la

supremacía del gobierno nacional sobre los de provincia, sino en un nivel más elevado, la de los superiores principios contenidos en la Constitución Nacional.

8. Si existen medios para asegurar la supremacía constitucional no puede pensarse que ellos no solo idóneos para preservar tales repartos, con olvido del asegurar la supremacía constitucional no puede pensarse que ellos son solo idóneos para preservar tales repartos, con olvido del aseguramiento de esos derechos y garantías.

9. El rechazo de limitaciones a la apelabilidad, basadas en el monto, la materia, u otro criterio, serán válidas en tanto se ponga efectivamente en juego la jurisdicción constitucional federal.

10. La doble instancia judicial no es requisito indispensable para la defensa en juicio; de ahí que la decisión del legislador de ciertas cuestiones tramiten con especial premura, atendiendo a la índole de la cuestión planteada, la necesidad de no perturbar más de lo necesario el funcionamiento de la administración, la escasa entidad de los intereses en juego, u otros motivos, es perfectamente admisible a la luz de los superiores principios de la Constitución Nacional, lo que sí, ella pierde su razón de ser y resulta por ello inaplicable cuando el tema excede el marco de la norma limitativa y se inscribe en el de un proceso destinado a asegurar la supremacía constitucional, pues en tal caso, debe atenderse a las reglas que regulan tal proceso, dentro de las cuales aquellas disposiciones limitativas han perdido su sentido, como que están pensadas para situaciones en que por alguno de los motivos antes nombrados tienen plena virtualidad, y no para las situaciones extraordinarias en que es necesario velar por la clave de la bóveda de la estructura jurídica toda (en el caso de autos, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, sin tacharla de inconstitucional, declaró la inaplicabilidad del artículo 78 de la ley 11.683- limitativo de las reglas de la apelación- y se hizo lugar al recurso de apelación contra la sentencia que confirmó la sanción de clausura de un establecimiento dispuesta por la autoridad administrativa basada en la violación de disposiciones generales de aquella índole).

Fallo in extenso

San Martín 29 setiembre de 1992.- Vistos y Considerandos: 1°) Que contra la resolución del Juez Federal de San Isidro, Dr. Roberto Marquevich, que confirmó la sanción de clausura de un establecimiento de confitería y panadería dispuesta por la autoridad administrativa, basada en la violación de disposiciones generales de aquella índole, interpuso uno de los miembros de la sociedad colectiva titular del establecimiento recurso de apelación, el que desestimado dio origen a la presente queja, fundada en el art. 514, inc. 1° del Código de Procedimientos en Materia Penal.

2°) Que el quejoso ataca de inconstitucional al art. 78 de la ley 11.683 -presumible fundamento de la resolución apelada que se limita a expresar “no siendo objeto de apelación el decisorio no ha lugar al recurso ”-, en cuanto dispone que en casos como el bajo examine “la resolución del juez será inapelable”.

Tal norma contraría a su decir, la cláusula contenida en el art. 18 de la Constitución Nacional que asegura que “es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos”.

Sostiene que en su caso queda sin recurso alguno frente a una sentencia manifiestamente arbitraria. Ello así porque omitió todo tratamiento de argumentos oportunamente presentados por la parte, decisivos para la legal y justa decisión del caso.

Tal el siguiente: la sanción se basó en la emisión de comprobantes sin los datos identificatorios actualmente requeridos, que incluyen el número del denominado “CUIT”. El establecimiento había iniciado sus actividades bajo su actual firma el 21 de noviembre de 1991; en la misma fecha se requirió -mediante formulario presentado ante la Dirección General Impositiva- su inscripción, como contribuyente de diversos tributos, de donde debía resultar su asignación de número de CUIT, número cuya inclusión es imprescindible en los documentos que extienda al contribuyente. Solo el 13 de diciembre fue emitida por la entidad administrativa la constancia de inscripción en la que se constaban los datos necesarios; sin embargo, un día antes, el 12 de diciembre se produjo la verificación origen de la sanción. Si bien reconoce que el día 10 de ese mes se le hizo conocer informalmente el número de CUIT, y con tal dato encargó la confección de los medios de identificación adecuados, tal confección -basada en aquella mera comunicación verbal- no pudo estar materialmente concluida y disponible para su uso hasta el mismo 13 de diciembre. Por ello concluye el patrocinante de la recurrente por afirmar que “no obstante haber obrado con toda diligencia, mi parte se encontró imposibilitada de contar con la documentación adecuada, por demoras imputables exclusivamente al propio organismo fiscal”.

3°) Que dos son los argumentos de carácter constitucional que plantea la recurrente. Uno, la cuestión federal compleja resultante del cotejo entre el art. 78 de la ley 11.683 y el art. 18 de la Constitución Nacional. La otra, la arbitrariedad. La Corte Suprema se refirió a ella como “la doctrina de la arbitrariedad elaborada jurisprudencialmente por esta Corte en torno a la garantía constitucional de la defensa en juicio -art. 18 de la Constitución Nacional” (Fallos, 308- 1667), y en el trascendente caso “Christou”, del 17 de febrero de 1987 (ED, 123 -144), dijo en relación a la materia constitucional federal “que tal carácter cabe asignar al supuesto de “arbitrariedad de sentencia” que constituye el medio idóneo de asegurar el reconocimiento de alguna de las garantías consagradas por la carta magna- Fallos, 257 - 251 (confr. también “Ronchi de Guastavino” del 25 de febrero de 1987).

En la doctrina, ya en 1945, la autorizada opinión de Esteban Imaz y Ricardo Rey sostenía que la existencia de “conflicto” entre la sentencia y la Constitución Nacional caracterizaba a

las sentencias arbitrarias (*“El Recurso Extraordinario”, 1° edición; 2° ed. 1962, pag. 125*). El mismo Imaz, con el seudónimo de Erick Strohm sostenía que pertenecían al genero de las “sentencias inconstitucionales”(“Sentencias inconstitucionales”, JA, 1954, III, 12). La existencia de “conflicto” entre la sentencia y la Constitución Nacional fue mantenida como característica de la sentencia arbitraria por sólida doctrina posterior (Rafael Bielsa, *“Cuestiones de Jurisdicción*”, Buenos Aires, 1956, pp. 269 y ss.; Genaro Carrió, *“El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*”, 2° ed., 1978, p. 40; Augusto Mario Morello, “Como se origina la cuestión constitucional en la órbita de la sentencia arbitraria. Balance de esta experiencia”, Jurisprudencia Argentina, del 8 de julio de 1981; Jorge Reinaldo Vanossi, *“La sentencia arbitraria como inconstitucionalidad” (ED, 91 - 105)*.

4°) Que para tales cuestiones el ordenamiento jurídico prevé la vía recursiva organizada por los arts. 14 a 16 de la ley 48 y 6° de la ley 4055, que concluye en la Corte Suprema de Justicia. Pero el último de los artículos referidos establece que “la Corte Suprema conocerá, por último, en grado de apelación de las sentencias definitivas pronunciadas por las cámaras federales de apelación en los casos previstos por el art. 14 de la ley 48...”. es decir, que el remedio -apto para los agravios de la recurrente - de ser ellos fundados- se encuentra en un trayecto recursivo en el cual la intervención de un tribunal de la jerarquía del aquí sentenciante es un eslabón sin cuya asistencia podría malograrse el camino todo, en tanto, la “jurisdicción por apelación” de la Corte Suprema se rige por “las reglas y excepciones que prescriba el Congreso”. De allí ha dicho el Alto Tribunal respecto del recurso ordinario de apelación -si un recurso está solo previsto contra sentencias de cámaras de apelaciones nacionales, tal recurso no es oponible contra la sentencia de un juez de primera instancia si ella no es apelable ante una de tales cámaras (causa “Cheog Yang”, del 11 de junio de 1991 ED, 143- 480).

Existen -a más de la aquí tachada de inconstitucional- numerosas normas limitativas que cierran ordinariamente el proceso en el tribunal de primera instancia de modo genérico, ya sea en cuerpos procesales -por ejemplo en razón del monto, arts. 242, inc. 3°, parr. 2° del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, o 106 de la ley 18.345; en razón de la índole del trámite, art. 496 del citado Código; en razón de la índole del tramite, art. 496 del citad Código; en razón de la etapa procesal, art. 109 de ley 18.345, etc.), ya en leyes que se ocupan como tema central de cuestiones de fondo, pero incluyen algunas previsiones procesales (verbigracia art. 16 de la ley 20.680), art. 1° de la ley 22.018. Empero, se ha afirmado que toda persona alcanzada por las leyes de la república tienen derecho a obtener que se haga efectiva la subsanación de ellas a la Constitución Nacional, mediante el control de constitucionalidad establecido por los arts. 31 y 100 de ella (Fallos 1-340; 33-162; 154-5; 280-228), consideró como deber inexcusable suyo atender tales casos (Fallos, 279-40; 297-338). Aún contrariando la legislación que impedía el conocimiento previo de los tribunales mentados en el art. 6° de la ley 4055,

admitió recursos contra fallos de jueces de tribunales inferiores (Fallos, 66-257 y 346; 130-135; 154-272; 192-171; 303-280, entre muchos otros).

5°) Que esta generosa interpretación olvidó así la diferencia entre el art. 14 de la ley 48 y su antecedente, contenido en la Judicial Act norteamericana de 1789, y aplicó como apropiada al derecho argentino la doctrina que lo era para el norteamericano. El modelo estadounidense se refiere, en cuanto al tribunal superior del cual debe emanar la sentencia recurrible como el más alto tribunal que podría resolver la cuestión -the higuest court in wich a decisión in the suit could be bad-, que como lo expresa corrientemente la doctrina y la jurisprudencia de ese país, puede ser ese país, puede ser a veces un tribunal municipal o una corte policial.

La ley 48, dictada cuando no existían cámaras de apelaciones, solo se refiere por ello a los tribunales de provincia y dice en su art. 14: "Una vez radicado un juicio ante los tribunales de provincia, será sentenciado y fenecido en la jurisdicción provincial, y solo podrá apelarse a la Corte Suprema, de las sentencias pronunciadas por los superiores tribunales de provincia".

7°) Que tras la ley 48 la Corte continuó siendo tribunal de alzada ordinario de los jueces de sección. En cuanto a la Ciudad de Buenos Aires, Capital Federal desde 1880, se dictó en 1886 una ley orgánica para sus tribunales ordinarios, la 1893. Mediante ella se crearon dos Cámaras de Apelaciones, una civil y otra criminal, correccional y comercial. Respecto de las decisiones de ellas, el art. 90 de la ley estableció que no habría recurso alguno, con excepción de los casos previstos en el art. 14 de la ley 48. El Código de Procedimientos en Materia Penal de la Nación, ley 2372 de 1888, reitera el establecimiento del recurso extraordinario ante la Corte Suprema "de las sentencias definitivas de las Cámaras de Apelaciones de la Capital y Tribunales Superiores de Provincia".

El 8 de enero de 1902 fue sancionada la ley 4055. Esta ley creó las primeras Cámaras Federales de Apelaciones (art. 12). De este modo la Corte dejó de ser alzada ordinaria de los jueces federales de sección, con lo que comenzó a tener sentido distinguir en el campo de la justicia federal el recurso extraordinario y sus exigencias, diferenciándolo de recursos ordinarios de apelación, ahora previstos en los arts. 3 y 4 de la nueva ley. El art. 6° tenia novedades sobre el extraordinario. En él se decía que "la Corte Suprema conocerá, por último, en grado de apelación de las sentencias pronunciadas por las Cámaras Federales de Apelaciones, por los tribunales superiores de provincia y por los tribunales superiores militares, en los casos previstos por el art. 14 de la ley número 48 del 14 de setiembre de 1863".

8°) Que en el caso "Strada" (ED, 117- 589) (Fallos 308 -490) comienzan a interpretarse el art. 14 de la ley 48 y el 6° de la 4055, de acuerdo a su sentido original, para el ámbito provincial. La Corte consideró en él en primer término, que los vocablos usados en el art. 14 de ley 48, "superior tribunal de

provincia” y “fenecido” se hallan uno en función del otro; el primero es el órgano ante el cual debe darse la situación referida en el segundo, de donde “la clave radica en el significado de tal acabamiento adjetivo” (cons. 4°). Luego extrae de los textos legales que rigen la materia, a partir de la ley 4055 un rumbo “intermediarista” como adecuado al recurso extraordinario, para evitar el acceso de causas provenientes de tribunales inferiores directamente a la Corte “..ese rumbo...” tiene en cuenta especialmente la creación de las condiciones imprescindibles para que el tribunal satisfaga el alto ministerio que le ha sido confiado, propósito al que contribuye la existencia de órganos judiciales “intermedios”, sea porque ante ellos pueden encontrar las partes la reparación de los perjuicios irrogados en instancias anteriores, sin necesidad de recurrir a la Corte Suprema, sea porque el objeto a revisar por ésta ya sería un producto seguramente más elaborado” (cons. 5°). Llegado el cons. 10 la Corte “sienta la doctrina de que tribunal superior de provincia según el art. 14 de la ley 48, es el órgano judicial erigido como supremo por la constitución de la provincia”.

Quedaban tras “Strada” subsistentes aquellas limitaciones para el acceso a las cortes provinciales no por el carácter federal del tema sino por otros motivos de menos entidad pero igual eficacia: el monto de la condena, pecuniaria o corporal, la materia de la causa -p.e., honorarios-, etc.

El caso en que la Corte resolvió el problema fue “Di Mascio, Juan Roque s/ interpone recurso de revisión”, fallado el 1° de diciembre de 1988 (ED 131-385).

9°) Que la Corte recordó allí lo dicho en “Strada” en torno al art. 31 de la Constitución Nacional y de carácter del recurso tras la sanción de la ley 48. Pero agregó “Que eficacia y uniformidad del control de constitucionalidad ejercida por los jueces también requiere la existencia de un tribunal supremo especialmente encargado de revisar sus resoluciones. En el orden de la Constitución Nacional, tal órgano no otro que la Corte Suprema de Justicia de la Nación -cons. 4°-; el instrumento legal por excelencia dirigido a tal elevada misión por excelencia dirigido a tal elevada misión por parte de la Corte lo constituye la ley 48, reglamentaria del art. 31 de la Constitución Nacional -fallos 176- 20; 176-330; 183- 49; 188-456-”.

“Por consiguiente, el carácter supremo que la Ley Fundamental ha concedido al tribunal determina que lo que éste elabore, con base en la Constitución y la ley del 14 de setiembre de 1863, resulte el paradigma del control de constitucionalidad en cuanto a la modalidad y alcance de su ejercicio -cons. 5°-”.

Estas características son de especial relevancia ante el carácter difuso del control judicial de constitucionalidad. Por ello, “atento a que este tribunal es por Ley Fundamental, supremo en tal cometido, y que éste es llevado a cabo bajo el mandato directo de esa ley y de las normas federales que reglamentan la sumisión al art. 31 se concluye en que la extensión con que la Corte realiza dicho control configura un

marco ejemplar respecto de la magistratura argentina toda. Por ello, en lo que a ésta concierne, tal marco no consiente limitaciones provenientes de otras fuentes so pena de herir y tergiversar el recto sentido que cabe dar a la índole difusa que informa el mentado control" (cons. 6°).

Por este camino de la "causa ejemplar", continúa la Corte afirmando que "No concierta con el régimen imperante el hecho de que un tema -ene l que se encuentre planteada una cuestión federal- no merezca por limitaciones de fuente local el conocimiento del órgano máximo de una provincia, y sí que sea propio de la Corte Suprema de la Nación (cons. 9°).

10°) Que queda en claro que las sentencias a apelar por vía del recurso extraordinario deben provenir del superior tribunal de la provincia. Pero en el orden nacional es también evidente que la nueva doctrina, por ser respetuosa de los textos legales argentinos, (y no basarse en la doctrina estadounidenses) "ha concluido por sentar una inteligencia literal del art. 14 de la ley 48, en relación al cual es del Superior Tribunal de la causa de quien debe emanar la sentencia objeto del recurso extraordinario. La exigencia de que ellas deben emanar del Superior Tribunal de la provincia es admisible en tanto es en dicho artículo -y en el 6° de la ley 4055- donde está específicamente contenida la regulación procesal del recurso extraordinario. Esto sentado, no es admisible que las limitaciones impuestas por otras normas procesales -nacionales o provinciales- para apelar aspectos propios de las instancias del proceso ajenas a la instancia extraordinaria federal que concluye ante esta Corte, puedan alcanzar a esta ultima" (voto concurrente en la causa "Guerra, Walter c/ Banco de la Provincia de Córdoba", del 6 de mayo de 1990).

11°) Un segundo problema es el referente a la carencia de vías accesibles al justiciable en la legislación procesal, de modo que pudiera llegar a un "superior tribunal", tal como la Corte ahora lo define, por no estar la decisión del inferior entre las expresamente previstas en las normas que regulaban el recurso de apelación. En Fallos, 308-1667 -ya antes citado-, constató la Corte Nacional que "la controversia no versaba sobre la impugnación de constitucionalidad de alguna de las normas sobre las que se fundó la decisión, sino sobre el contenido de la propia sentencia confrontada con la doctrina de la arbitrariedad elaborada jurisprudencialmente por esta Corte en torno a la garantía constitucional de la defensa en juicio -art. 18 de la Constitución Nacional. A continuación, declaró que el superior tribunal no podía sustraerse a tratar ese problema constitucional, conforme a la doctrina sentada en el caso "Strada". Esto abría el camino al acceso de las "arbitrariedades" sorteando el obstáculo de un sentido más estrecho de lo que es una cuestión constitucional. En el caso "Christou, Hugo y otros c/ Municipalidad de Tres de Febrero s/ amparo", del 19 de febrero de 1987, la Corte reafirmó que los supuestos de arbitrariedad de sentencia tienen carácter constitucional federal, como que la arbitrariedad no es fundamento autónomo del recurso, sino que "constituye el modo

idóneo para asegurar el reconocimiento de alguna de las garantías consagradas en la Carta Magna -Fallos 275 - 251-".

Contiene luego el fallo una indicación de lo que debió hacer el recurrente: "W.. en tales circunstancias, la interesada debió articular las cuestiones federales conducentes en el ámbito de los respectivos recursos extraordinarios locales .y, al mismo tiempo, deducir la inconstitucionalidad de la interpretación restrictiva del art. 278 del Código Procesal de la Provincia de Buenos Aires en cuanto excluye su examen en supuestos como el presente, toda vez que los planteos reseñados se hallaban inexcusablemente comprendidos en el ámbito cognoscitivo propio de la Corte bonaerense en cuanto investida del poder deber de aplicar con preeminencia la Constitución y las leyes de la Nación conf. Art. 31 de la Constitución Nacional-" (cons. 9°).

Algo análogo -con cita de "Strada" y "Christou"- se dijo en la causa R. 306., "Ronchi de Guastavino, Mabel s/ sanción", del 25 de febrero de 1988.

12°) Afirmaciones más escuetas y contundentes ha formulado la Corte el 3 de mayo de 1989 en la causa "Abuin, Alfredo Angel". Allí se trataba de un recurso extraordinario interpuesto contra la decisión de una Junta Electoral de la Provincia de Buenos Aires. La Corte, con cita del caso "Di Mascio", que a esa fecha había sido fallado, afirmó "que las decisiones que son aptas para ser resueltas por la vía del art. 14 de la ley 48 no pueden ser excluidas del previo juzgamiento por el órgano judicial superior de la provincia ...". Lo que agregó es de capital importancia sobre el camino a seguir por el justiciable: "Ello significa que todo aquel que desee utilizar la citada vía extraordinaria deberá como ineludible requisito previo, expresar sus agravios federales ante el superior tribunal de provincia y, en caso de existir obstáculos procesales locales para dicho planteo, deberá impugnar su constitucionalidad ante el citado tribunal provincial" (cons. 2°). Lo resuelto fue reiterado en diversas causas; así "Erriest, Juan", de la misma fecha "Quintana", del 6 de julio de 1989, "Semini, Luis María c/ Calandria, Luis Rogelio s/ despido", del 13 de marzo de 1990, "Albarracín, Ruben Hector", del 13 de febrero de 1990, "Capiel, Roberto Ricardo", del 21 de diciembre de 1989.

Esto es, *mutatis mutandi*, lo que ha hecho la recurrente en esta causa: atacar de inconstitucionales las normas procesales que se interponen en la posibilidad de defender los derechos constitucionales que aduce.

13°) Que no existe fundamento para negar a los justiciables ante la justicia nacional lo que se concede en iguales condiciones a quienes se presentan ante la justicia provincial, pues ello constituiría una desigualdad palmaria e infundada, máxime si se tiene en cuenta que el sentido del art. 31 de la Constitución Nacional no tiene solo en vista la supremacía del gobierno nacional sobre los de provincia, sino en un nivel más elevado, la de los superiores principios contenidos en la Constitución Nacional. Acompaña así la doctrina nacional (ver Nestor Pedro Sagüés, *"El Recurso Extraordinario", 2° ed., Buenos Aires, 1989, pag. 307/9*) la evolución del constitucionalismo occidental

contemporáneo que ve en la constitución una valiosa carta de derechos y garantías y no solo un mero reparto de competencias (Dominique Rousseau, *"Droit du contentieux constitutionnel", París, 1990, pp. 305 y ss. Confr. Pp. 78 y ss)*. Si existen medios para asegurar la supremacía constitucional no puede pensarse que ellos son solo idóneos para preservar tales repartos, con el olvido del aseguramiento de esos derechos y garantías.

14°) Que esto resalta el resultado inicuo que se daría de no conocer este tribunal, que por estar entre los mentados por el art. 6° de la ley 4055 es un eslabón necesario para que la recurrente pueda promover la defensa de sus derechos constitucionales, conforme como se expresó con detalle a la doctrina judicial vigente.

15°) Que esa nueva doctrina sentada a partir de "Di Mascio" aclaró por otra parte que el rechazo de limitaciones a la apelabilidad, basadas en el monto, la materia, y otro criterio, serán validas en tanto se ponga efectivamente en juego "la jurisdicción constitucional federal". Así se recordó y aplicó este principio en la causa "Romigliani, Horacio Emilio y otros c/ Canale S.A.", del 28 de diciembre de 1989, una demanda laboral donde se pretendió, contrariando normas procesales limitativas, apelar ante la Suprema Corte local, la que desestimó el recurso. El apelante interpuso entonces un recurso extraordinario federal donde citaba el caso "Strada", que denegado dio origen a una queja que la Corte Nacional también rechazó.

Para ello se basó en "que, de la lectura del recurso local de inaplicabilidad de ley, no surge de la demandada -más allá de su genérica mención de la presunta arbitrariedad en que habría incurrido la instancia inferior- haya planteado en dicha oportunidad agravios de naturaleza federal ante la Suprema Corte local que, eventualmente, hicieran obligatorio su examen por parte de esta ultima" (Cons. 3°).

Esto deja en claro que no basta con la cita de "Strada" y casos siguientes, para superar limitaciones procesales cuando no media una cuestión federal atendible. Es de recordar aquí la importancia del concepto de "relación directa", en tanto no basta aducir una cuestión federal, sino que ella debe efectivamente existir y guardar tal relación con la materia del pleito (confr. CS, causa "CIMA", del 17 de noviembre de 1987).

16°) Que esto debe ser especialmente tenido en cuenta, pues las cuestiones constitucionales no basta con que sean aducidas para que automáticamente se las considere como tales, sino que deben guardar tal relación con las cláusulas constitucionales invocadas. Deben por ello rechazarse aquellas en que tal relación sea artificiosamente articulada por el recurrente, o se funde en argumentos genéricos -fácilmente hallables en la materia, pues no hay derecho que en definitiva no se apoye en la Constitución Nacional, Fallos 238-448 y sus citas- de modo tal que el tratamiento del punto constitucional no sea indispensable para la correcta decisión de la causa.

17°) Que la inconstitucionalidad planteada en esta causa, en relación con la arbitrariedad argüida, resulta en el caso atendible, de modo suficiente para admitir la apertura de la queja tras el razonamiento realizado en cuanto al marco jurídico en que tal apertura es posible. El juicio de mérito sobre la arbitrariedad no cabe que sea hecho en esta altura del tramite de la causa, pero si debe evaluarse si la apelación, prima facie valorada, cuenta en los agravios que la originan con fundamentos suficientes para dar sustento a un caso de inequívoco carácter excepcional, como es el de arbitrariedad (confr. C.S., doctrina de la causa “Santillán”, del 28 de mayo de 1987).

18°) Que no cabe respecto de la norma impugnada, en rigor, su declaración de inconstitucionalidad, pues es claro que la doble instancia judicial no es requisito indispensable de la defensa en juicio, de ahí que la decisión del legislador de que ciertas cuestiones tramiten con especial premura, atendiendo a la índole de la cuestión planteada, la necesidad de no perturbar más de lo necesario el funcionamiento de la administración, la escasa entidad de los intereses en juego, u otros motivos, es perfectamente admisible a la luz de los superiores principios de la Constitución Nacional. Lo que si ella pierde su razón de ser y resulta por ello inaplicable cuando el tema excede el marco de la norma limitativa y se inscribe en el de un proceso destinado a asegurar la supremacía constitucional. En tal caso debe atenderse a las reglas que regulan tal proceso, dentro de las cuales aquellas disposiciones limitativas han perdido su sentido, como que están pensadas para situaciones en que por alguno de los motivos antes nombrados tienen plena virtualidad, y no para situaciones extraordinarias en que es necesario velar por la clave de bóveda de la estructura jurídica toda.

Esto impone pues considerar inaplicable al caso de autos la limitación a las reglas de la apelación contenidas en la norma impugnada y hacer lugar a la queja interpuesta.

Por todo lo expuesto, se resuelve: 1) Abrir la presente queja. 2) Conceder el recurso de apelación interpuesto. 3) Requerir la remisión de todas las actuaciones correspondientes a este expediente al juzgado de origen. Notifíquese, tómese razón, y consentida que sea, provéase lo que corresponda. -*Narciso Juan Lugones.- Jorge Eduardo Barral.- Hugo Rodolfo Fossati* (Sec.: *Javier Augusto De Luca*).

VIGENCIA TEMPORAL DEL FALLO PLENARIO

Comentario a fallo.

1. El art. 303 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación dispone que la doctrina del fallo plenario sólo se modifica con el dictado de un nuevo acuerdo plenario.

Por su parte, el art. 288 del mismo ordenamiento, establece la procedencia del recurso de inaplicabilidad ley para las sentencias que contradigan la doctrina establecida por alguna de las salas de la cámara en los "diez años anteriores" a la fecha del fallo recurrido.

La interpretación sistemática de ambos nos lleva a creer que operan para situaciones procesales distintas.

En efecto, la impugnación por inaplicabilidad de la ley atiende a sentencias definitivas que contradigan un precedente a la cámara en pleno; en tanto el fallo de la cámara en pleno, concentra un problema de interpretaciones contradictorias, que necesitan de una urgente reparación para salvaguardar el principio de seguridad jurídica ([208])

Jurisprudencialmente se mantiene el criterio por el cual "*sólo cesa la obligatoriedad de un plenario por modificación de la doctrina, mediante una nueva sentencia plenaria, o por el cambio de legislación que derogue o modifique la norma interpretada por aquel, no bastando para considerar que ha perdido vigencia, la sanción de una nueva ley mantiene la misma norma objeto del plenario*" ([209]).

2. La vigencia temporal del fallo plenario reconoce, así, dos interpretaciones posibles. O la sentencia perdura mientras la doctrina no se sustituya por otro plenario; o bien, debe aplicarse el sentido de retroactividad decenal que inicia el cómputo para hallar la contradicción doctrinaria.

Si aceptamos el primer temperamento, fácil se colige la notoria al sistema de interpretación libre que constitucionalmente consagra nuestra carta fundamental.

En cambio, la segunda alternativa obliga a contestar que valor tienen los fallos plenarios de " más de diez años".

En verdad, la doctrina de un fallo en pleno sólo puede modificarse por medio de una sentencia plenaria sin que esté limitada en el tiempo la obligatoriedad y vigencia, cualquiera sea el lapso transcurrido desde que se dictó, puesto que una cosa es el recurso de inaplicabilidad de ley y otra el fallo plenario; o expresado de otro modo -dicen Morello-Sosa y Berizonce-, una cosa es la admisibilidad de dicho recurso -los presupuestos que debe reunir- y otra

---

[208]. Gozaini, Osvaldo a. *Respuestas Procesales,* editorial Ediar, Buenos Aires, 1991, págs. 277/291 (*Alcance y vigencia de los fallos plenarios*)

[209]. CNCiv., sala C, noviembre 28-980, ED, 92-431.

los efectos del fallo plenario. La primera situación está contemplada en el artículo 288, y la segunda, en el artículo 303, operando en cuadrantes distintos ([210]).

El fallo de la Cámara recibe esta interpretación, lo cual es correcto -aún afirmando nuestras discrepancias con el sistema recursivo previsto-, por cuanto no es posible limitar la validez de un plenario según los tiempos dispuestos para el recurso. La doctrina no derogada persiste, sea por razones de seguridad jurídica como por la claridad de la norma adjetiva.

Problema diferente puede ser su contradicción con la tesis que pudiera establecer la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en cuyo caso, tanto la validez *in témpore* de la sentencia plena, como la adecuación a lo establecido por el tribunal cimero, puede realizarse sin limitaciones de tiempo y a iniciativa de la misma cámara decisora.

JURISPRUDENCIA
DOCTRINA DEL FALLO

CNCom., Sala C, noviembre 13 de 1992.-Gubitta, Bernardo c Chiaramonte María C.s/ordinario.

1.- Conforme a la doctrina plenaria establecida in re "Brunetti c.Nolte", quien se obliga mediante un contrato escrito a abonar a la otra parte una suma de dinero en concepto de comisión, no pudiendo luego eludir dicho pago alegando que el pretendido acreedor no se halla matriculado, y por lo tanto, ha incurrido en la sanción establecida por el art. 89 último parte, del cód de comercio. Luego si, en el caso, el convenio agregado en las actuaciones, reconocido por la codemandada, surge pactada esa comisión por la intermediación del actor- y más allá de la frustración de la opción de venta, - la demanda por el cobro de la misma debe prosperar.

2.- El fundamento de la jurisprudencia plenaria establecida desde antiguo por las cámaras Civil y Comercial de la Capital Federa -in re Brunetti c. Nolte - en cuanto reconoce el derecho de cobro de comisión al intermediario de una compraventa, aunque no se encuentre inscripto como "corredor'' en la matrícula, siempre que se haya convenido el pago de una retribución por ese servicio prestado, consiste en que personas capaces celebraron un contrato que debe cumplirse de buena fe y con todas sus consecuencias (art. 1198 del cód.civil) y que los obliga como la ley misma (art. 1197 cód. cit.) siendo éste el supuesto de autos, corresponde aplicar la mencionada doctrina plenaria.

3.- Tratándose el caso de una persona no matriculada como corredor, cuya retribución encuentra sustento en el vínculo contractual que la unió con la comitente accionada, no puede requerir el pago del otro contratante de la operación de venta,

---

[210]. Morello, Augusto M. - Sosa, Gualberto l. - Berizonce, Roberto o., *Códigos Procesales en lo civil y comercial de la provincia de Buenos Aires y la Nación*, tomo III, editorial Platense, Abeledo-Perrot, Bs. As. , 1988, pág. 1010.

por ser ajeno a dicho convenio resulta a su respecto res inter alios acta y no puede serle opuesta (arts. 1195 in fine y 1199 del cód. civil).

4.- El quantum de la retribución que corresponde reconocer al actor en concepto de comisión en una operación de venta, debe ser adecuado a las circunstancias del caso, ya que habiéndose frustrado la venta, ella debe ajustarse a la naturaleza y extensión de los trabajos efectivamente realizados. En otras palabras, la comitente codemandada debe abonar al mandatario la parte de retribución correspondiente al servicio (cfr.análog. art. 1958 del cód. civil). En tal sentido es prudente, en el caso, fijar la misma en el 1,5% el importe consignado en la oferta de compra.

Fallo in extenso

En Buenos Aires, a los trece días del mes de noviembre del año mil novecientos noventa y dos, reunidos los Señores Jueces de la Cámara en la Sala de Acuerdos fueron traídos para conocer los autos seguidos por "Gubitta, Bernardo c.Chiaramonte C.". sobre ordinario, en los que al practicarse la desinsaculación que ordena el artículo 268 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación resultó que la votación debía tener lugar en el siguiente orden: Doctores Monti.- Caviglione Fraga.- Di Tella

Estudiados los autos la Cámara plantea la siguiente cuestión a resolver.

Es arreglada a derecho la sentencia apelada a fs.477/480?

El Señor Juez de Cámara Doctor José Luis Monti dice:

I.- El actor, Bernardo Gubitta - hoy sus herederos- reclamó en autos el cobro de una comisión convenida por su intermediación en la venta de un inmueble. Con ese objeto demandó al primitivo propietario, Fernando Lino Marchese, a quien atribuyó haberle encargado la venta; y también a la señora María Cristina Chiaramonte, virtual interesada en la compra que había entregado una seña *ad referéndum*, conviniendo con el actor - en ese acto - el pago de una comisión del 4% del precio fijado (ver instrumento copiado a fs. 7). La seña fue luego entregada a Marchese, quien firmó recibo al dorso del mencionado documento de fs 7 que ha quedado reconocido en autos. Esa operación se habría frustrado luego, por entender el vendedor que se hallaba agotado el plazo previsto para la firma del boleto respectivo, suscitándose un frondoso intercambio epistolar entre las partes. Con posterioridad, el inmueble fue trasmitido a otra persona y sucesivamente a una sociedad, (ver informe de fs 300), pero es ocupado por la Sra Chiaramonte, quien así lo al contestar la demanda (fs 146), donde también admitió haber intervenido en las negociaciones respectivas.

En síntesis da cuenta de los principales antecedentes fácticos del litigio, cuyo relato pormenorizado ha hecho el Juez de primera instancia, en su pronunciamiento, por lo que estimo innecesario reiterarlos aquí.

II.- En su sentencia de fs. 477/480, luego de referirse los hechos, el *a quo* centró su atención que revestía Gubitta para intermediar en el mercado inmobiliario sobre la base del informe producido arts. 341, por la Inpsección General de Justicia, concluyó que sólo estaba habilitado para actuar como "martillero", mas no como "corredor". Y puesto que la tarea que adujo haber llevado a cabo, -acercamiento de las partes-era propia de ésta última calidad, cuyo desempeño requiere la pertinente inscripción, consideró que no podría percibir la reclamada comisión, de conformidad con los arts. 89 y 111 del Código de Comercio. Cito en apoyo de esta conclusión un precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

III.- La parte actora dedujo recurso de apelación contra la sentencia, el cual fue sustentado con el escrito de fs.493/494, cuyo traslado ha sido contestado a fs. 496/498 por la codemandada Chiaramonete y a fs. 499/502 por Marchese.

Se agravia la apelante, porque considera que el juez de primera instancia no habría tenido en cuenta la prueba documental aportada y otros elementos de juicio. Sostiene que el criterio adoptado por el sentenciante no se adecua a la interpretación mayoritaria de la jurisprudencia, que reconoce el derecho al cobro de comisión aunque el intermediario no se encuentre inscripto en la matrícula como "corredor", cuando se convino el pago de una retribución por el servicio prestado. Señala que el documento de fs. 7 involucra ese convenio, por lo que resulta aplicable el fallo plenario "Brunetti c. Nolte" del 10-10-1921 entre otros precedentes que cita, y propicia la revocación del fallo y la condena de los demandados.

IV. Considero, que asiste parcialmente razón a la apelante, aunque las particularidades del caso exigen una serie de precisiones en los alcances de la decisión que ha de adoptarse.

En primer lugar, el criterio del *a quo* se aparta de la jurisprudencia plenaria establecida desde antiguo por las Cámaras Civiles y Comercial de la Capital Federal in re: "Brunetti c/Nolte" (J.A. tomo 7, p.393), cuyo fundamento radica - como se ha dicho con acierto- en que "personas capaces celebraron un contrato que debe cumplirse de buena fe y con todas sus consecuencias (art. 1198, Cód. Civil) y que los obliga como la ley misma (art.1197, Cod. Civil", ver: Gómez Alonso de Díaz Cordero, María L. y Gebhart, Marcelo,"*Plenarios de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial", Feyde, Bs.As, 1979, pág 27)*.

Sobre esa base, la doctrina establecida en el citado plenario expresa que "a quien se obliga mediante un contrato escrito a abonar a la otra parte una suma de dinero en concepto de comisión, no puede luego eludir dicho pago alegando que su pretendido acreedor no se halla matriculado y, por lo tanto, ha incurrido en la sanción establecida por el art. 89,última parte, del Código de Comercio.

El caso de autos encuadra en los presupuestos fácticos de tal directiva, toda vez que en el instrumento copiado a fs. 7, la codemandada Chiaramonte asumió la obligación de abonar a "Darío Propiedades"- nombre comercial de Bernardo Gubitta- el 4% del

importe fijado como precio de la operación a concertarse. Ese documento fue reconocido por la nombrada al contestar la demanda (ver fs.145, apartado 2.3), donde también admitió que no había abonado comisión alguna al actor sostuvo que la compraventa se habría frustrado por motivos imputables al vendedor (ver fs.145 vta). Asimismo el codemandado Marchese expreso haber aceptado la oferta contenida en el aludido documento de fs. 7, cuya autenticidad reconoció (ver contestación de demanda, fs 126), si bien atribuyo al incumplimiento de la compradora la no ejecución del negocio.

Lo cierto es que, más allá de las causas que determinaron la frustración del contrato en los términos inicialmente previstos y la imputabilidad de tales causas, extremos sobre los que discrepan los codemandados, la intervención de Gubitta en la negociación preliminar está fuera de controversia.

Tampoco es dable negar la utilidad de su gestión para quien la hubo encomendado al formular su oferta de compra, esto es, la Sra. Chiaramonte. En primer lugar porque su oferta fue aceptada (ver fs. 7 vta.) y en segundo lugar porque, a pesar de no haberse consumado la operación prevista en dicha oferta, está reconocido por aquélla (ver fs. 146) que fue a raíz de ese contacto inicial que, pocos meses después, mediante conversaciones con los interesados y tras sucesivas operaciones - cuya validez y realidad no han sido concretamente impugnadas ni cabe abordar aquí-, concluyó por establecerse en el inmueble, en el que actualmente se domicilia (ver fs. 145 y mandamiento de fs. 112). Esta última circunstancia, de por sí significativa en punto a evaluar la utilidad de la labor del intermediario, aparece corroborada por el testimonio de la Sra. Martínez (fs. 230/231).

Por lo demás, considero pertinente destacar que la codemandada Chiaramonte no alegó ni probó en modo alguno que la carencia de matrícula de corredor de Gubbita hubiera incidido en el desenlace de la fallida operación, ni que se hubiera derivado algún perjuicio de ello. Es más, al contestar la demanda se limitó a negar la calidad de "martillero" del actor (fs. 145), de la cual éste se hallaba investido conforme surge del informe de fs. 341, sin advertir nada acerca de su inscripción como "corredor".

En las condiciones expuestas, pues, estimo que corresponde reconocer al derecho de Bernardo Gubbita a percibir una retribución por la intermediación que le fuera encomendada. Ese derecho, conforme se infiere de la doctrina plenaria, tiene fundamento en el art. 1197 del Código Civil y en el principio que veda el enriquecimiento sin causa (conf. C.N.Com., Sala A, 14-2-1974, E.D. 54-513; id. Sala B, 6-5-1974, E.D. 57-313; entre muchos otros).

Solo resta agregar, en punto al derecho del actor a una remuneración por sus servicios, que el precedente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación al que remite el *a quo* cuyo sumario se registra en Fallos 310- 570) corresponde un pronunciamiento del Alto Tribunal en causa de competencia originaria, en la que intervino -en única instancia- *ratione*

personae, por ser parte una provincia. De manera que, sin perjuicio de la autoridad del precedente por el Tribunal del cual proviene, es claro que se trata de una materia regida por el derecho común, cuya inteligencia es del resorte propio de esta Cámara y en el cual no cabe asignar incidencia vinculante a dicho precedente. Máxime cuando se halla vigente la doctrina plenaria citada.

V.- La retribución del intermediario, sin embargo, debe ser abonada por la codemandada Chiaramonte oferente y virtual compradora del inmueble, pues sólo ella se comprometió a pagarla en el mencionado documento copiado a fs. 7. En cambio esa obligación no alcanza al otro codemandado, Fernando Lino Marchese, receptor de la oferta y virtual vendedor, ya que no se probó que otorgara autorización para gestionar la venta del inmueble (conf. C.N.Com., Sala A, 14-2-1974, E.D. 54-513); y la simple aceptación de la oferta que suscribió su apoderado (ver fs.7 vta.) no importó en modo alguno asumir aquella obligación.

Es que tratándose de una persona no matriculada como corredor, cuya retribución sólo halla sustento en el vínculo contractual con la comitente, no puede requerir el pago del otro contratante ajeno a dicho convenio, pues esa convención resulta a su respecto *res inter alios* y no puede serle opuesta (arts. 1195 in fine y 1199 del Código Civil), conforme lo ha resuelto esta Sala in re "Federico Lacroze Propiedades (Soc. de Hecho) c/ Solana Javier F. Y otro", sentencia del 24-8-1992.

VI.- Ahora bien, el quantum de la retribución que cabe acordar a la parte actora debe ser adecuado a las circunstancias del caso; ya que habiéndose frustrado la venta, ella debe ajustarse a la naturaleza y extensión de los trabajos efectivamente realizados (conf. C.N.Com., Sala D, 23-11-1973, E.D. 53-469). Dicho de otro modo, la comitente -Sra. Chiaramonte- debe satisfacer al mandatario la parte de la retribución correspondiente al servicio (conf. análog. art. 1958, Código Civil). Bajo este punto de vista, considero que corresponde fijar prudencialmente, en concepto de remuneración, el uno y medio por ciento del importe consignado en la oferta de compra de fs. 7 (conf. ver; C.N. Com., Sala B, 6-5-1974, E.D. 57-314). Toda vez que sea alícuota ha de ser aplicada sobre una suma establecida en moneda estable (130.000 dólares estadounidenses) no ha menester de actualización alguna, debiendo fijarse en su momento de conformidad con lo dispuesto en el art. 1 de la ley 23.928. El importe resultante devengará un interés al 8% anual desde la mora, que cabe considerar operada con la notificación de la demanda, hasta el efectivo pago.

VII.- En lo atinente a las costas, habida cuenta del resultado a que se arriba, corresponde imponerlas en ambas instancias del siguiente modo: las devengadas respecto de la codemandada Chiaramonte, contra quien se declara procedente la demanda, a su cargo; y las generadas por la intervención del codemandado Marchese, el que es absuelto, desestimándose la acción contra él, a cargo de la parte actora.

VIII.- Por lo expuesto, si mi opinión fuese compartida, corresponderá revocar parcialmente la sentencia apelada,

admitiéndose la acción deducida contra la codemandada María Cristina Chiaramonte, con la extensión señalada en considerando VI; y confirmándola en cuanto desestimó la demanda dirigida contra Fernando Lino Marchese. Las costas de ambas instancias se impondrán conforme lo senalado en el considerando VII. Así lo voto.

Por análogas razones los Señores Jueces de Cámara Doctores Caviglione Fraga y Di Tella adhieren al voto anterior

Por los fundamentos del acuerdo que antecede, se revoca parcialmente la sentencia apelada, admitiéndose la acción deducida contra la codemandada María Cristina Chiaramonte, con la extensión señalada en el considerando VI; y confirmándola en cuanto desestimó la demanda dirigida contra Fernando Lino Marchese. Las costas de ambas instancias se imponen conforme lo señalado en el considerando VII. – *Jose L. Monti. - Bindo B. Caviglione Fraga. - Héctor M. Di Tella (Sec: Alfredo A. Kölliker Frers*).

EL PEDIDO DE ACLARATORIA EN LA INSTANCIA ORIGINARIA

Comentario a fallo

1. La pregunta a responder es la siguiente: ¿Cuál es el plazo para requerir un pedido de aclaratoria en la instancia originaria exclusiva y excluyente de demandas tramitadas ante la Corte Suprema de Justicia de la nación?.

Las respuestas oscilan en distintas posibilidades: tres días contados a partir de la fecha que signa la providencia; cinco días a partir de la notificación ficta, personal o por cédula; cinco días, contados únicamente desde la fecha en que se notificó la sentencia; entre otras.

Cada una se adecua al sentido que se otorga al instituto llamado "aclaratoria", de forma tal que no resulta inadvertido el momento y el acto procesal al que se dirige el planteo.

2. Repasando la medida correctiva observamos que la disponibilidad de ella depende de alguno de estos objetivos:

- o se pretende la aclaración de alguna expresión poco clara de la sentencia, en cuyo caso la posibilidad de interpretar depende de la afectación hipotética a la génesis lógica de la sentencia (es decir que no la altere en sus fundamentos);

-o se quiere lograr la ampliación del pronunciamiento, cuando existe omisión de tratamiento en puntos oportunamente propuestos;

-o, se persigue la corrección de errores materiales de la sentencia, como pueden los matemáticos o de cálculo, de referencias, etc.

En el caso que comentamos, el pedido de aclaratoria de posiciona en el segundo de los motivos, y la mayoría coincidente lo resuelve en una posición que nos parece equívoca, pues la omisión de tratamiento del tema referido a la condena en costas no se sanciona con nulidad alguna como se indica en el fallo, sino con la presunción de que ellas deben imponerse en el orden causado ([211]).

3. Pero el aspecto que pretendemos priorizar en la lectura es sobre el plazo que tiene la parte para requerir la aclaración en una instancia originaria.

Los artículos de aplicación pueden ser: el 166 inciso 2°, o el art. 272, ambos del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

El primero fija en tres días el plazo para la aclaratoria, teniendo en cuenta las posibilidades de extensión jurisdiccional que tiene el Juez de la causa. La limitación temporal responde, asimismo, a la probable rectificación

---

[211] . Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo: *Costas Procesales*, Doctrina y Jurisprudencia, editorial Ediar, Bs. As., 1990, pags. 40 y ss.

que pueda lograrse a través del recurso de apelación, de forma tal que está presente la hipótesis de revisión.

En cambio, el art. 272 amplía a cinco el tiempo de deducción. Las razones principales operan en la base de lograr seguridad jurídica ([212]), y en el carácter definitivo que tiene la sentencia.

4. Hemos de acompañar el temperamento del fallo en disidencia del Dr. Bossert quien, a nuestro parecer con sumo acierto, destaca esta cuestión de la definitividad del pronunciamiento de las sentencias dictadas en instancia originaria, que por esta condición la lleva a ser única e irrevisable, salvo por esta vía que permite ajustar o enmendar el error probable.

JURISPRUDENCIA

C.S., abril 30/996, Provincia de Salta c/ Estado Nacional

Buenos Aires, abril 30 de 1996.

Considerando: 1. Que a fs. 215/216 el doctor G.A.C.G. interpone recurso de reposición contra la providencia simple dictada a fs. 214 por el secretario, por medio de la cual se rechazó el recurso de aclaratoria de fs. 210 por considerárselo extemporáneo.

2. Que la resolución de fs. 207 decidió el incidente trabado con el planteamiento formulado a fs. 184/186 y contestado a fs. 188/199 sin pronunciarse sobre la carga de las costas devengadas en dicho incidente.

3. Que dicha omisión no puede considerarse como una negativa implícita de imponer las costas al vencido, pues si la exención de costas que no esté expresamente fundada se sanciona con la nulidad (art. 68, segundo párrafo, Cód. procesal), es decir, con la privación de efectos jurídicos "a fortiori" no pueden atribuírsele los efectos de una denegación a una omisión que, por hipótesis, carece de fundamentos.

Por ello, se revoca la providencia simple de fs. 214 y se imponen al Estado Nacional las costas del incidente resuelto a fs. 207.

Teniendo en cuenta el trabajo cumplido en el referido incidente,

---

[212]. Recordemos que la C.S. ha dicho que si los jueces de la Alzada descubren un error posterior al dictado de la sentencia y no lo corrigen, incurrirían en una grave omisión pues estarían tolerando que se generara un derecho que sólo reconocería como causa el error, a pesar de haber tenido el tiempo disponible para su saneamiento, y aun frente al vencimiento del plazo operado para la rectificación a pedido de parte. En este sentido, se apunta también, que, exigir que la Cámara por la estricta aplicación del plazo para interponer aclaratoria, se vea impedida de corregir un mero defecto numérico de su pronunciamiento, importaría tanto como desconocer la unidad de las sentencias judiciales, asi como amparar el predominio de una solución formal que contradiría sustancialmente el claro resultado a que se arribó en la sentencia (Fallos, 302:62).

se regulan honorarios....

*Julio S. Nazareno - Eduardo Moliné O´Connor - Augusto César Belluscio - Enrique S. Petracchi - Gustavo A. Bossert (*por su voto).

Voto del Dr. *Bossert.*

Considerando: 1. Que a fs. 215/216 el doctor G.A.C.G. interpone recurso de reposición contra la providencia simple dictada a fs. 214 por el secretario, por medio de la cual se rechazó el recurso de aclaratoria de fs. 210 por considerárselo extemporáneo.

2. Que por tratarse de un trámite ante la instancia originaria de esta Corte, cabe determinar cuál es la norma aplicable a los efectos del cómputo del plazo para la interposición de aclaratoria.

El plazo de cinco días fijado por el art. 272 del Cód. procesal respecto de la sentencia dictada en segunda instancia -a diferencia del establecido para interponer el recurso en primera instancia- se funda en el carácter definitivo de aquella, tras lo cual no queda a la parte otra instancia ordinaria. Esta situación se verifica también en los pronunciamientos dictados por este tribunal en ejercicio de su competencia, única e irrecurrible.

Lo expuesto conduce a aceptar que el plazo para interponer aclaratoria en estos autos no se hallaba vencido al momento de la presentación de fs. 210.

3. Que habiendo sido interpuesto en término el recurso de aclaratoria y toda vez que la resolución de fs. 207 omitió pronunciarse acerca de las costas devengadas en el incidente obrante a fs. 184/186 corresponde hacer lugar a lo solicitado

Por ello se revoca la providencia de fs. 214 y se imponen al Estado Nacional las costas del incidente resuelto a fs. 207.

Teniendo en cuenta el trabajo cumplido en el referido incidente, se regulan honorarios....

Gustavo A. Bossert.

EL RECURSO DE CASACION EN EL PROYECTO DE REFORMAS: EL CODIGO PROCESAL CIVIL, COMERCIAL Y LABORAL DE LA NACION

Sumario.1. Historia y motivos de la casación; 1.1 El nacimiento en Francia; 1.2 La casación en Italia, Alemania y España; 1.3 Confrontación de los modelos; 2. Fines de la casación; 3. ¿Tribunal de Justicia u órgano de política jurisdiccional?; 4. Funciones de la casación ; 4.1 ¿Qué fines pretenden alcanzarse con el recurso?; 4.2 ¿Qué objeto tiene la casación?; 4.3 ¿Qué Tribunal ha de intervenir en el recurso?; 4.4. ¿Qué medios pueden aplicarse para lograr la uniformidad de los fallos?; 4.5 ¿Con reenvio o sin el?; 5. El recurso de casación en el proyecto; 6. El recurso se interpone y se funda en el mismo acto.; 7. Los hechos y la casación

1. Historia y motivos de la casación.

Cuando uno va a referirse a la casación debe cuidar la mención de algunos, pocos, aspectos historiográficos que adviertan sobre la verdadera dimensión del instituto.

Ocurre que el modelo tiene situaciones diferentes según el país que ensaya sus formas y también motivos distintos por los que el sistema se pone en marcha.

1.1 El nacimiento en Francia.

En el siglo XVIII Francia tiene una lucha permanente entre el Poder Real y los Parlamentos rebeldes. Los jueces no tenían un rol independiente, todo lo contrario; no olvidemos la consistencia y consolidación del principio por el cual los jueces debían aplicar "a ciegas" la ley, porqué era esta omnipotente, frente a la versatilidad de la interpretación humana. La desconfianza en los jueces caracteriza esta etapa, que posteriormente se afirma en la revolución francesa, cuando bajo la influencia de las ideas de rousseau y montesquieu se sostiene que "debe evitarse cualquier rebelión contra las leyes", agregando robespierre en la sesión de la Asamblea del 18/11/1790 que "el legislador es un mundo; el juez un grano de arena. El legislador tiene todos los atributos y todos los fueros del mando, el juez es un mecanismo de obediencia".

Sobre esta base ideológica la casación inspira un sistema de lucha contra el poder interpretativo de los jueces, a quienes, entonces, se aprisiona con un esquema político -no jurisdiccional- creando el Tribunal de Casación, con la única finalidad de "anular toda sentencia que contenga una contravención expresa al texto de la ley".

Lo importante era preservar aquél objetivo de custodiar real y efectivamente la voluntad del legislador, evitando que ese rol lo asumieran los jueces por la vía de la interpretación.

1.2 La casación en Italia, Alemania y España.

El modelo Francés evolucionó permitiendo mudar aquella fisonomía estrictamente política por la de un sistema jurisdiccional. Su finalidad puramente negativa de control anulatorio, se convierte en una función orientadora sobre los fines que debía cumplir una ley, tarea que para su definitiva elaboración quedaba en manos del Poder Legislativo, quien para ello actuaba bajo la forma del référé.

Este sistema pasa a Italia, y ya en la primera mitad del siglo XIX vemos como la casación admite, también, corregir no sólo los errores en la aplicación de la ley, sino también, todos los errores de derecho, además de los cometidos "in procedendo".

Alemania recoge el instituto bajo el nombre de "revisión", otorgándole a los jueces una variable importante respecto a los demás sistemas.

En efecto, se permite a los jueces anular y dictar nueva sentencia, evitando el reenvío característico de la casación pura.

Es también el sistema que resuelve España, denominado asimismo, "modelo bastardo", porqué se aparta del clásico control del derecho o doctrina legal, para alojar en sus posibilidades otras cuestiones como la justicia intrínseca de la sentencia, la razonabilidad en la interpretación de los hechos, de la prueba, o de la interpretación de la ley.

Este modelo final parece encontrar respaldo en nuestro país, quien alentó desde hace muchos años la institución en estudio, llegando a concretar en la provincia de Buenos Aires, por ejemplo, un recurso (denominado: inaplicabilidad de ley o doctrina legal) que es muy similar al sistema ibérico.

1.3 Confrontación de los modelos.

De esta manera podemos observar de qué forma influye en la configuración del sistema el modelo histórico.

Mientras el francés puro sostiene que el juez nunca puede interpetar hechos porqué su única misión es aplicar estrictamente la voluntad legal; el modelo español permite considerar el error de derecho y la justicia del pronunciamiento.

Ahora bien, la polaridad refleja un problema mucho más importante que concierne no sólo al recurso -como medio de impugnación- sino al órgano encargado de tramitarlo y resolverlo, porqué si la función de este cuerpo superior de justicia será la nomofilaquia, es decir, preservar la pureza de la norma declarando su verdadero sentido, de tal modo que se acallen las discusiones y los criterios discordantes acerca de él; en la actuación efectiva tendrá que posibilitar un margen superior a la interpretación, radicando aquí el riesgo auténtico de la institución.

2. Fines de la casación.

De acuerdo con lo expresado tradicionalmente se reconocen a la casación dos finalidades: a) uniformar la jurisprudencia y, b) defender el derecho o la doctrina legal.

Pero, en los hechos, el sistema puede implementarse sobre cualquiera de estos tres pensamientos:

a) La idea romana de que la sentencia injusta por error de derecho es más grave que la que padece de errores de hecho. De esta vía, surgiría que el tribunal de casación sólo atiende la letra de la ley.

b) La concesión a las partes de un remedio efectivo para atacar las injusticias derivadas de una sentencia viciada por error de hecho o de derecho, tal como lo propicia el modelo español, con algunas variables que enseguida veremos.

c) La incorporación del error *in procedendo* que, aunque nace en el derecho intermedio, debiera tenerse en cuenta porqué la casación suple todos los recursos ordinarios en el proyecto que analizamos.

3. ¿Tribunal de justicia u órgano de política jurisdiccional?

Es obvio que el principio de seguridad jurídica que se quiere afianzar con la casación adolece de algunos inconvenientes propios de las realidades institucionales que tiene la constitución política de un Estado.

En nuestro país el regimen federal fue motivo principal para que hasta la fecha no exista un tribunal de casación nacional. Así fue planteado en 1979 cuando en las conclusiones del IX Congreso Nacional de Derecho Procesal se dijo que no podían vulnerarse las autonomías provinciales estableciendo un sistema uniforme para la aplicación e interpretación de la ley.

Es verdad, también, que quienes detractan al sistema sostienen, por ejemplo, que cuando fue puesto en vigencia el modelo en la Constitución Nacional de 1949, de esta forma se evitan las acciones directas de inconstitucionalidad, siempre políticamente más riesgosas desde que no se puede controlar a todo el Poder Judicial y sí, en cambio, a un Tribunal Nacional de Casación.

Lo cierto es que no puede negarse el carácter político que puede tener el órgano; sin embargo, el margen de sus actuaciones será siempre la causa judicial, el caso concreto, y la necesidad de resolver las justicias parciales.

De suyo, el control recursivo logra corregir los errores de procedimiento o los defectos del juzgamiento; y al mismo tiempo, iguala a nivel nacional la jurisprudencia, concretando así el principio de la supremacía constitucional.

4. Funciones de la casación.

Para individualizar el recurso de casación de las restantes vías de impugnación (en realidad, son medios de gravámenes, pues en nuestro

sistema procesal no existen vías directas de ataque contra las leyes, sino a través de un caso concreto que individualice el agravio y el interés directo y personal), es preciso responder estos interrogantes:

4.1 ¿Qué fines pretenden alcanzarse con el recurso?

Ya vimos que son dos: i) la defensa de la ley o de la legalidad; y ii) la uniformidad de la jurisprudencia en cuanto a la interpretación y aplicación de la ley. Ambos plantean otra cuestión ¿qué uniformidad se persigue? ¿de la ley sustancial, procesal o de ambas?.

En este caso, calamandrei distinguió entre la uniformidad jurisdiccional en el tiempo y en el espacio, para rechazar la idea de una uniformidad en el primer sentido, manteniendo sólo el principio de una uniformidad espacial, conseguida a través de una única interpretación en todo el territorio.

El rechazo de la uniformidad en el tiempo obedece a la dinámica del derecho, evitando así la congelación de ideas.

4.2 ¿Qué objeto tiene la casación?

Nuevamente el interrogante: ¿normas procesales o sustantivas? ¿nulidad y/o injusticia? ¿sentencia definitiva o toda sentencia? ¿motivaciones rígidamente establecidas por la ley o abiertas a otras causales?

Esto depende de las reglamentaciones procesales, pero, en líneas generales, se aspira a preservar con el recurso el interés de la ley, no en todos los casos, sino contra sentencias definitivas que manifiesten claramente la violación a alguna norma, evitando la interpretación de hechos y siempre que se encuentren suficientemente motivadas las causales que permitan su deducción.

4.3 ¿Qué tribunal ha de intervenir en el recurso?

Puede ser un órgano único de naturaleza federal, o tribunales locales que interactúen por convenio de reciprocidad.

Desde que la Casación pasó al Poder judicial, y así se organizó en casi todos los países del mundo, la decisión del recurso fue confiada a la Suprema Corte de Justicia del país, como en el régimen español, creándose al efecto alguna (o algunas) sala especializada o, en su caso, una Corte de Casación propia y particular como en el sistema francés.

El modelo habitual es un órgano especial dividido en Salas con competencias específicas que pueden reunirse en plenario para unficar criterios y programas.

4.4 ¿Qué medios pueden aplicarse para lograr la uniformidad de los fallos?

Se trata de establecer la obligatoriedad de las sentencias y el alcance individual o para todos.

4.5 ¿Con reenvío o sin él?

Es decir, el tribunal anula y dicta nuevo pronunciamiento; o difiere la misma a la responsabilidad del órgano casado.

5. El recurso de casación en el proyecto.

Se encuentra establecido en los arts. 255/277 del proyecto.

Luego de establecer el gravamen económico, es decir, de establecer la procedencia del recurso contra las sentencias definitivas de los tribunales colegiados de instancia única siempre que el valor del juicio exceda de pesos cinco mil ($ 5.000); el código dispone las causales de admisibilidad del recurso de casación, a saber:

a) Que la sentencia haya violado la ley o la doctrina legal;

b) Que la sentencia haya aplicado erróneamente la ley o la doctrina legal, o sea arbitraria; no se tendrán en cuenta los errores de derecho que no determinaren la parte dispositiva de la sentencia.

c) Que exista nulidad de la sentencia, o del procedimiento que viole la garantía del debido proceso y siempre que la respectiva nulidad no hubiere quedado convalidada por aplicación de otras disposiciones del ordenamiento procesal.

6. El recurso se interpone y se funda en el mismo acto.

Los agravios que deben denunciarse son: a) la mención de la ley o, b) de la doctrina legal que se repute violada; c) la errónea aplicación de la ley o de la doctrina legal; d) indicar en qué consiste el error o la violación, la arbitrariedad o la nulidad.

Asimismo, es importante agregar la solución posible que con el recurso pueda lograrse.

7. Los hechos y la casación.

De acuerdo con el modelo presentado, el recurso de casación se presenta como una variable del sistema español, de modo que puede afirmarse la consideración de los hechos en el recurso, aun cuando teoricamente ello esté impedido.

Por supuesto que desde nuestra perspectiva no pretendemos instalar en cada escala recursiva, sobre todo, en las instancias extraordinarias, el ´reinado de los hechos, ni los exaltemos por sobre las normas, en una suerte de fuga de lo jurídico hacia la sociología del derecho.

No es un contrapunto entre hechos y derecho. Todo lo contrario, sin los hechos, las normas abstractas girarían en el vacío, sin esperanza creadora en la experiencia del litigio. es una lectura mutua y de allí que sea imprescindible conocer a los dos.

El amor al sistema puro de la casación no puede llevarse a la exageración de hacernos cerrar los ojos a lo que ocurre en el derecho viviente, que ha superado el enclaustramiento normativo, al hacerse conciencia del modo distinto como la institución funciona en la sociedad.

El estudio de los hechos o sobre los hechos permite ensanchar la franja de gravámenes pasibles de denuncia en el recurso.

Sin embargo el problema mayor está en el registro de los hechos. No olvidemos que al estar en un proceso oral resulta difícil para el apelante resolver el dilema del razonamiento, al no existir constancias escritas del debate.

En España, el temor en que desaparezca la memoria de lo que fue dicho se resuelve mediante la grabación magnetofónica de las audiencias. Lo cual tampoco resuelve la posible arbitrariedad del fallo que, en definitiva, sería la única vía posible de apertura para un recurso de casación que pretende dirigirse contra los hechos.

LA INFORMALIDAD EN LOS PROCESOS DE EJECUCION DE SENTENCIAS

Sumario 1. Naturaleza ejecutoria de la sentencia**;** 2. La formalidad en el proceso civil; 3. La informalidad en la etapa forzada.

1. Naturaleza ejecutoria de la sentencia

La sentencia, se distingue del título ejecutivo, en que evita el tránsito por las etapas de conocimiento que, tal como hemos dicho en otro lugar, desvirtúan la rapidez y coactividad propia que este proceso debe llevar ([213]).

Por eso, dice Podetti, se ha denominado a la sentencia, en consideración a la posibilidad de ejecutarla coactivamente de inmediato, *título ejecutorio*. "El vocablo deriva del despacho, que al declarar que había de cumplirse la sentencia, permitía que se hiciere ejecutar en la persona o en bienes del deudor, cuando en contra de ella ya no cabía recurso alguno" ([214]).

El interés para obrar de inmediato, cuando una sentencia no se cumple voluntariamente, corresponde al beneficiario, logrando en consecuencia dos características: la ejecución forzada del pronunciamiento y un título especial que lo habilita a tener un proceso específico.

Sin embargo, ambas condiciones no son paralelas ni tienen las mismas singularidades.

En efecto, mientras la aptitud para forzar el cumplimiento de una sentencia depende del interés y de la legitimación en quien lo pide; el proceso que se activa no responde a un modelo particular. Esto último se vé con cierta claridad en las resoluciones que son ejecutables (arts. 499 y 500 del Código Procesal), y en los trámites que distinguen la ejecución de dar sumas de dinero (art. 502, CPC), la condena a escriturar (art. 512, CPC), la obligación de hacer (art. 513, CPC), el deber de omisión (art. 514, CPC), la condena a entregar cosas (art. 515, CPC), las liquidaciones en casos especiales (art. 516, CPC) y aun la ejecución de sentencias y laudos extranjeros (arts. 517 y ss., CPC).

2. La formalidad del proceso civil.

El primer requisito para que se pueda ejecutar una sentencia es que la misma esté consentida; y a su turno, el primer presupuesto para que lo esté es que se le haya notificado sobre todo a la parte que resultó condenada, en el domicilio constituído en los autos. Tiene así suma importancia que la sentencia se encuentre consentida o ejecutoriada.

---

[213] **.** Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Respuestas Procesales*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1991, págs. 17 y ss.

[214] **.** Podetti, J. Ramiro, *Tratado de las ejecuciones*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1952, pág. 445.

La dualidad que antes mencionamos se observa en que sólo pueden actuar en esta vía rápida y expedita aquellos en cuyo favor la resolución se ha dictado, sus continuadores o subrogantes y en contra del demandado y sus sucesores. Fuera de estos casos, la sentencia es un título inhábil para ejecutar por falta de un presupuesto procesal como es, en la primera hipótesis, el de la identidad de la persona del actor con la del titular del derecho; y en el segundo, el de la identidad de la persona del obligado con la demandada.

El otro aspecto, referido al trámite a cumplir, a pesar de las diversidades de objeto (dar, hacer o no hacer), tiene una línea vertebral que no es posible desandar o confundir, pues de otro modo, se vulnera el principio de bilateralidad y contradicción que la compulsoriedad no elimina.

Estos requisitos insoslayables son: la notificación de la sentencia, el embargo (o en su caso, el apercibimiento de actuar a su costa) y la citación para oponer excepciones.

No existe en la especie posibilidad de obviarlos, por las razones siguientes.

Tratándose la ejecución de sentencia de una *condena al pago de cantidad líquida o fácilmente liquidable,* no le corresponde al beneficiario intimar al deudor, pues esta formalidad típica del juicio ejecutivo (necesaria para la constitución en mora) se encuentra cumplida desde la fecha de notificación de la sentencia que se ejecuta, o bien desde la comunicación del auto que aprueba la liquidación formulada como consecuencia de dicha sentencia.

Asimismo, en estos pasajes acelerados no corresponde diligenciar mandamiento de intimación alguno porqué la ley no lo prevé y por cuanto esto se encuentra suplido con la notificación de la sentencia de condena.

A diferencia de lo que ocurre en el período de conocimiento del juicio ejecutivo, es nulo el procedimiento de ejecución de sentencia si no hay embargo previo, pues su inexistencia deriva en la imposibilidad de tener un objeto sobre el cual pretender forzar el cumplimiento.

Precisamente, el trámite del embargo es un requisito esencial e ineludible en el procedimiento que se describe, por cuanto la ejecución de concreta en la realización de los bienes cautelados para el pago del crédito al acreedor.

Si la ejecución, en cambio, versa sobre *el requerimiento para escriturar*, el interés prevaleciente de la ley es el de conseguir el cumplimiento específico de la obligación, y en ese orden de cosas, en el juicio de escrituración, la pretensión no se compadece con la imposición de las sanciones contenidas en el art. 37 del Código Procesal -astreintes-, sino con la efectivización del apercibimiento que contempla el art. 512 del mismo ordenamiento, que dispone que si no cumple el obligado el juez suscribirá por él y a su costa la escritura.

Cuando la ejecución se ocupa *de las condenas a hacer* alguna cosa, no se requiere tampoco la constitución en mora. Producido el incumpliento con el transcurso de los plazos fijados en la sentencia, corresponde solicitar el cumplimiento por un tercero o la resolución en daños y perjuicios. Esto último con caracter subsidiario pues depende del resultado que manifieste del deudor

el cual, si torna de imposible satisfacción, permite entonces perseguir la reparación económica.

Si la ejecución pretende que se cumpla la *condena a entregar cosas* los pasos anticipados son similares, aunque el artículo 515 del código procesal no ha reglamentado el derecho que la ley de fondo confiere al acreedor de hacerse procurar por otro lo que le es debido; sin embargo, ello es procedente tanto en las obligaciones de hacer en las que fuera necesario ejercer violencia sobre las personas o se trate de obligación que sólo puede ser cumplida por el deudor. Este principio se orienta dentro de la tendencia de auspiciar el cumplimiento específico de la obligación, antes que acudir a la solución de los daños y perjuicios.

Como se ve, los trámites dependen del objeto que se pretenda, aunque responden a la misma idea de actuar con rapidez sin quebrar el derecho de defensa.

3. La informalidad en la etapa forzada

El interrogante que plantea la síntesis del estudio, es el siguiente ¿es posible sustituir las rigideces procesales a través de medidas que tienen la misma intención pero, difieren de las consagradas en los códigos ?.

Apurando conclusiones advertimos que la naturaleza sustitutiva, complementaria, o subsidiaria de un acto no es incompatible con su carácter ejecutivo (v.gr.: cuando se adjudican bienes al acreedor en pago -art. 562, CPC, 1196 Cód. Civil, entre otros).

El mismo código en el artículo 511 establece las facultades del juez para decidir las modalidades de la ejecución o su adecuación a las conveniencias de cada caso.

En la provincia de Buenos Aires, el art. 534 del Código Procesal admite una audiencia entre las partes para lograr una solución pacífica, sin violencias (doctrina del art. 629 del Cód. Civil), que prioriza la satisfacción del crédito antes que el forzamiento a ello.

En esta línea, confrontaremos cada paso resuelto como ineludible en el trámite de ejecución de sentencias con aquellos otros que sin resultar específicos cumplen una función similar.

El primer supuesto concurre para **la notificación o emplazamiento** a cumplir la condena impuesta.

Ya observamos que una de las coincidencias en los trámites compulsorios radica en el acto de notificar la sentencia, de modo que este paso no debe faltar pues de otra manera la decisión no quedaría firme ni en condiciones de ser ejecutoriada.

El siguiente movimiento depende de la condena, al punto que la falta de un embargo limita la continuidad de la vía, o la ausencia de intimación vulnera el derecho a tomar resoluciones a costa del ejecutado.

La norma común que ejemplifica el caso es el art. 505 que dice: *"Trabado el embargo se citará al deudor para la venta de los bienes*

embargados. Las excepciones deberá oponerlas y probarlas dentro del quinto día".

Si no fuera una condena a dar sumas de dinero, y encuadre en las posibilidades donde debe intimarse previamente para obrar a costa del ejecutado, la normas guía es el art. 511 que expresa: "*A pedido de parte el juez establecerá las modalidades de la ejecución o ampliará o adecuará las que contenga la sentencia, dentro de los límites de ésta".*

Los límites referidos se relacionan, por ejemplo, con el supuesto de una sentencia que si manda a cumplir una obligación de hacer, el ejecutante pretende en la etapa de cumplimiento forzado lograr que se transforme en la entrega de sumas de dinero, lo que es incorrecto porqué se aparta de lo previsto en el citado art. 511, y del principio de congruencia (arts. 34 inciso 4°, y 163 inciso 6° del CPC).

Entre otros supuestos, se ha explicitado que si la actitud remisa de la accionada es ya una realidad concreta y si su voluntad de no cumplir acabadamente con la condena que se le impusiere se vislumbra en atención al tiempo transcurrido desde que ésta quedara firme, el juzgado de grado, frente a la petición de la parte interesada, debe arbitrar las medidas necesarias para hacer cumplir su mandato jurisdiccional ([215]).

En suma, *el juez actuando con pragmatismo y realidad puede adecuar las etapas y las medidas del procedimiento de ejecución de sentencias para lograr en ella una plena efectividad, dentro de ese marco potestativo el límite es la congruencia y una adecuada moderación, y una expresa flexibilidad de las formas que permite tener por cumplidos actos procesales que se presentan en el ordenamiento adjetivo bajo cierta rigidez que no es tal.*

---

[215] . Cfr. Colombo, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo III, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969, pág. 796.

LA JUSTICIA DEL CASO EN LAS LIQUIDACIONES JUDICIALES

Comentario a fallo

1. Por vía de principio el recurso extraordinario no procede contra las providencias simples o interlocutorias que resuelven temas de derecho procesal, tal como acontece en el *sub lite* con la liquidación judicial presentada.

Sin embargo, la Corte habilita el tratamiento excepcional cuando a través de la denegatoria al recurso de hecho podría generar una injusticia notoria de imposible o tardía reparación ulterior.

2. En otras oportunidades hemos sostenido que si los jueces descubren un error de cálculo o aritmético en la liquidación practicada, y no la modifican, incurrirían en falta grave, pues estarían tolerando la consagración de una gravísima lesión a los derechos del justiciable, cuya única fuente de derecho obraría sobre el error ([216]).

Tal circunstancia acontece en autos, donde la Corte aun advirtiendo la improcedencia del remedio intentado, permite considerar uno de los aspectos del recurso traído a fines de impedir que la cuenta final se convalide, aceptando en consecuencia, su irracionalidad y prescindencia del contexto económico donde se inscribe.

3. Las facultades jurisdiccionales que perciben la sensibilidad fáctica, por encima de los ritualismos acongojantes que padece el Código Procesal, son puestos en marcha en el decisorio comentado, sobre el presupuesto contextual de los principios de abuso del derecho, buena fe, y orden público analizado.

Es evidente, también, que pudo echarse mano al sistema pergeñado en la nueva Ley 24.283 cuando en el artículo 1º dispone que :"*Cuando deba actualizarse el valor de una cosa o bien o cualquiera otra prestación, aplicándose índices, estadísticas u otro mecanismo establecido por acuerdos, normas o sentencias, la liquidación judicial o extrajudicial resultante no podrá establecer un valor superior al real y actual de dicha cosa o bien o prestación, al momento del pago. La presente norma será aplicable a todas las situaciones jurídicas no consolidadas*".

---

[216]. Cfr. Gozaíni, Osvaldo A., *Respuestas Procesales*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1991, pág. 103

JURISPRUDENCIA

CS, febrero 8-1994-- Caja de Crédito Flores Sud Sociedad Cooperativa Limitada c.Coelho, José y otra.

Buenos Aires, 8 de febrero de 1994. Vistos los autos “Recurso de hecho deducido por José Coelho y Coelho S.A.C.I.I.F. y A. en la causa Caja de Crédito Flores Sud Sociedad Cooperativa Limitada c. Coelho, José y otra”, para decidir sobre su procedencia.

Considerando: 1º Que contra la sentencia de la sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial que - al confirmar la de primera instancia- aprobó la liquidación practicada por la actora, la ejecutada interpuso el recurso extraordinario cuya denegación origina esta presentación directa.

2º Que el Planteo de la recurrente referente al método - utilizado por la acreedora- de determinar el interés mediante la proyección de la tasa vigente al inicio de cada período de treinta días, sin considerar las variaciones experimentadas durante ese lapso, no justifica el otorgamiento de la apelación del art.14 de la ley 48, pues se vinculan cuestiones que por su carácter fáctico y de derecho común, resultan propias de los jueces de la causa y ajenas a la instancia extraordinaria.

3ºQue, asimismo, corresponde desestimar por idéntico fundamento la queja de la apelante relacionada con la aplicación de la tasa activa respecto de la liquidación practicada hasta el 20 de julio de 1988, pues la fijación de dicho interés en la sentencia de trance y remate había tenido por objeto recomponer el valor del capital originario, sin perjuicio de que el tribunal adoptase en su oportunidad medidas conducentes por el lapso posterior a la entrada en vigencia de la ley 23.928.

4ºQue, en cambio, el restante agravio de la demandada suscita cuestión federal para su conocimiento en la vía intentada, pues aunque remite al examen de cuestiones fácticas y de índole procesal, ajenas - como regla y por su naturaleza- a la instancia extraordinaria, ello no es óbice para invalidar lo resuelto cuando con menoscabo de los derechos de propiedad y de defensa en juicio, la alzada se ha apartado de la realidad económica del caso y se ha desentendido de las consecuencias patrimoniales de su fallo.

5ºQue, en efecto, el magistrado de grado había dispuesto en la sentencia de trance y remate que el capital reclamado debía ser actualizado hasta el 30 de junio de 1988 de acuerdo al índice de precios mayoristas - no agropecuarios, nivel general- que publica el INDEC, y de allí en adelante según el interés que cobrara el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento a treinta días.

6ºQue la acreedora - al realizar su propia liquidación - procedió a capitalizar mensualmente los intereses respectivos mediante un procedimiento que fue admitido por el juez de

primera instancia en la resolución de fs. 305/306, en la cual, sin embargo, desestimó la impugnación de la acreedora de fs. 270/273 y aprobó el cálculo de la deudora formulado en su presentación de fs. 255/25.

7ºQue la cámara -ante la apelación de la demandante- estimó que había existido contradicción entre los fundamentos y la parte dispositiva de la resolución recurrida que correspondía revocarla por ese motivo y que, además, debía mantenerse el criterio adoptado por la acreedora que tenía sustento en el plenario del fuero comercial dictado en los autos “Uzal S.A. c. Moreno, Enrique” del 15 de agosto de 1989.

8ºQue, a tal efecto, la alzada no consideró apropiadamente las afirmaciones de la demandada - formuladas en su responde a la expresión de agravios de la contraria- que había destacado que en el caso de admitirse la revocatoria del fallo por su autocontradicción, correspondía declarar la nulidad del pronunciamiento apelado porque de lo contrario afectaría su derecho a la doble instancia y se menoscabaría el principio de la bilateralidad del proceso.

9ºQue al hacer sólo referencia a los defectos lógicos del fallo apelado el *a quo* aceptó la tesis de la actora y adoptó una perspectiva ritualista en la consideración del caso, sobre todo cuando la recurrente había demostrado -en anteriores presentaciones- el exceso a que llegaba la liquidación practicada por el acreedor mediante la capitalización de los intereses utilizada, así como la violación del entonces vigente artículo 623 del código civil.

10ºQue, asimismo, el tribunal no ponderó la posibilidad de que la aplicación del anatocismo condujera -por las características del caso y por las tasas de interés correspondientes a aquel momento- a un resultado irrazonable y prescindente de la realidad económica que tuvo en mira determinar, con apartamiento de la necesaria relación entre el monto reclamado y el quantum de la liquidación practicada por la acreedora.

11ºQue, en consecuencia, al concluir la liquidación - por capitalización de intereses de breves lapsos- en un resultado que quiebra toda norma de razonabilidad, violenta los principios establecidos en los arts. 953 y 1071 del código civil y desnaturaliza la finalidad de la pretensión entablada, la solución impugnada no puede ser mantenida so color de un supuesto respecto al principio de cosa juzgada establecida en la sentencia de trance y remate (confr.causa G.229XXIV “García Vázquez, Héctor y otro c. Sud Atlántica Compañia de Seguros S.A.”, del 22 de diciembre de 1992 DE, 152-184). Tal temperamento, por otra parte, no importa necesariamente un detrimento sustancial del crédito en tanto pueda demostrarse, oportunamente, la insuficiencia del interés bancario - correctamente computado - para compensar el deterioro del poder adquisitivo de la moneda durante el lapso de que se trata. (Fallos, 308-2376; 310-449;311-2152).

12ºQue, finalmente, no corresponde resolver respecto al tema planteado por la demandada acerca de la validez del depósito por ella efectuado a fs. 254, puesto que tal pago fue tenido presente por el juez de primera instancia “hasta la suma adecuada”(ver fs. 306 vta., punto 2º), sin que hubiera mediado, sobre ese aspecto, revocatoria expresa de la alzada en la resolución de fs. 395/396.

13ºQue, en tales condiciones, las garantías constitucionales que se invocan como vulneradas guardan relación directa e inmediata con lo resuelto (artículo 15 de la ley 48), por lo que corresponde descalificar la sentencia como acto jurisdiccional.

Por ello, se declara procedente el recurso extraordinario con el alcance indicado y se deja sin efecto la sentencia. Con costas según el art. 71 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Vuelvas los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Agréguese la queja al principal. Reintégrese el depósito. Notifíquese y remítase.- *Enrique S. Petracchi.- Julio S. Nazareno.- Ricardo Levene (h).- Augusto César Belluscio.- Eduardo Moliné O’Connor.*

LAS COSTAS EN EL JUICIO EJECUTIVO

Comentario a fallo

1. Llega a nuestras manos el fallo dictado por la Cámara 5° de Apelaciones en lo Civil y Comercial de la ciudad de Córdoba, por el cual sostiene nuestro parecer respecto a que en el juicio ejecutivo no es posible establecer exenciones basadas en apreciaciones subjetivas, pues si el instrumento que da base a la acción tiene una limitada posibilidad de prueba y debate, restringiendo consecuentemente las excepciones disponibles; con mayor razón, el régimen de costas debe ser también especifico y severo ([217]).

2. Este criterio lo pone en practica el art. 864 del Código procesal civil de dicha provincia. En nuestra Capital, la disposición coincidente es el art. 558 cuando sostiene que "*Las costas del juicio ejecutivo serán a cargo de la parte vencida, con excepción de las correspondientes a las pretensiones de la otra parte que hayan sido desestimadas*".

Sin embargo, el régimen general en materia de costas en la provincia de Córdoba (art. 356 y ss) está desplazado por el art. 864, al establecer las siguientes pautas:

- Se imponen las costas al ejecutado cuando la ejecución se manda llevar adelante, a excepción de que habiendo alegado y probado la *plus petitio* hubiera consignado al tiempo de convocarla la cantidad realmente debida;
- Se imponen los gastos casuidicos al ejecutante cuando se rechaza la ejecución (que es el supuesto de autos);
- Se distribuyen las costas abonando cada parte las causadas a su instancia cuando se declara la nulidad de todo o parte del procedimiento, a no ser que hubiese mérito para imponerlas a cada una de ellas por haber litigado con temeridad o por vía de corrección disciplinaria al funcionario que hubiera dado lugar a la nulidad de procedimiento[218].

3. Ahora bien, el caso que anotamos muestra a un ejecutante que se allana a la defensa de prescripción y que, ante la imposición de costas, sostiene su improcedencia basándose en la interpretación de que la deuda existe y de que de haber prosperado el reclamo el ejecutado habría tenido que resolver el pago de los gastos.

Como la prescripción de la deuda originaría un crédito facultativo o, en otros términos, una obligación natural, la deuda persiste sobre quien es el que debe cargar con las costas procesales.

---

[217]. Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, Costas Procesales, editorial Ediar, Bs. As., 1990, paginas 415 y ss.

[218]. Martinez Crespo, Mario, Código de Procedimientos Civil y Comercial de la Provincia de Córdoba, editorial La Ley, Buenos Aires, 1988, pag. 359; cfr. Gozaini, Ob. cit.,pág. 417.

4. El allanamiento del actor produce una inmediata consecuencia: el sometimiento voluntario a las razones argumentadas en la resistencia. Por ende adquiere calidad de vencido y siendo que las costas constituyen un resarcimiento debido a la vencedora por los gastos que le ocasionó el litigio, es indudable que deben ser impuestas al accionante.

Como hemos visto el principio que rige en materia de costas en el juicio ejecutivo, se ajusta al criterio general que impera el vencimiento puro y simple; y que en orden al allanamiento dispensa los gastos casuidicos a quien, sin dar motivo para la promoción del litigio, se allanan en forma incondicionada, oportuna, total y efectiva. De conformidad con lo expuesto; si el ejecutado a raíz de una excepción de prescripción reconoce la perdida de su derecho creditorio el principio objetivo de la derrota solo podría ceder en el caso en que demostrara haber tenido razones suficientes para imponer la demanda.

5. La posibilidad que tiene el juez para atender esas razones son limitadas, pero nunca deben perder de vista la justicia del caso.

En autos, se observa, antes que una situación de justicia o equidad, una estrategia procesal mal encausada, y criteriosamente la revela el Dr. Andruet en su meduloso fallo.

Si la acción se promueve como ejecutiva, el curso de las costas debe seguir su rumbo, sin poder torcerlo una cuestión diferente, que si bien puede argumentar la causa de un reclamo posible y optativo, es diferente al que se eligió liminarmente.

JURISPRUDENCIA

DOCTRINA DEL FALLO

C 5°, CC Córdoba, junio 27, 1995 - Caja de Previsión y Seguridad Social de Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba c. Clínica Privada Parque - apremio-.

1.- El art. 356 bis del Código procesal de la provincia de Córdoba que ordena un régimen de excepción para la imposición de costas en los juicios declarativos, deviene inaplicable en los juicios de apremio cuyo tramite se ordena por todas aquellas disposiciones que correspondan al juicio ejecutivo, con un régimen de costas propio y especifico, previsto por el art. 864 del mismo cuerpo legal.

2.- El régimen de costas propia y especifico que prevé el art. 864 del Código procesal de la provincia de Córdoba, es solo un reflejo más de las propias particularidades que el mismo trámite del juicio ejecutivo posee respecto a los procesos de conocimiento.

3.- Después del fracaso en la ejecución que se intentara por vía de un juicio de apremio, resulta inexorable que las costas sean impuestas al ejecutante (en el caso de autos, se impusieron a la

actora, quien se allanó a la excepción de prescripción opuesta por el ejecutado).

4.- En materia de juicio ejecutivo, según surge de los propios términos del art. 864 del Código de procedimientos de la provincia de Córdoba, las costas se imponen siempre al vencido, sea al ejecutado a quien se condena, sea el ejecutante a quien se le rechaza la acción.

5.- La circunstancia de que la obligación que se intentara ejecutar se hubiera convertido en una obligación natural con motivo de la prescripción operada, no influye en la imposición de las costas a la actora por haberse allanado a la excepción de prescripción opuesta por el ejecutado, pues tal imposición se funda en haber resultado vencida con independencia de la naturaleza que posea la obligación.

6.- De una lectura atenta y adecuada del art. 505 del Código civil, surge que las obligaciones naturales no confieren acción para exigir su cumplimiento; razón por la cual, quien promovió una acción judicial para su cobro sabiendo que era una obligación natural, evidentemente equivocó la estrategia procesal, y por ello mismo se convierte en vencida.

7.- Las observancias que realiza la apoderada de la Caja de Previsión y Seguridad Social de los Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba, relacionadas con la labor y características de la dinámica que ejecuta la referida institución, con el fin de impugnar la resolución que le impuso las costas del juicio de apremio por haberse hallando a la excepción de prescripción articulada por el ejecutado, resultan fuera de contexto en la causa, y en todo caso deberán ser presentadas a quien demande las mismas. Ello es así, pues el Tribunal de Alzada juzga la causa, otorgando debidamente a cada quien lo que le es suyo, *iustitita suum cuique distribuit*.

Fallo in extenso

En la ciudad de Córdoba, a 27 días del mes de junio de 1995, se reunieron en acuerdo público los señores vocales de la Excma. Cámara 5° de apelaciones en lo Civil y Comercial con el objeto de dictar sentencia en los autos caratulados: “Caja de Previsión y Seguridad Social de Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba c. Clínica Privada Parque, apremio”, venidos en apelación del juzgado de primera instancia y vigésimo tercera nominación en lo civil y comercial, en contra de la sentencia número 957 de fecha 13/12/95, cuya parte resolutiva dice: I) Hacer lugar a la excepción de prescripción. II) Tener por allanada a la actora. III) Imponer las costas a la actora a cuyo fin se regulan los honorarios del DR. P.J.A. en la suma de pesos ..... y los de la Dra. A.C.F.; en la suma de pesos ..... Protocolícese.

Este tribunal en presencia de la Actuaria se planteó siguientes cuestiones a resolver: 1° ¿Es procedente el recurso de apelación

interpuesto por la parte actora? - 2° ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?.

Realizado el sorteo de la ley emisión de los votos resultó en el siguiente orden: Dr. Armando Segundo Andruet (h). Dr. Abraham Ricardo Griffi, Dra. Nora Lloveras.

El señor vocal Dr. Armando Segundo Andruet (h) a la primera cuestión planteada dijo:

En contra de la sentencia n° 957 del 13/12/95, dictado por la señora Juez de primera instancia y vigésimo tercera nominación en lo civil y comercial, interpone curso de apelación la parte actora que le fuera concedido mediante proveído de fs. 26 vta. Radicados en los autos en la alzada e impreso el tramite de ley, expresó agravios la parte actora a fs. 29/31, siendo contestados por su contraria a fs. 32/34 vta.; firme el decreto de autos (folios 35) a quedado la causa en estado de ser resuelta.

La sentencia apelada contiene una relación de causa que satisface las exigencias del art. 350 del CPC, razón por la cual a ella me remito a efectos de abreviar.

La parte actora por intermedio de su apoderada A.C.F. se agravia en cuanto que la resolución al resolver el allanamiento de la representada a la excepción de prescripción opuesta por la demandada, condena en costas a su mandante. Sostiene la quejosa que debe ser eximida de costas porque la deuda realmente existía, y en consecuencia de haber sido honestamente reconocida por la deudora, hubiera sido ella condenada a abonarlas. En efecto, lo reclamado en autos se trata de una obligación natural. Es decir, que no ha existido un reclamo injusto, o culpable, sino que la deuda es real, y si el demandado la hubiera pagado espontáneamente dicho pago seria valido y el mismo no tendría acción de repetición por lo abonado.

Sigue diciendo que, “Realmente sería injusto que una entidad sin fines de lucro como la Caja de Previsión y Seguridad Social de Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba, que evidentemente persigue un fin social, y que padece un alto grado de evasión, se vea además perjudicada, al ser obligada a abonar costas por reclamar ante una evasión de aportes, que realmente existió. Para ilustrar al tribunal, cabe aclarar que es muy dificultoso el contralor de los aportes, por cuanto hay que revisar juicio por juicio de todos los juzgados debido a la falta de conciencia previsional que tienen muchos de nuestros colegas. El letrado de la demandada debería comprender que al perseguir el cobro de las deudas de este tipo, su caja de previsión solamente esta cumpliendo con un deber de defender los intereses de los afiliados” (fs. 30 vta.).

A su turno la parte demandada por intermedio de su apoderado Dr. P.J.A. solicita el rechazo de la apelación y la confirmación de la resolución con costas.

La actora se ha quejado por l imposición de las costas que la ha sido impuesta por la señora juez, en atención a resultar ser la vencida en el pleito. Solicita la aplicación del régimen previsto en el art. 356 bis del CPC, en atención al allanamiento

que tal parte ha prestado a la excepción de prescripción que la demandada opusiera a la pretensión. La sentencia que ha sido apelada resuelve correctamente el punto en orden a la imposición de las costas a la actora vencida. La recurrente -deliberadamente o no- solicita que se le aplique el art. 356 bis que ordena un régimen de excepción para la imposición de costas en los juicios declarativos y que por tal razón deviene por imposibilidad jurídica aplicarlo al caso concreto, más allá, de que tampoco se puedan encontrar conformados en los obrados los extremos fácticos que la mencionada regla de derecho exige como cuestión susceptible para la eximición de las costas.

El presente pleito es u juicio de apremio y en cuya consecuencia se ordena su tramite por todas aquellas disposiciones que correspondan al juicio ejecutivo (arg. Arts. 373 y 371 del CPC), razón por la cual, al no ser uno de la clase declarativa, su régimen de costas es propio y especifico, el que a la sazón está ordenado en el mismo art. 864 inc. B. De allí es suficiente para tener claro, que de haber dictado la resolución en la forma que la recurrente ahora pretende, ella habría sido fácilmente tachada de contra legem en dicho punto al menos.

Tal imposición especifica en cuanto al régimen de las costas en los juicios ejecutivos y de apremio, es solo un reflejo más de las propias particularidades que el mismo tramite del juicio ejecutivo posee respecto a los procesos de conocimiento, por lo cual no debe haber razón para el asombro.

Si el instrumento sobre el cual se ordena una ejecución es de restringida discusión y la defensa se limita notoriamente, el régimen de las costas también debe ser especifico y severo (cfr. Gozaíni, o.; *Costas Procesales*, Ediar, Bs. As. 1990, pag. 415).

Puesto sobre la norma de aplicación en el caso, resulta inexorable que después del fracaso en la ejecución, las costas sean impuestas al ejecutante, tal como lo ordena el art. 864 del CPC. Se ha sostenido en reiterada doctrina y jurisprudencia que "en materia de juicio ejecutivo según surge de los propios términos del art. 864 las costas se imponen siempre al vencido, sea al ejecutado a quien se condena, sea al ejecutante a quien se le rechaza la acción" (Ramacciotti, H.;) "*Compendio de Derecho Procesal Civil y Comercial de Córdoba*", Editorial De Palma, Bs. As. 1980, Tomo 2, pag. 401).

Tal argumento es ya suficiente para rechazar la apelación intentada, de todas maneras, atento a que el recurrente ha insistido largamente en el carácter de obligación natural que la deuda tiene, y que el hecho de estar ella prescrita no la afecta en cuanto a su propia existencia y que de allí devendría la correspondiente eximición costas; corresponde señalar que el carácter civil o natural que la obligación posea no es en el caso lo que determina el régimen de la imposición de las costas, pues ella se funda, como se ha dicho en haber sido vencida la actora.

Por contrario una adecuada y atenta lectura al mismo art. 505 del Código Civil que ha sido transcripto por la recurrente diluye la misma argumentación de la parte, pues si las obligaciones naturales se fundan en el derecho natural y la

equidad y no confieren acción para exigir su cumplimiento, con lo cual quien promovió una acción judicial para su cobro sabiendo que eran naturales indudablemente que equivocó la estrategia procesal y por ello mismo, se convierte luego en vencida.

La obligación natural tiene una vida extra jurídica, hasta que su cumplimiento por el deudor la revela al derecho, y es en cierto modo reconocida por este, con efecto retroactivo, dado que al admitir el pago como valido implica reconocer la previa existencia de la obligación.

Solo goza de la protección que puede derivar de la voluntad del obligado el cual, pagando, reconociendo o garantizando, renuncia a la protección que el ordenamiento le brindaba y pone en movimiento, a favor del titular de la obligación natural, todo el aparato protector del derecho positivo, tratándose de un problema de iniciativa, revelándose que es una obligación civil condicionada (cfr. Rodríguez, Arias Bustamante l.; *"La obligación natural"*, Reus, Madrid 1953, pag. 110; también nuestro art. *"Derecho Positivo, Equidad, Derecho Natural"*, ED, 126 - 875).

Por último, las observaciones que realiza a propósito de la labor y características de la dinámica que ejecuta la Caja de Previsión y Seguridad Social de Abogados y Procuradores de la Provincia de Córdoba, resultan fuera de contexto de la causa y en todo caso, deberán ser presentadas a quien demandan las mismas. Este tribunal de alzada juzga la causa, otorgando debidamente a cada quien lo que le es suyo, iustitita suum cuique distribuit (Cicerón, De Officiis).

Corresponde imponerle las costas en la segunda instancia a la actora vencida. Regular los honorarios del Dr. P.J.A. y a la Dra. A.C.F. (arg. Art. 34, 78 y 120, ley 8226). El señor vocal Dr. Abraham Ricardo Griffi a la primera cuestión planteada:

Que adhiere, por ajustarse a derecho, al voto emitido por el señor vocal preopinante.

La señora vocal Dra. Nora Lloveras, a la primera cuestión planteada dijo:

Que adhiere a los fundamentos y conclusiones arribados por el Dr. Armando Segundo Andruet (h), votando en idéntico sentido.

El señor vocal Armando Segundo Andruet (h), a la segunda cuestión planteada dijo:

Propongo: I) Rechazar el recurso de apelación interpuesto en contra del auto interlocutorio número 957 del 13/12/95 y en consecuencia confirmar el mismo en todo en cuanto decide, con costas a la actora vencida. II) Regular los honorarios del Dr. P.J.A. y la Dra. A.C.F.

El señor vocal Dr. Abraham Ricardo Griffi, a la segunda cuestión planteada dijo:

Que adhiere, en un todo el voto emitido precedentemente.

La señora vocal Nora Lloveras, a la segunda cuestión planteada dijo:

Que adhiere, por ajustarse a derecho, al voto emitido por el Dr. Andruet (h).

Por el resultado de la votación precedente, se resuelve:

Rechazar el recurso de apelación interpuesto en contra del auto interlocutorio número novecientos cincuenta y siete del trece de diciembre de mil novecientos noventa y cinco y en consecuencia, confirmar el mismo en todo en cuanto decide, con costas a la actora vencida.-

Regular los honorarios del Dr. P.J.A. y a la Dra. A.C.F. Protocolícese, hágase saber y bajen. *Armando Segundo Andruet (h). Abraham Ricardo Griffi. - Nora Lloveras*.

LA EJECUCION PROVISIONAL EN EL PROCESO CIVIL

Sumario. 1. Nociones generales; 2. La doble instancia como garantía constitucional; 3.El efecto suspensivo del recurso; 3.1.La justificación histórica del carácter suspensivo;3.2. El efecto suspensivo en el derecho latinoamericano;3.3. La ejecución provisional en sus modelos más conocidos; 4. La naturaleza jurídica de la sentencia impugnada; 5. Características de la ejecución provisonal; 6. Clases de ejecución provisoria; 7. Una duda a despejar: Naturaleza ejecutiva o tutela cautelar?; 8. Objeto de la ejecución provisional; 9. Admisión y procedencia de la ejecución provisional; 10. La condena en costas; 11. Presupuestos de la ejecución provisoria; 11.1. Sentencia condenatoria; 11.2. La instancia de parte; 11.3. Fianza; 12. El procedimiento en el ejecución provisional; 12.1. El órgano competente; 12.2. Legitimación procesal. La cosa juzgada; 12.3. La pretensión ejecutiva. Presupuestos; 12.4. El tiempo para deducir la solicitud; 13. Efectos de la resolución que despacha el pedido de ejecución provisional.

1. Nociones Generales

Por ejecución provisional se entiende la facultad que tiene la parte para requerir el cumplimiento de una sentencia condenatoria que aun no se encuentra firme.

Esta modalidad reconoce antecedentes en la Ley de Enjuiciamiento Civil española, se aplica en Francia (l´exécution provisorie), Italia (esecuzione provisoria) y Alemania (art. 704 Z.P.O.), siendo recepcionada en el código procesal civil modelo para iberoamérica, sin perjuicio de citar, más adelante, otras proyecciones del instituto.

Sin embargo, la idea que reposa en la celeridad procesal y en la satisfacción inmediata que consigue quien ha logrado el reconocimiento de sus derechos dictada la sentencia favorable, no tiene una lectura común en los sistemas procesales.

En efecto, es posible constatar en varios ordenamientos adjetivos, el carácter general que se asigna al efecto suspensivo del recurso interpuesto, de forma tal que la impugnación impide, inmediatamente, anticipar el cumplimiento de la sentencia.

Quizá, pervive en esta regla la ilusión que lleva la garantía de la doble instancia, o la seguridad jurídica que se obtiene cuando un pronunciamiento impugnado se revisa en una instancia superior.

En cualquier caso, entonces, resulta preciso observar la dinámica de la ejecución provisional a tono con algunos principios procesales y también en su perspectiva pragmática.

2. La doble instancia como garantía constitucional

El derecho procesal concibe a la celeridad como uno de sus principios elementales para la eficacia y seguridad de la justicia. No obstante, al lado de este presupuesto fundamental determina como regla la doble instancia en los procesos.

El interrogante sería ¿es la doble instancia una garantía constitucional?

Generalmente, la respuesta es negativa, en la medida que lo importante del caso es contar con una instancia efectiva que tutele de manera rápida, expedita y motivada cada uno de los actos que componen el proceso hasta arribar a la sentencia. Pero como dicha prontitud queda adormecida por otros consabidos preceptos inalterables (V.gr.: bilateralidad y contradicción), la duración auténtica es absolutamente inusitada.

El principio de celeridad está pensado en la dimensión de la rapidez misma del procedimiento, y en la ejecutividad inmediata de las resoluciones judiciales. No obstante, por esas cosas inevitables del "acostumbramiento" forense, la lentitud supera el dogma pensado, y las demoras son palmarias y evidentes para constituir un tema recurrente en la preocupación del jurista.

El fenómeno no es actual. Se reproduce por tradiciones vernáculas y en cualquier sistema adscripto. Ello se observa en los procedimientos orales y en los escritos.

Como el problema trasciende el reducido espacio de la controversia individual se ha ganado campo en declaraciones internacionales que proclaman la seriedad del caso. El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (Nueva York), se ocupa del mismo en el artículo 14, apuntando esencialmente a las demoras suscitadas en los procesos penales, donde cabe agregar, aparece apuntalado el principio de la doble instancia.

Esta convención se refiere al juzgamiento "sin dilaciones indebidas", frase que también adopta la Constitución española en el artículo 24.2 y que llevó a interpretarla como un "derecho a la jurisdicción" vinculado al tiempo en que debe prestarse el servicio judicial, comprendiendo por tal el "plazo razonable" en que las personas reclaman el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos.

Por eso, dijo el Tribunal Constitucional español, "el ámbito temporal en que se mueve el derecho a la tutela efectiva de los jueces y tribunales lo viene a consagrar el párrafo segundo del artículo 24 de la Constitución, al hablar de un proceso público sin dilaciones indebidas, y aunque pueda pensarse que por el contexto general en que se utiliza esta expresión sólo está dirigida en principio a regir en los procesos penales, ello no veda que dentro del concepto general de la efectiva tutela judicial deba plantearse como un posible ataque al mismo las dilaciones injustificadas que puedan acontecer en cualquier proceso" ([219]).

---

[219]. Cfr. Gonzalez Perez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*, editorial Cívitas, Madrid, 1984, pág. 128.

La misma intelección surge del artículo 6.1 del Convenio Europeo para la protección de los Derechos Humanos, al incluir los dos aspectos comentados respecto al derecho a la tutela judicial y a la rapidez en los procedimientos (toda persona tiene derecho a que su causa sea oída...dentro de un plazo razonable) ([220]).

También expresan idéntico interés por la rapidez judicial, la Convención Americana sobre los Derechos Humanos, con sus estatutos y reglamentos respectivos, y se incorporan en las nuevas constituciones latinoamericanas como un derecho subjetivo público.

La distancia pretendida entre el proceso penal y el proceso civil, puede comprenderse en la medida que ocupe la libertad de las personas; pero no significa más que ello pues los derechos e intereses sustanciados en causas de naturaleza civil tienen la misma proyección fundamental de respeto y eficacia que la justicia debe asegurar por sus tribunales.

En suma, el derecho a la celeridad no supone sólamente el de ser juzgado o de sentenciar la causa en tiempos razonablemente justos. Para nosotros, involucra también el derecho a dar por expedita una situación que ha consolidado el derecho reclamado, evitando de ese modo las consecuencias gravosas y dañinas que surgen de la lentitud procesal ([221]).

---

[220]. El artículo 6 completo señala: 1. "Toda persona tiene derecho a que su causa sea oida equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley, que decidirá los litigios sobre sus derechos y obligaciones de carácter civil o sobre el fundamento de cualquier acusación en materia penal dirigida contra ella. La sentencia debe ser pronunciada públicamente, pero el acceso a la sala de audiencia puede ser prohibida a la prensa y al público durante la totalidad o parte del proceso en interés de la moralidad, del orden público o de la seguridad nacional en una sociedad democrática, cuando los intereses de los menores o la protección de la vida privada de las partes en el proceso así lo exijan o en la medida considerada necesaria por el Tribunal, cuando en circunstancias especiales la publicidad pudiera ser perjudicial para los intereses de la justicia.

2. Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada.

3. Todo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: a) a ser informado, en el más breve plazo, en una lengua que comprenda y detalladamente, de la naturaleza y de la causa de la acusación formulada contra él; b) a disponer del tiempo y las facilidades necesarias para la preparación de su defensa; c) a defenderse por sí mismo o ser asistido por un defensor de su elección y si no tiene medios para pagarlo, podrá ser asistido gratuitamente por un abogado de oficio, cuando los intereses de la justicia lo exijan; d) a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra; e) a ser asistido gratuitamente de un intérprete, si no comprende o no habla la lengua empleada en la audiencia".

[221]. Lograr una justicia oportuna depende del sistema donde y como se orquesta el procedimiento; y de medidas concretas de política económica. Las primeras responden a la crisis manifiesta que proyecta la transformación de las sociedades industriales y post industriales modernas que generan una nueva demanda de justicia, con un sentido de real y efectiva igualación, por encima de la sola igualdad formal, para posibilitar el desarrollo de la personalidad humana. Es a la luz de esta nueva demanda de justicia que debe interpretarse la filosofía política del "Estado social" o "promocional" o "welfare state" que se ha traducido en un enorme aparato de legislación económico social, consecuencia de la promoción y actuación de los "nuevos derechos sociales". Empero, esta cada vez más vasta y compleja función promocional del Estado moderno ha comportado, obviamente, formas de gigantismo

3. El efecto suspensivo del recurso

La segunda faceta que debemos comprender en miras a fundamentar las razones por las que pueda ejecutarse provisionalmente una sentencia de condena, radica en el carácter suspensivo que tienen los recursos.

Este efecto le priva de jurisdicción al juez de la instancia apelada mientras espera que el superior se pronuncie. Claro está que la imposibilidad de continuar el proceso se refiere únicamente a los temas o materias que hayan sido motivos de impugnación. También es cierto que los hechos indican que la suspensión alcanza a todo el proceso cuando no se tiene la precaución de conservar en la instancia liminar (apelada) copias de las actuaciones que permitan ejecutar las partes de la sentencia que hubieran alcanzado firmeza.

En nuestro país, por ejemplo, la regla prácticamente unánime entre la legislación vigente, es el efecto suspensivo, "*...a menos que la ley disponga que lo sea en el devolutivo*" (art. 243 apartado tercero del código procesal civil y comercial de la nación).

La excepción se encuentra en el art. 258 del mismo ordenamiento, que al reglamentar los efectos de la sentencia de un tribunal de alzada impugnado ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, mediante el recurso extraordinario, establece: "*Si la sentencia de la Cámara o tribunal fuese confirmatoria de la dictada en primera instancia, concedido el recurso, el apelado podrá solicitar la ejecución de aquélla, dando fianza de responder de lo que percibiese si el fallo fuera revocado por la Corte Suprema...*".

3.1 La justificación histórica del carácter suspensivo

La historia de la ejecución provisional coincide, o al menos se aproxima bastante, al devenir sufrido con el efecto suspensivo del recurso de apelación ([222]). El insuperable problema de igualar sentencia con cosa juzgada llevó a sostener la imposibilidad de ejecutar forzadamente un pronunciamiento que no fuese definitivo, esto es, que terminara el proceso e impidiera su continuación.

El derecho romano, poco afecto a las abstracciones dogmáticas que pergeñaban diferencias en la cosa juzgada según la causa pudiera o no reeditarse (*res judicata* formal o material), rechazó los obstruccionismos técnicos que paralizaban la ejecución inmediata; pero como esta situación era dependiente del grado de aceptación que tuviera el obligado (recordemos que en el *ordo iudicorum privatorum* las partes escogían un *iudex* particular y en el momento de trabarse la litis se obligaban a aceptar la sentencia), y más

---

gubernamental a menudo peligrosas y potencialmente agresivas. De ahí la constante búsqueda de nuevos instrumentos y métodos alternativos, para la racionalización y el control de tal aparato y, por consiguiente, para la protección contra los abusos que el mismo puede originar.

El segundo pilar reposa en las medidas de política social y económica que adapten la realidad del medio con las necesidades de justicia que la sociedad reclama.

No es únicamente el costo y la celeridad, sino la eficacia y la seguridad lo que se persigue en un estudio profundo de la elevación a rango constitucional o fundamental del derecho a un proceso rápido y expedito.

[222]. Caballol Angelats, Luis, *La ejecución provisional en el proceso civil,* editorial Bosch, Barcelona, 1993, pág. 104.

adelante (en tiempos del proceso extraordinario) debió esperarse el resultado del tribunal superior (*appellatione pendente nihil innovatur*), se optó por considerar conveniente el trámite de revisión que aseguraba la firmeza de la decisión y la inalterabilidad de la sentencia.

Son recién los glosadores quienes matizaron los fundamentos del efecto suspensivo al preocuparse sobre el carácter que tenía la sentencia mientras perdurase el trámite de apelación. Tema que enseguida trataremos.

El efecto suspensivo consagró la inejecutabilidad de las resoluciones judiciales hasta tanto no se expidiera el tribunal de alzada, aun cuando el juez apelado conserve facultades para decidir cuestiones accesorias o urgentes, sin que en ningún caso pueda con ellas innovar en los aspectos sustanciales de su pronunciamiento.

Con el derecho canónico comenzó a observarse ciertos perjuicios con la demora en ejecutar la sentencia apelada, tomándose como ejemplo puntual a los alimentos. Se perfiló en consecuencia un efecto agregado al recurso al que se denominó "devolutivo", significando con ello la posibilidad de ejecutar de manera provisoria la sentencia recurrida ([223]).

No obstante, la regla de la suspensión continuó rigiendo en los ordenamientos procesales, siendo el efecto devolutivo expresamente signado cuando para algunos asuntos fuera menester resolverlo.

3.2 El efecto suspensivo en el derecho latinoamericano

Tal como quedó dicho, en Argentina, de acuerdo con el art. 243 tercera parte del código procesal civil y comercial de la nación (que es el modelo de varios sistemas procesales provinciales), la apelación procede siempre en efecto suspensivo, a menos que la ley disponga que lo sea en el devolutivo.

Se apartan de este molde, el código de la provincia de Jujuy que en el art. 221 dispone:" *A falta de reglas especiales, la apelación contra las sentencias definitivas se concederá libremente y con efecto suspensivo. En los demás casos procederá en relación y con efecto devolutivo*", aun cuando sostiene el efecto suspensivo en decisiones tomadas en juicios sumarios.

Chile resuelve como regla la concesión en ambos efectos (art. 195 del código de procedimiento civil); también así lo resuelven Venezuela (art. 290 del código de procedimiento civil); Ecuador (art. 355); Guatemala (art. 604); Costa Rica (art. 865) y Nicaragua (art. 461), entre otros.

---

[223]. Conviene aclarar que el significado "devolutivo" que adopta el derecho canónico no es el mismo que tenía en el derecho romano. En este, debe recordarse que el supremo poder jurisdiccional radicaba en el emperador quien delegaba en tribunales inferiores los poderes de juzgamiento. Por eso cuando ellos dictaban sentencia y concedían los recursos se producían dos consecuencias básicas: la pérdida o cese del uso del poder jurisdiccional delegado (efecto suspensivo), y la restitución al superior, y por esa vía al monarca, de la jurisdicción remitida a los fines de posibilitar el juzgamiento de la causa (efecto devolutivo). "Esta restitución se vincula históricamente con el sistema del nuevo juicio o juzgamiento ex novo, pero la devolución en modo alguno significaba el cumplimiento de lo decidido" . Cfr. Rivas Adolfo Armando, *Tratado de los recursos ordinarios*, tomo 2, editorial Abaco, Buenos Aires, 1991, pág.627

Perú, en cambio, establece en el art. 371 del código procesal civil: "*Procede la apelación con efecto suspensivo contra las sentencias y autos que dan por concluido el proceso e impiden su continuación, y en los demás casos previstos en este Código*"; agregando en la siguiente norma: "*Las apelaciones sin efecto suspensivo proceden en los casos expresamente establecidos en la ley y en aquellos en que no procede apelación con efecto suspensivo. Cuando este código no haga referencia al efecto o a la calidad en que es apelable una resolución, esta es sin efecto suspensivo y sin la calidad de diferida*".

El destacado que hacemos obedece a la importante novedad que incorpora este moderno sistema adjetivo, porqué deja al efecto suspensivo como excepción permitiendo la ejecución inmediata del decisorio. Obsérvese que la imposibilidad de innovar depende de una concesión expresa y puntual, porqué si no hay referencia no procede ni el efecto suspensivo ni el diferimiento de las cuestiones que deban aplicarse de inmediato ([224]).

El Código General del Proceso de la República Oriental del Uruguay explica en el art. 251 los efectos del recurso de apelación diciendo: *"Sin perjuicio de lo establecido en el artículo 260 respecto de la ejecución provisoria de las sentencias definitivas, el recurso de apelación se admite: 1) Con efecto suspensivo...; 2) Sin efecto suspensivo...; 3) Con efecto diferido..."*.

El primer efecto tiene lugar respecto de sentencias definitivas o interlocutorias que ponen fin al proceso y hacen imposible su continuación. En todos los demás casos, la apelación no tiene efectos suspensivos; mientras que el efecto diferido está expresamente previsto en la ley (art. 252 CGP).

La normativa está tomada del código procesal civil modelo para iberoamérica, el cual determina en el art. 222.1 el carácter suspensivo de todas las sentencias definitivas, admitiendo como excepción la ejecución provisional.

El antecedente de esta modalidad proviene de la Ley de Enjuiciamiento Civil española (actualmente vigente) cuyo art. 385, después de quedar establecido que los recursos se conceden an ambos efectos, reglamenta la ejecución cuando se trata de sentencias condenatorias, o aquéllas que el juez estima que con su cumplimiento inmediato no irrogan perjuicios irreparables.

3.3 La ejecución provisional en sus modelos más conocidos

En Francia, la ejecución provisional tiene una tradición histórica ([225]) que se proyecta en la legislación italiana especialmente. Es preciso indicar que el recurso de casación en el proceso francés carece de efecto suspensivo (arts. 527 y 579 del nouveau code de procédure civile), provocando con ello que puedan ejecutarse todas las resoluciones dictadas.

---

[224]. Cfr. Sagastegui Urteaga, Pedro, *Exégesis del código procesal civil del Perú,* tomo 1, edición del autor, Lima, 1995, pág. 325.

[225]. Cfr. Caballol Angelats, ob. cit., pág. 117. Allí agrega que la Ordenanza de Luis XIV de abril de 1667 ya preveía la ejecución de la sentencia de primera instancia siempre previa la prestación de una caución, cuando estaban fundadas en contratos, promesas reconocidas, o condenas precedentes

Con esta aclaración se comprende porqué la ejecución provisional implementada en los arts. 514 a 526 se dirige a sentencias impugnadas cuyo recurso se concede con efecto suspensivo.

El sistema admite establecer al tiempo de dictar sentencia si ésta será ejecutable provisionalmente o no. La decisión del juez puede ser de oficio, o decretarse más adelante -según la etapa que transite el proceso- por el Premier President de la Cour d´Appel o por el Conseiller de la mise en état ([226]), permitiéndose consecuentemente, la ejecución sin tiempos ni preclusiones.

No obstante, la resolución de los juzgadores de la primera instancia, sobre este particular, no significa que se decrete la ejecución provisional sino que simplemente declara que la sentencia es ejecutable provisionalmente ([227]).

Si confrontamos este sistema con el modelo del Código General del Proceso, o del código modelo, veremos que en aquél la ejecutabilidad se determina *ab initio*, mientras que en los otros es posterior a la sentencia.

Las resoluciones *ex officio* en Francia son comunes, no así en los modelos americanos.

Lo mismo ocurre con los plazos donde las diferencias aumentan (mientras en uno no existen, en los otros se establecen seis días contados desde la admisión del recurso).

En Italia, al igual que en Francia, la casación no tiene efectos suspensivos; característica que llevada al tema de la ejecución se aplica en similares términos. El art. 377 establece que la ejecución de la sentencia no se suspende por efecto de la impugnación, salvo lo dispuesto en los arts. 283, 373, 401 y 407.

La ejecución provisional de la sentencia de primera instancia se establece como regla general, consolidando un reclamo de la doctrina que veía en el recurso de apelación un abuso procesal.

El art. 282 del CPC establece que "*la sentencia de primera instancia es ejecutiva provisionalmente entre las partes*". El otorgamiento ex lege y automático de ejecutividad no deja margen alguno a la discrecionalidad del Juez, que se ve relegada al tiempo posterior, ante la eventual impugnación de la sentencia.

Así, el nuevo art. 283 establece que "*el juez de apelación a instancia de parte, propuesta en la impugnación principal o incidental, cuando concurran graves motivos, debe suspender total o parcialmente la eficacia ejecutiva o la ejecución de la sentencia impugnada*".

Este precepto regula la denominada inhibitoria, es decir, el pronunciamiento mediante el cual el juez de apelación suspende la ejecución de la sentencia de primera instancia. La inhibitoria debe solicitarse ante el magistrado de alzada, de manera directa o en el mismo recurso deducido. Por

---

[226]. Caballol Angelat, ob. cit., pág. 118

[227]. Caballol Angelat, ob. cit., pág. 119

tanto, no procede *ex officio*, ni puede solicitarse después después del momento del escrito de impugnación de la sentencia de primera instancia ([228]).

En Alemania, el art. 704 de la Z.P.O. dispone que la ejecución forzosa tendrá lugar basándose en sentencias definitivas declaradas firmes o ejecutables provisionalmente. Esta ejecutabilidad puede declararla el juez de oficio, sin exigir fianza ni caución, o bien imponiéndola en casos específicamente reglados.

Todas las peticiones deben efectuarse antes de la clausura de la última audiencia anterior a dicha sentencia (art. 714). El juez resuelve en la sentencia, siendo apelable sus decisiones. La alzada, frente al recurso de casación, puede ordenar la suspensión si considera que se encuentra acreditado el perjuicio irreparable.

4. La naturaleza jurídica de la sentencia impugnada

La motivación desenvuelta precedentemente lleva a determinar la naturaleza jurídica que tiene la resolución en el tiempo que corre hasta que alcanza firmeza, o bien cuando ella ha sido ya recurrida. El problema está en que deben explicarse las causas por las cuales, transcurriendo estos plazos o deducidos los medios de gravamen, la resolución, no obstante, produce algunos efectos jurídicos.

El tema generalmente ha sido abordado en la perspectiva de la sentencia de primer grado, sin perjuicio de que las mismas conclusiones pueden alcanzarse para las restantes resoluciones judiciales.

Existen -como explica Couture- no menos de cinco opiniones para interpretar la cuestión, a saber:

1º) *Acto sometido a condición resolutiva*; tésis compartida principalmente por mortara y kohler quienes consideran que la sentencia, desde el primer momento, tiene todas las condiciones necesarias para permanecer estable, pero puede perder su eficacia originaria si se produce el hecho de que el tribunal superior decida en sentido contrario.

Para Kohler, la sentencia sujeta a recurso lleva consigo ese carácter condicional desde su origen; segun mortara, esa situación se produce sólo cuando el recurso es deducido.

2º) *No es verdadera sentencia, sino acto que puede devenir sentencia;* sostenido por Chiovenda.

Esta posición replica a Mortara y se fundamenta en que, una sentencia sujeta a agravios no puede considerarse como acto jurídico bajo condición

---

[228]. Cfr. El nuevo proceso civil italiano, en Documentación Jurídica, edición del Centro de Publicaciones del Ministerio de Justicia, Barcelona, 1992, pág.93.

suspensiva o resolutiva; "es más bien un elemento que con el concurso de otro elemento (el término) llegará a ser la declaración del derecho; mediante la sentencia sujeta a tales gravámenes tenemos simplemente una situación jurídica. No es consecuencia de este principio el hecho de que la cosa juzgada existe sólo desde el momento en que la sentencia sujeta a gravámenes deviene definitiva y no se remonta al momento de su publicación" ([229]).

3º) *Es un acto perfecto, con fuerza obligatoria propia*; con argumentos de Rocco.

En la formación de la voluntad de los órganos jurisdiccionales se observa un procedimiento que constituye una garantía de la justicia objetiva y de la legalidad de la voluntad declarada. "Este procedimiento de formación -agrega- tiene varios grados, de suerte que en el ejercicio del primer grado, y hasta la conclusión de los términos para interponer el recurso, es un procedimiento imperfecto, mientras que la sentencia (sentencia de primer grado) es un acto por sí mismo perfecto, y subsiste como acto de declaración hasta que se revoque o se modifique o se sustituya por una nueva sentencia (sentencia de segundo grado), o sea, por otro acto de declaración de derecho. La sentencia de primer grado está dotada desde su nacimiento de una autoridad propia. Y, ciertamente, si así no fuese, resultaría incomprensible que este acto pueda llegar a ser formal y sustancialmente una sentencia con sólo agregársele un simple hecho negativo (la no interposición de la apelación dentro del plazo)" ([230]).

4º) *Es un acto imperativo, aunque no inmutable*; según carnelutti, "de la misma manera que a la validez, puede parecer que la imperatividad de la decisión deba subordinarse a la inmutabilidad de la misma. Pero, en realidad, únicamente cuando la decisión haya alcanzado firmeza pareciera poder contar con la garantía de justicia que fundamenta su fuerza obligatoria. Sin embargo, el punto de vista lógico ha de ser modificado en razón de fundamentos de orden práctico que aquí concurren" ([231]).

De un lado, imperatividad e inmutabilidad son conceptos separables en tanto los vínculos se traban simultáneamente con las partes y con el Juez, pero de distinta manera.

La finalización del proceso hace al interés práctico de la cosa juzagada, pero no puede condicionarse la imperatividad de la decisión a la inmutabilidad de ella.

5º) *Es un acto sometido a condición suspensiva*, según la concepción de Vasalli y Calamandrei. Para el primero, la sentencia sujeta a recurso se compara con el acto pendiente de condición suspensiva. Agrega el segundo

---

[229]. Chiovenda, José, *Principios de Derecho Procesal,* tomo II, editorial Reus, Madrid, 1977, pág. 493.

[230]. Rocco, Ugo, *Derecho Procesal Civil,* editorial Porrúa, México, 1939, pág. 194.

[231]. Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil,* tomo 1, editorial Uteha, Buenos Aires, 1944, pág. 332.

que debe hablarse de un acto sujeto a condición legal, o *condictio juris*, que es la que tiene lugar siempre que la ley condiciona la eficacia de un negocio ya provisto de los requisitos esenciales para su existencia, al acaecimiento de un hecho ([232]).

6º) *Otras corrientes y opiniones:* Couture entiende que no existen posiciones definitivas, sino que debe observarse el decurso de los tiempos. Así dentro del plazo para articular recursos la sentencia está sujeta a una condición suspensiva. Si luego el recurso no se plantea, "el acto se considera puro y simple desde el día de su otorgamiento" ([233]). Si, en cambio, el recurso se deduce, la sentencia no es perfecta para constituirse en una etapa de la obra de la jurisdicción. Por eso, si el fallo luego se confirma, "la función jurisdicción sólo puede darse por cumplida a partir de la sentencia de segunda instancia" ([234]), hasta ese momento, sólo existe la voluntad originaria. Si, a su turno, la sentencia fuera revocada, con ésta recién comienzan a surgir efectos propios, siendo la sentencia de primera instancia, un antecedente necesario.

Finalmente, distingue la naturaleza de la sentencia sometida a recurso, cuando la impugnación no se refiere al mérito de la sentencia, como acontece en la apelación, sino a la forma, como sucede en el recurso de nulidad.

En estos casos, la sentencia está sujeta a condición suspensiva durante la segunda instancia, para asumir los efectos explicados según confirme o revoque el pronunciamientos.

Satta redujo el problema a una simple concepción: "la sentencia sujeta a gravamen es ni más ni menos que una sentencia sujeta a gravamen, esto es, determina lo concreto que puede ser removido con la impugnación, y como tal vale lo que vale, esto es vale aquello que quiere la ley. Si no fuese así, la sentencia no cerraría ni siquiera el proceso de primer grado, y propuesta una nueva demanda después de la sentencia se debería declarar la litispendencia, lo que es absurdo" ([235]).

Nosotros creemos que el tema atraviesa por una de esas parcelas donde es preciso reposar la opinión en realidades y utilidades que la teoría presta.

Basta observar la estructura del proceso con las consecuencias de sus etapas guiadas por principios naturales que en esta materia preferencia a la preclusión y la carga del propio interés, para darse cuenta que la sentencia de primera instancia no puede calificarse con institutos sustanciales, ni adjetivarse con alguna de esas características del derecho de fondo, porque en su favor obran, preeminentemente, actos que son secuencias y consecuencias de otros ([236]).

---

[232]. Calamandrei, Piero, *La Casación Civil,* tomo II, editorial Ejea, Buenos Aires, 1959, pág. 198.

[233]. Couture, Eduardo J., *Fundamentos de Derecho Procesal,* editorial Depalma, Buenos Aires, 1987, pág. 342

[234]. Ib. pág. 343.

[235]. Satta, Salvatore, *Manual de Derecho Procesal Civil,* tomo 1, editorial Ejea, Buenos Aires, 1971, pág. 406.

[236]. Gozaíni, *Derecho Procesal Civil,*, tomo 1 volumen 2, cit., pág. 774.

La decisión es un acto imperativo, porque es un elemento de la jurisdicción dictar actos de imperio. Si este no ha de cumplirse, a fuerza del efecto suspensivo del medio de gravamen, la relación se traba con la ejecución (executio), pero el acto no pierde autoridad ni suficiencia. Inclusive, hasta provoca extensiones propias basadas en su propia eficacia (V.gr: embargo preventivo -art. 212 inciso 3, Código Procesal de la Nación-; cumplimento parcial -art. 499, del mismo cuerpo legal-, si la vía se concede en efecto suspensivo -art. 243, del ordenamiento en cita; o se presta caución o fianza para ejecutar a pesar del recurso -art. 258, Código Federal-).

Aún cuando el pronunciamiento fuera revocado igual tiene vigencia e imperatividad, pues -como apunta Di Iorio- "en virtud de lo dispuesto por el art. 253 del Código Procesal, el tribunal, luego de dictada la nulidad, si el procedimiento se halla arreglado a derecho, procede a dictar sentencia sin necesidad de reenvío" ([237])

El nudo de la cuestión está bien planteado por Palacio, al decir que el problema está en la obtención de la cosa juzgada, pues el acto por lo demás, es completo y constituye una fuente reguladora de relaciones o situaciones jurídicas que se han debatido en el proceso ([238]).

5. Características de la ejecución provisional

La ejecución, propiamente dicha, no es provisional por su carácter condicionado, sino que la provisionalidad es de la sentencia que aun no alcanza la calidad de cosa juzgada. Por eso, bien se apunta que sería más apropiado referirse a la ejecución de sentencias provisionales o provisorias que a la ejecución provisional o provisoria de las sentencias ([239]).

Ahora bien, como toda sentencia aun impugnada proyecta efectos y tiene eficacia jurídica, lógico resulta pensar que esa actividad jurisdiccional cognoscitiva alcanzada y puesta de manifiesto en el pronunciamiento, no puede caer en la inseguridad e incertidumbre que le provoca un recurso. Si bien este asegura el derecho a la bilateralidad y contradicción de todo proceso civil, también debe observarse que se cae en cierta incoherencia si un conflicto solucionado no puede cumplirse porqué espera de ratificaciones dispuestas jerárquicamente, algunas veces totalmente exageradas (como en Argentina, donde el recurso extraordinario, pese a sus egoismos procesales, crea en la praxis una nueva instancia de revisión) ([240]).

---

[237]. Di Iorio, Alfredo J.,*Temas de derecho procesal,* editorial Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 82.

[238]. Palacio, Lino E. *Derecho Procesal Civil,* tomo V, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979, pág. 40

[239]. Abal Oliú, Alejandro, *Ejecución provisional de sentencias apeladas,* (En el C.G.P.), comunicación a las IX Jornadas Nacionales de Derecho Procesal, passim.

[240]. Sostiene Caballol Angelats que "la coherencia en la actuación de la fuerza del Estado no se pierde porque deba llevarse a efectos en sentidos contradictorios en un mismo proceso, sino, y sólo, cuando como consecuencia de su actuación se haga finalmente imposible la realización de la sentencia que lo resuelva finalmente. Efectivamente, lo que da coherencia a la actuación del poder de coerción del Estado, no son los diversos sentidos en que esta se actúa, sino la finalidad para la que ésta se prevé: la tutela efectiva. Por tanto, cuando una resolución es firme la posibilidad de coerción es absoluta y no se encuentra limitada más que por el contenido de la misma. Sin embargo, si ha sido recurrida o puede serlo, la posibilidad de imponer su eficacia

De todos modos el cumplimiento inmediato de una sentencia está supeditado a ciertas características entre las que se destaca señalar a todo pronunciamiento como una declaración de derecho con prevalente función ejecutiva.

Pero como no todas las sentencias reportan posibilidades concretas de un inmediato cumplimiento, es preciso clasificar los tipos de resoluciones judiciales que pueden obtener esta vía rápida y expedita.

Si mediante la ejecución provisional se consigue la eficacia de la resolución, este modelo es aplicable tanto a las sentencias de condena como a las declarativas y constitutivas, puesto que, en principio, no pueden producir efectos hasta que no hayan adquirido firmeza ([241]).

Otra característica es que para hablar con precisión de ejecución provisional debemos referirnos a una sentencia cuya eficacia no es definitiva, pues de tener esa condición de inmutable e irrepetible en otro proceso, abandonamos la idea de provisionalidad para instalarnos en terreno de la ejecución forzada lato sensu.

6. Clases de ejecución provisoria

Atendiendo a la forma como se concede eficacia a las resoluciones judiciales, su ejecutabilidad puede depender de las facultades del juez (rol discrecional en la admisión), o del impulso previsto en una norma expresa (que, a su vez, puede obrarse a pedido de parte, o de oficio).

a) La ejecución provisional *ope legis* se caracteriza porque esta generalizada en una disposición legal y el órgano jurisdiccional no tiene manera de limitar su procedencia.

Habitualmente, no requiere la constitución de fianzas ni garantías. También es típica en cuestiones donde la modalidad del conflicto impone decisiones urgentes (V.gr.: juicio de alimentos, desalojos, interdictos, amparo, etc.)

b) La ejecución provisional *ope iudicis* se explica cuando el cumplimiento forzado e inmediato lo resuelve el mismo magistrado interviniente, sea de manera discrecional o ajustado a ciertas reglas técnicas que aseguren la prudencia y el equilibrio de la decisión.

c) Entre ambos extremos aparece una modalidad mixta que atenúa las distancias entre la norma y los poderes del juez, pero es menester advertir sobre ciertas inconsistencias del modelo (por el caso, de la Ley de Enjuiciamiento Civil española) y algunas dudas sobre cuando procesar y aplicar uno u otro criterio.

d) La ejecución provisional resuelta de oficio por el juez es excepcional y admite lectura expresa sólo en el sistema francés. En todos los demás modelos, actúa a pedido de parte legitimada.

---

quedará siempre subordinada a que con ella no se haga imposible la eficacia de la tutela que resulte definitivamente del proceso" (ob. cit., pág. 31).

[241]. Caballol Angelats, ob. cit., pág. 49.

e) De manera similar a lo dicho en el punto precedente, la ejecución provisoria resuelta en cualquier tiempo es sólo aplicable en el código procesal de Francia, en los restantes existen plazos, términos y condiciones para su admisión y procedencia.

f) Finalmente, la ejecución provisoria puede ser total o parcial, conforme se dirija al cumplimiento absoluto de la parte principal de una sentencia (es decir, a los aspectos materiales, no así los procesales, como costas y honorarios), o a parte de ella.

7. Una duda a despejar: ¿naturaleza ejecutiva o tutela cautelar?

Es sabido que los modelos procesales, en su lucha contra las demoras e incertidumbres del proceso, han creado y recreado numerosos institutos que, apoyados en principios básicos de la disciplina (V.gr.: celeridad, autoridad, eficacia, entre otros), pretenden abatir algunas realidades tangibles como la incertidumbre de saber si una sentencia favorable podrá o no concretarse en los términos que el juez ha dispuesto.

La aparición de nuevas formas de tutela jurisdiccional bajo el manto de la urgencia, pregonan la necesidad de obrar rápidamente desplazando supuestos tradicionales de las medidas asegurativas o conservatorias, para afincarse en un terreno aun no abonado que se conocen como expansiones de la tutela cautelar ([242]).

Al mismo tiempo, la confrontación con los más modernos ordenamientos adjetivos, avizoran claramente la tendencia a limitar la instancia recursiva, acotándola a lo absolutamente justo y necesario, y permitiendo la ejecución provisional de la sentencia en el marco de los capítulos ejecutivos o ejecutorios (según requieran una declaración cognoscitiva previa o no).

En esta línea se insertan las llamadas "decisiones provisionales" que, explicadas por Rivas, nos dice: "Llamamos pronunciamientos provisionales a los que admiten ser dejados sin efecto dentro del mismo proceso o como consecuencia de un procedimiento con el que se integra, en virtud del principio *rebus sic stantibus*. Podemos dividirlos según se asienten en un conocimiento capaz de captar la verosimilitud, es decir el caso de las decisiones cautelares o bien la certeza provisional que se logra mediante sentencias provisionales motivadoras de cosa juzgada provisional. Las sentencias provisionales pueden ser llamadas igualmente, sentencias anticipatorias precisamente porque permiten satisfacer la pretensión antes de la sentencia definitiva" ([243]).

---

[242]. Varios autores han explicado esta novedosa corriente: Cfr. Augusto Mario Morello, *Anticipación de la tuela,* editorial Platense, 1996; del mismo autor: *La cautela material*, en Jurisprudencia Argentina 1192-IV, pág. 314; Eduardo N. De Lázzari, *La cautela material*, Jurisprudencia Argentina, semanario nº 6013 del 27 de noviembre de 1996; Jorge Walter Peyrano, *La medida cautelar innovativa como anticipo de la sentencia de mérito*, en Jurisprudencia Argentina, 1993-II, pág. 794, del mismo autor*: La tutela de urgencia en general y la tutela anticipativa en particular,* El Derecho, 163-786; Adolfo Armando Rivas*, La jurisdicción anticipatoria*, comunicación al XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (Santa Fé, Argentina, 1995), passim, entre los más destacados

[243]. Rivas, ob. cit., pág. 14.

Y, finalmente, la reinserción en la doctrina de un instituto acuñado por la legislación italiana que contenida en el art. 700 del código de 1942 estableció: "*Fuera de los casos regulados en la sección precedente de esta parte, cuando hubiere fundado motivo de temerse que durante el tiempo ocurrente para hacer valer su derecho en vía ordinaria, podría experimentar un perjuicio inminente e irreparable, puede proponerse al juez, una providencia de urgencia que según las circunstancias, adaptándose a la más idónea, permita asegurar provisoriamente el efecto de la decisión sobre el mérito".* Modelo que sigue el derecho alemán (arts. 939 y 940, Z.P.O.) y con varias acepciones incorporan el código brasilero de 1973 y el mismo código general del proceso de Uruguay. Se trata, claro está, de la tutela diferenciada que, revestida del aseguramiento y anticipación que provoca, resuelve en su tiempo medidas preliminares, situaciones producidas por la rebeldía en el proceso, otorga eficacia inmediata al proceso monitorio, acompaña con sus pronunciamientos la urgencia del proceso, distanciando cada acto de lo puramente cautelar ([244]).

En todos los casos se persigue asegurar el interés del justiciable, variando el tiempo y las técnicas como dicho objetivo se obtiene. Por eso es importante diferenciar medidas cautelares y ejecución provisional, antes que nada, para evitar que se tengan como precautorias técnicas que sólo son disponibles en el área de la provisionalidad de la ejecución.

Si consideraramos que cada herramienta cumplen funciones similares, sería posible ejercitar una opción entre ellas, o bien, reglamentar en un código alguna para garantizar el cumplimiento de la sentencia condenatoria. También podrían reunirse todas y permitir la actuación inteligente acordada a sus tiempos y circunstancias.

Los presupuestos se aproximan bastante, y por tanto la confusión es reiterada.

Trazemos un paralelo entre el modelo nacional (que no acepta más que por excepción la ejecución provisional de algunas sentencias) y el código general del proceso que la recepta y desarrolla a lo largo de varias disposiciones (V.gr.: arts. 260, 275, 372.1, 375, 377, entre otras), para demostrar como interactúan los institutos y la eficacia que logra cada uno.

Es decir, procuramos encontrar en la simetría las ventajas e inconvenientes que tienen medidas cautelares y el procedimiento de ejecución provisoria, para demostrar que en su naturaleza existen diferencias profundas que evitan colocar al segundo procedimiento en el ámbito de las medidas cautelares.

La mejor diferencia está en la *verosimiltud del derecho* (*fumus bonis iuris*), porqué mientras en las medidas cautelares es suficiente una apariencia del derecho, en la ejecución dispuesta queda de manifiesto una declaración sobre su existencia ([245]).

---

[244]. Cfr. Peyrano, Jorge Walter, *La tutela de urgencia en general y la tutela anticipativa en particular,* ob. cit., pág. 788; del mismo autor, *Lo urgente y lo cautelar,* en Jurisprudencia Argentina, semanario n° 5923 del 8 de marzo de 1995

[245]. La doctrina diferencia grados de certeza o incertidumbre de la posición jurídica discutida en el proceso. *Derecho afirmado*, que únicamente tendría consecuencias en orden al ejercicio de la acción, y determinaría el inicio del proceso. El *derecho aparente*, que además permitiría la adopción de medidas cautelares, y el *derecho existente*, revocable o no que permite el

Con el peligro en la demora (*periculum in mora*) la distancia es muy próxima, pues la visión sobre los peligros que pueden surgir del incumplimiento o por el retardo en resolver una medida necesaria se dá tanto en las medidas cautelares como en la ejecución provisional.

Inclusive, Chiovenda y Calamandrei llegaron a afirmar que el forzamiento a cumplir con la sentencia de inmediato tenía todas las características de una medida ejecutiva. Afirmación que, a pesar de la autoridad de quienes proviene, parece no ajustarse al modo como actualmente se resuelven este tipo de providencias.

En efecto, en lo cautelar es una pauta específica a considerar, aun cuando pueda observarse alguna tendencia que, cubierta la verosimilitud del derecho, atempera con la contracautela la inexistencia del peligro en la demora.

En cambio, en la ejecución provisoria esta demora no es sustancial ni se funda en apreciaciones eventuales e hipotéticas. El *periculum in mora* va referido al posible daño que se causa por la ineficacia de los pronunciamientos de una resolución definitiva sobre el fondo, que ha sido recurrida. Por eso, afirma Caballol Angelats, "para nosotros ésta no es más que una consecuencia refleja de la concesión de la ejecución provisional, ya que con ella se pretende actuar la tutela jurisdiccional otorgada en la resolución recurrida, siempre que signifique un incremento efectivo de la tutela obtenida hasta el momento en el proceso, por lo que el *periculum in mora* se convierte en un motivo posible pero no necesario para determinar la procedencia de la ejecución provisional" ([246]).

Finalmente, respecto a las medidas urgentes que se toman para anticipar un resultado, satisfacer una situación absolutamente límite, o producir una decisión que "sustancialmente" sería idéntica a la esperada de una sentencia favorable, la confusión con la ejecución provisional es inesperada porqué aquí obramos con una declaración o condena luego de superar todas las etapas procesales; mientras que las soluciones anticipatorias se dan en el desarrollo, durante el trámite, fundadas en que existen fuertes motivos que legitiman la decisión y admiten alterar las reglas preconceptuadas para el contradictorio.

---

despacho de la ejecución provisional o de la definitiva (Cfr. Caballol Angelats, ob. cit., pág. 86 nota 121).

[246]. Ob. cit., pág. 89. Agrega el autor que "...desde la óptica revisora también se diferencian medidas cautelares y ejecución provisional por su contenido [..]. Dentro de las medidas que cabe adoptar, pendiente un proceso para tutelar el interés debatido en él, y atendiendo a los efectos que producen en la realidad extra procesal, podemos diferenciar entre medidas conservativas y medidas modificativas. Pero estas últimas sólo podrán adoptarse en virtud de la ejecución provisional. Por ello sólo en esta institución juega el límite del perjuicio irreparable en la ejecución provisional, porqué sólo en virtud de su aplicación cabe prever un efecto modificativo [..]. En el caso de las medidas conservativas de contenido satisfactivo, la diferencia entre ejecución provisional y medida cautelar, será meramente de alcance y de procedimiento para conseguirlas. En este sentido, y comparando la extensión de la tutela otorgada mediante la medida cautelar y la ejecución provisional, estas se diferencian en que las primeras alcanzan a la totalidad de la pretensión y las segundas sólo a la porción de la misma que ha sido reconocida por la sentencia recurrida. Desde nuestro punto de vista, esta posibilidad de delimitación restrictiva del título ejecutivo es un elemento determinante de que el efecto modificativo sólo pueda conseguirse mediante la ejecución provisional" (pág. 96).

8. Objeto de la ejecución provisional

Con la ejecución provisoria de la sentencia se pretende revalorizar la celeridad del proceso permitiendo forzar el cumplimiento inmediato de una sentencia que no se encuentra firme.

El tipo de pronunciamiento condiciona la viabilidad del procedimiento, en la medida que no se discute en las sentencias condenatorias, como sí en las declarativas o constitutivas. Estas últimas, en general, deben esperar la plena eficacia de la cosa juzgada, aunque autores como Tarzia sostengan que toda sentencia es ejecutable de forma inmediata, aun las del tipo declarativo o constitutivo en atención a que éstas pueden crear situaciones nuevas que pueden ser anticipadamente ejecutables ([247]).

Este temperamento domina en la reforma procesal de España que sosteniendo en el debate la conveniencia de la ejecución provisional sobre las sentencias de condena, prefirió mantener la redacción prevista para el art. 385 párr. 2° donde establece que ***"...****las sentencias de objeto o naturaleza diferente serán susceptibles de la misma medida..."*.

Otros autores, abandonando el criterio de la eficacia de la cosa juzgada para resolver la procedencia de la ejecución provisoria, acuden a diferentes parámetros como la disponibilidad o indisponibilidad del interés objeto de juicio, los efectos reflejos sobre terceros, el conflicto de valores entre seguridad jurídica y justicia, o la ideología prevalente en la sociedad civil respecto a bienes fundamentales como los de la familia o los derechos humanos.

La definitividad del pronunciamiento define el objeto a ejecutarse, esto equivale a decir, que no toda sentencia resolutoria de condena puede encontrar esta vía de excepción. Por tanto, algunas sentencias aun siendo definitivas (V.gr.: la que declara la perención de la instancia, o la que resuelve una interlocutoria o un incidente) no son ejecutables provisoriamente. Para lograrlo deben tratarse de decisiones sobre el fondo del asunto que le pongan término e impidan su reiteración.

9. Admisión y procedencia de la ejecución provisional

La admisión para continuar el proceso según las reglas de la ejecución provisional de la sentencia impugnada, puede clasificarse en tres modalidades: a) cuando el trámite está dispuesto legalmente; b) los casos que se resuelven discrecionalmente por el juez, sea admitiendo la vía o denegándola por no causar perjuicios irreparables, y c) los supuestos expresamente prohibidos.

La fisonomía que presentamos hace las veces de conjunto adoptado en general, pero en la práctica la cláusula que habilita o no el mecanismo de ejecución es el "perjuicio irreparable". A veces, la interpretación queda en poder de los jueces, en otras, la ley especifica los casos de improcedencia.

De todas maneras, conviene agregar que el perjuicio irreparable no es un criterio absolutamente uniforme para conceder o denegar la ejecución. "En

---

[247]. Tarzia, Giusseppe, *Esecuzione forzata e procedure concorsuali (Estudios)*, editorial Cedam, 1994, pág. 255

otros sistemas se tiene en cuenta de forma explícita la probabilidad objetiva de que la sentencia recurrida sea confirmada" ([248]).

Por otro lado, el problema de establecer cuando existe perjuicio irreparable no puede medirse únicamente por el gravamen económico, sino en un perjuicio para la posición procesal del recurrente, bien por disminución de sus posibilidades y expectativas, bien por incremento indebido de las del contrario ([249]).

10. La condena en costas

La posibilidad de ejecutar la condena en costas por el mismo mecanismo ejecutivo que venimos analizando, se encuentra polemizado por la doctrina.

En Francia la ley excluye expresamente la admisión; mientras en Italia, a pesar de seguir la tradición excluyente, los autores han insistido con ella logrando buenos resultados jurisprudenciales con su esfuerzo.

Desde nuestra punto de vista, por su naturaleza jurídica la condena en costas, como toda sentencia de condena, determina una imposición a una persona que por ser parte en el proceso sufre los efectos directos de la obligación impuesta ([250]).

La característica primordial, a veces, se identifica sólamente con los honorarios profesionales regulados a quienes intervinieron en el proceso ejerciendo alguna actividad propia de su disciplina. En estos casos, es preciso recordar que para que la regulación de honorarios constituya título ejecutivo respecto al condenado en costas es preciso contar con una sentencia que así lo disponga pues, en caso contrario, sólo existiría una pretensión basada en un contrato de locación de servicios, gestión útil, etc.

Por lo demás, las costas no constituyen un castigo para el perdedor, sino que importan tan sólo un reconocimiento de los gastos que ha debido efectuar la parte a fin de lograr la convalidación de su derecho; es decir, que tiende a que las erogaciones que han sido necesarias con motivo del proceso, no graviten, en definitiva, es desmedro de la integridad del derecho reconocido.

Frente a esta constatación resulta peligroso creer que la condena en costas obra aislada del pronunciamiento principal, pues si bien cabe reconocer autonomía a la condena en costas una vez firme la decisión, el origen y fundamento de éste y de la sentencia de fondo son el proceso de conocimiento tramitado, y por eso cuando no se ha emitido pronunciamiento alguno sobre el derecho de cualquiera de los litigantes, debe quedar diferida para la misma oportunidad la resolución sobre las costas ([251]).

---

[248]. Caballol Angelats, ob. cit., pág. 164. Modelo que sería el caso argentino en el ya mencionado art. 258 primer párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la nación.

[249]. Ortells Ramos, Manuel, *Comentario al art. 378 de la L.E.C.,* en *Comentarios a la reforma de la ley de enjuiciamiento civil*, coordinador Valentín Cortes, editorial Tecnos, Madrid, 1985, pág. 288.

[250]. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Costas Procesales*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1990, pág. 66.

[251]. Ib., pág. 67.

11. Presupuestos de la ejecución provisoria

Los presupuestos que dan vida al procedimiento excepcional y transitorio de la ejecución provisional son, en realidad, muy simples y hasta limitados o acotados a uno sólo de carácter objetivo: *la pendencia del recurso*.

Los demás, refieren a disposiciones de otro carácter, como son *la instancia de parte* y *la fianza.*

11.1 Sentencia condenatoria

Toda ejecución provisional parte de la pendencia de un recurso en contra de la resolución cuya eficacia actúa. Es más, de no interponerse aquél dentro de los plazos legales o en caso de denegarlos, la ejecución de lo dispuesto en ella no sería provisional sino definitiva ([252]).

Si el recurso se desiste, se declara desierto, o perimido por la inactividad del interesado, o por la insuficiencia de fundamentos, etc., en todos los supuestos, el trámite iniciado por la vía provisional se reformula y continúa por el trámite de la ejeución de sentencias.

La ausencia de una sentencia que resuelva definitivamente la instancia abierta es el presupuesto esencial para mantener la vigencia de la ejecución provisoria del pronunciamiento recurrido.

El tiempo procesal dispuesto en distintos ordenamientos supedita la admisión del trámite. Por lo general corre a partir del momento en que se toma conocimiento fehaciente del recurso interpuesto contra la sentencia que le es favorable.

De todos modos, algunos aceptan que también pueda concederse sin esperar la interposición del recurso, sino desde el momento en que se dicta la resolución ([253]).

Este último criterio nos parece aceptable, en la medida que el órgano jurisdiccional asuma la responsabilidad de resolver rápidamente los actos procesales necesarios para dar vida a la ejecución inmediata. De otro modo, es posible que se constituya una fianza inncesaria, o se provoque una actividad jurisdiccional que prontamente perdería virtualidad de consentirse la sentencia.

---

[252]. Caballol Angelats, ob. cit., pág. 201

[253]. Cfr. Caballol Angelats, ob. cit., pág. 203. Interpretando el C.G.P. el recordado maestro Luis A. Viera sostuvo que la ejecución provisional debe solicitarse dentro del plazo de seis días contados desde el siguiente a la notificación de la sentencia al ejecutante (*La ejecución forzada en el C.G.P.,* en *Curso sobre el Código General del Proceso*, tomo II, editorial FCU, Montevideo, 1989, pág. 145). Posición que le valió la crítica de Tarigo (*Medidas cautelares sustitutivas de la ejecución provisional de la sentencia sometida a recurso de apelación*, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1993-4, pág. 561) al decir que "el inicio del cómputo del plazo para solicitar la ejecución provisional de la sentencia no puede fijarse en el día siguiente a la notificación de la sentencia a la parte gananciosa en primera instancia, porque en ese momento seguramente ésta no puede saber si su contraparte habrá o no de apelar el fallo, y la apelación del fallo por el vencido es un presupuesto necesario para la aplicabilidad de este instituto de la ejecución provisional".

11.2 La instancia de parte

Como expresión manifiesta del principio dispositivo el pedido de la parte beneficiada por la sentencia, activa el procedimiento de la ejecución provisional. La excepción conocida proviene del sistema francés que admite la procedencia del mecanismo dispuesto de oficio.

La petición tiene dos motivos esenciales: una, solicitar que se resuelva la ejecución inmediata de la sentencia; otra, que se arbitren los medios para despachar la ejecución. La primera es el efecto inmediato, la restante, responde al principio de eventualidad y puede ser contingente, es decir, obrar a la espera de los tiempos preclusivos del proceso.

En algunos procesos, la eficacia de la sentencia es refleja y la ley dispone para ellas la ejecución rápida y expedita (V.gr. alimentos provisionales). En estos supuestos no se requiere la instancia de parte.

11.3 Fianza

La fianza debe interpretarse, en el caso, como la garantía que presta el ejecutante para responder por los perjuicios irrogados en caso de que la sentencia se revoque. Decimos que esta es la lectura correcta, pues fianza supone compromiso personal, y justamente, la caución juratoria se excluye como regla general.

La *caución juratoria* tiende a eliminarse en la aplicación actual, en tanto como sólo importa una promesa de responder por los daños posibles, nada agrega a la responsabilidad genérica que surge de las obligaciones profesionales.

De todos modos, esta eliminación por superflua resulta razonable en procesos de contenido patrimonial, pero en otros, la estimación sobre las causas y razones puede ser mas justo y equitativo.

La caución real puede ser propia o de terceros. Consiste en la fianza o garantía que se otorga mediante el depósito de la suma de dinero que el juez ordena como garantía.

Esos montos pueden sustituirse por títulos valores representativos (V.gr: títulos, acciones, seguros de caución), o bien, por la garantía de instituciones bancarias que acreditan mediante las respectivas cartas de fianza.

Si fuese pretendido suplantar la caución real a través de la solvencia de personas de acreditada responsabilidad económica, es preciso informar sumariamente al órgano jurisdiccional sobre esta seguridad económica.

Según ortells ramos, "no hay otro criterio para valorar la suficiencia de la fianza que el de la previsión del importe de las responsabilidades que debe garantizar, que, según el art. 385.IV (LEC), está integrado por el importe de la prestación pecuniaria ejecutable o del equivalente pecuniario de las prestaciones de hacer, no hacer o dar cosa distinta a dinero que pudieran ejecutarse en forma específica, por el importe previsible de los daños y perjuicios que puede causar la ejecución si la sentencia resulta luego revocada, y por el importe de las costas que pueden causar la ejecución y los actos

necesarios para eliminar sus efectos en caso de revocación de la sentencia" ([254]).

12. El procedimiento en la ejecución provisional

Varios son los aspectos y problemas que deben analizarse en este punto del procedimiento. Particularmente definimos la situación desde una perspectiva genérica, sin referir a un ordenamiento determinado. No obstante, la pauta que nos llega de la ley de enjuiciamiento civil, y la actualidad legislativa proveniente del código modelo, permiten ajustar algunos presupuestos especiales.

12.1 Organo competente

La determinación del órgano competetente sólo interesa en los sistemas que la ejecución provisional procede a pedido de parte, pues en los supuestos previstos legalmente, el principio de prevención extiende la competencia al juez que haya dictado la sentencia.

El juez o tribunal que dicta la resolución recurrida es el mismo que conserva jurisdicción para actuar en la ejecución provisoria de la sentencia emitida.

Existe en esta asignación una característica particular afincada en la especialidad que recibe la función jurisdiccional, pues la misma sólo puede disponer una providencia declarativa que, admitiendo o denegando la ejecución, constituye -o no-el título ejecutivo necesario para forzar el cumplimiento inmediato.

Va de suyo que esta extensión o proyección de la actividad judicial supone una clara excepción al principio de finitud que tiene la sentencia respecto a la función jurisdiccional.

12.2 Legitimación procesal. La cosa juzgada

El principio aplicado por el derecho romano decía que *res inter alios iudicata tertio non nocet*, limitando la cosa juzgada sólo a las partes intervinientes en el proceso.

Ello supone que el fallo rige sus efectos estrictamente hacia la partes o sujetos de la relación procesal; es decir que la eficacia de la sentencia vale *inter partes*, sin afectar ni interferir el derecho de terceros.

La condición de parte procesal establece la posición que se ocupa en la relación jurídica trabada con motivo de una controversia. Por tanto, actor, demandado y terceros incorporados a la litis en calidad de "partes", quedan sometidos a la fuerza expansiva del fallo.

---

[254]. Ob. cit., pág. 289.

Se trata de un vínculo jurídico y no de identidades físicas, a cuyo fin para su debida distinción deben reconocerse los principios de "parte", "legitimación" y "representación en juicio" ([255])

La participación de personas en un proceso cualquiera define la calidad de ellas sobre la base de incluirlas en categorías determinadas. De esta forma, existen partes principales (V.gr.: actor y demandado); representantes convencionales y/o legales (V.gr.: abogados, tutores y curadores, respectivamente); terceros partícipes con intereses diversos (V.gr.: adherente simple, coadyuvante, litisconsorte, etc.); terceros convocados (V.gr.: testigos, peritos, y demás auxiliares de la justicia); representantes del interés del Estado, *lato sensu*, como el Ministerio Público, o el Defensor del Pueblo; entre otras formas posibles de reconocer individualidades actuantes en un proceso jurisdiccional.

Cada una de ellas se vincula con el tema debatido en la litis de maneras distintas; por eso, también es diferente la proyección que sobre ellas tiene la eficacia o extensión de la cosa juzgada.

Sin embargo, la sentencia por sí misma, es única y los comprende e involucra a todos (por ejemplo, una sentencia constitutiva de un nuevo estado civil reconoce para todos esa declaración); de manera que la diversidad entre sentencia y cosa juzgada debe encontrarse en otros aspectos.

Si consideramos que el debate judicial se resuelve en base a la aplicación de normas jurídicas, podríamos deducir que la sentencia resuelve la función normativa de la cosa juzgada para las partes que confrontaron la vigencia y aplicabilidad de ellas. De este modo, la cosa juzgada sería la consecuencia inevitable que tiene para los litigantes la discusión plena sobre circunstancias de hecho y de derecho.

La función normativa consiste en una declaración de certeza para quienes fueron partes, aunque alcance a terceros, que por tanto, podrán cuestionar esa vinculación cuando los afecte de alguna manera.

Cuando el carácter de la declaración involucra a terceros ajenos al debate, no existe básicamente problema alguno, precisamente, porqué la aplicación de las normas no genera crisis alguna. Hay una valoración implícita que razona en la armonía social y en la seguridad jurídica.

Ahora bien, si la sentencia proyecta el decisorio a otros que no participaron en el proceso, causando un perjuicio directo o reflejo, el problema está en la cosa juzgada y no en la validez de la sentencia. En tal medida, la ejecución provisional puede instarse tanto por el beneficiado directo como por aquellos sujetos alcanzados por la eficacia refleja del pronunciamiento.

Se encuentra así que el auténtico problema a discernir para estos afectados por la *res judicata* es la legitimación que obtienen para ir contra esa interferencia en el ámbito de sus cuestiones personales.

La extensión de la cosa juzgada admite excepcionalmente la aplicación del principio *res judicata pro veritate habetur* a quienes no han litigado (por

---

[255]. Gozaíni, Osvaldo Alfredo *La legitimación en el proceso civil*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1996, págs. 199 y ss.

ejemplo cuando se trata de causahabientes, o quienes están vinculados por la solidaridad o indivisibilidad de las prestaciones).

La dificultad para interpretar estos criterios reiterados y consolidados por el uso jurídico estriba en que se tiene a la sentencia como creadora de un derecho material (*lex especialis*) explicado como producto (cualidad) de la resolución definitiva. Es decir, las partes tienen "su sentencia" y esclarecidos "sus derechos" a partir del nuevo *status* logrado con la decisión.

Pero hoy día no cabe sostener que la cosa juzgada tiene carácter sustancial.

La calidad de parte sólo se obtiene en el proceso, por ello la cosa juzgada alcanza y comprende únicamente a quienes han logrado esa situación procesal.

La legitimación obedece a una consecuencia de esta calidad, en la medida que es la relación sujeto-objeto necesaria para que la sentencia tenga proyección a los legítimos contradictores.

No obstante, hemos señalado como un conflicto cualquiera, planteado en hipótesis, puede encontrar más de un involucrado sin que todos ellos estén en el proceso, aun cuando el interés dominante los ocupe y la sentencia pudiera alcanzarlos en sus consecuencias.

En tal sentido, a los fines de comprender porqué la cosa juzgada limita sus efectos a quienes acreditan el status jurídico de parte ha de establecerse claramente quienes son los que que tienen posibilidades de debatir sobre el interés específico.

Es decir, el sujeto activo es parte, porque promueve la acción y la concreta en su escrito de demanda. Surge inconfundible en la pretensión el derecho e interés alegado y la calidad que invoca, sea un interés propio y directo, o uno que se ejerce por representación o mandato.

Por consiguiente, no es posible capturar en la condición de sujeto alcanzado por los efectos de la cosa juzgada a quienes ejercen una representación necesaria o voluntaria, pues no les pertenece el interés para obrar. En cambio, con su actuación extienden las consecuencias de su obrar a la parte legítima que han representado.

Otras veces, las excepciones al principio general de los límites subjetivos de la cosa juzgada provienen de la sucesión de derechos o de la conexión jurídica existente entre partes y terceros.

Distinta es la situación del sujeto pasivo pues la asunción del carácter de parte demandada depende de la pretensión y, fundamentalmente, de advertir en qué medida los derechos alegados los afecta e interesa.

En la ejecución provisoria, la legitimación pasiva cumple la función de limitar el ámbito sobre el que el órgano jurisdiccional podrá actuar válidamente para hacer efectiva la resolución. En concreto, identifica el patrimonio que responde de la plena realización de la pretensión. Desde esta perspectiva -agrega Caballol Angelats- la importancia de la delimitación se centra en su vertiente negativa: no cabe seguir la ejecución de una resolución en el

patrimonio de sujetos que no aparecen legitimados directa o sucesivamente en ella ([256])

También los terceros convocados al proceso se convierten en parte, toda vez que la sentencia puede alcanzarlos como a los litigantes principales. De este modo, la extensión de la cosa juzgada no encuentra diferencias.

Sin embargo existen sutilezas de orden técnico que señalan particularidades en la forma como la *res judicata* los involucra.

En efecto, si la intervención del tercero es provocada por la petición del demandado, y el actor no amplía la demanda a su respecto, la actuación del mismo en calidad de parte, con las facultades, cargas y deberes que ello significa (esto es, igual a la de quienes son partes legítimas), la cosa juzgada lo atrapa, pero no será posible ejecutar contra él la sentencia.

Este supuesto muestra como existen casos de legitimación procesal que admiten intervenciones plenas sin que la eficacia de la sentencia los obligue inmediatamente ([257]).

En los casos de sustitución procesal la cosa juzgada comprende tanto al sustituto como al sustituido porque se trata de un típico supuesto de reemplazo de un derecho ajeno por uno propio que por ello admite configurarse en una misma parte.

La persona que acude al proceso en sustitución de otra se convierte en parte, aun contra la voluntad de quien se encuentra litigando contra el sustituido y contra él se puede ejecutar provisoriamente la sentencia dictada.

Finalmente, hemos de señalar que en todos los demás supuestos de intervención de terceros en cualquiera de las modalidades conocidas, existe un interés coincidente que asimila las condiciones de sujetos activo y pasivo de la litis según los casos. La participación en el proceso, y las posibilidades de defensa y alegación que encuentren los acredita como parte y es en esa calidad que la cosa juzgada puede serles opuesta, ya que justamente su intervención ha sido prevista por la ley o la doctrina que la admite, a fin de que la sentencia que se dicte sea también a su respecto obligatoria e inmutable, con los alcances reconocidos a la *res judicata.*

Finalmente, cabe agregar que el análisis de los supuestos de legitimación deben atenderse de oficio, y en su defecto, podrá plantearse la excepción respectiva por quien manifieste oposición a la vía ejecutoria.

12.3 La pretensión ejecutiva. Requisitos

La apertura de la instancia ejecutiva comienza cuando el beneficiado con la sentencia demanda por escrito, ante el mismo juez que la dictó, la ejecución provisional de la condena.

---

[256]. Ob. cit., pág. 230.

[257]. Aun cuando podría argumentarse que la sentencia dictada crea una situación jurídica consolidada para el tercero condenado aun sin que pueda ejecutarsele la decisión. Es decir, que al ser encontrado responsable, el juicio siguiente tendrá cubiertas las cuestiones de prueba que ya se han conocido suficientemente. De este modo, el tercero no resulta alcanzado por la ejecución pero sí por la cosa juzgada

Son requisitos comunes los referidos a capacidad, legitimación y representación, y particulares del requerimiento, los que afincan en elementos objetivos (fundar la procedencia de la ejecutoria, más no la irreparabilidad del perjuicio causado o la imposibilidad actual de su apreciación ([258]) y subjetivos (prestar la garantía o fianza necesaria).

12.4 El tiempo para deducir la solicitud

La mayor parte de los sistemas que legislan la ejecución provisional establecen un plazo a partir del cual puede plantearse la vía. No obstante, la doctrina es conteste en afirmar que el tiempo asignado es baladí e innecesario, toda vez que el objetivo del instituto no puede estar supeditado a tiempos contingentes que no se adaptan a las realidades eventuales del cumplimiento de una sentencia.

Con meditada precisión sostiene Caballol Angelats que "la limitación temporal no encuentra justificación en una necesaria cercanía temporal entre la interposición del recurso y la solicitud de la parte, porque si asi fuera todas las ejecuciones deberían prever esta limitación y no es así...[...En defensa de la exigencia de inmediatez, cabe argumentar que la ejecución provisional se concibe como una legítima reacción frente al recurso interpuesto y que actuaría contra sus propios actos el que no solicitara la ejecución provisional inmediatamente, después de la interposición del recurso. Sin embargo, el concepto de ejecución provisional huye constantemente de la realización de valoraciones sobre aspectos subjetivos que concurren en el ejercicio de las oportunidades procesales, e intenta fundamentar la posibilidad de conseguir la ejecución provisional, tanto en la decisión jurisdiccional plasmada en la sentencia, como en la valoración de las consecuencias producidas con la ejecución. Considerar la ejecución provisional como una legítima defensa de la parte recurrida, es tanto como entender que el ejercicio del derecho a recurrir merece la calificación de agresión ilegítima" ([259]).

13. Efectos de la resolución que despacha el pedido de ejecución provisional

Priva en este aspecto la determinación de saber si la ejecución procede a discreción del juez o fundada en normas específicas que contemplan el caso.

Uno u otro oscilan las consecuencias posibles. En el primer supuesto, la atendibilidad de perjuicios posibles de carácter irreparable son causas suficientes para abortar la medida; en el segundo caso, la automaticidad del procedimiento es producto de la regulación legalmente establecida.

Sin embargo, como en toda actividad jurisdiccional pervive la interpretación de conductas y valores, no puede exagerarse el alcance y efecto de una regulación normativa que, hipotéticamente, podría ser arbitraria o abusiva. Por lo tanto, es nuestro parecer que el criterio del juez es el único field para medir la justicia del reclamo ejecutivo.

---

[258]. Caballol Angelats, ob. cit., pág. 243.

[259]. Caballol Angelats, ob. cit., pág. 244.

EL CONTRATO DE MUTUO COMO TITULO EJECUTIVO

1. Se demanda el reajuste de una deuda dineraria pactada en un contrato de mutuo a través del juicio ejecutivo. El tribunal superior de la provincia deniega la vía por distintas consideraciones que, en lo esencial, analizan al pagaré como título ejecutivo sin advertir la integración que tenía con otros documentos acompañados, como el contrato de mutuo conteniendo obligaciones tales como la revalorización y los intereses.

2. La Corte, utilizando dos criterios centrales: la economía procesal y la comprensión integral de los documentos que traen aparejada ejecución, hace lugar al recurso extraordinario interpuesto.

En efecto, al rechazarse el proceso ejecutivo como trámite útil para gestionar la actualización y los intereses en las sumas de dinero adeudadas, bien se menciona la dilación que ello genera al provocar la instancia ordinaria posterior.

Por su parte, respecto al segundo motivo de atención, se explicita lo dispuesto en el artículo 61 del decreto-ley 5965/63 que habilita al portador de un título cambiario a ejercer la acción derivada de la ¨relación que determinó la creación o la transmisión del título¨.

3. No obstante, el contrato de mutuo tiene autonomía suficiente para habilitar la instancia compulsoria en la medida que contenga una declaración de voluntad referida a reconocer una deuda líquida o fácilmente liquidable.

El hecho de que pueda subordinarse a una etapa previa de preparación no le quita eficacia ejecutiva pues el reconocimiento de firmas está dispuesto para un conjunto de instrumentos privados que adquieran la misma condición formal.

El artículo 523 inciso 1º atribuye fuerza ejecutiva al ¨instrumento público presentado en forma¨, mientras que el inciso 2º prevé como título que importa ejecución el instrumento privado suscripto por el obligado, reconocido judicialmente o cuya firma estuviese certificada por el escribano con la intervención del obligado y registrada la certificación en el protocolo¨.

La restricción que supone el juicio ejecutivo para acotar el conocimiento judicial a lo que sea materia de litigio, no deriva al proceso ordinario la posibilidad de atender la integración de los títulos que traen aparejada ejecución.

En el caso, el pagaré originalmente reclamado se completaba en otros registros, igualmente hábiles y suficientes para habilitar la vía –deuda de dinero líquida y exigible-, sin que resultara forzoso recurrir a un proceso distinto, sea ejecutivo u ordinario posterior, pues la completitividad reunida con el principio de concentración (que es parte de la celeridad procesal) permiten aplicar el proceso ya iniciado, sea como ampliación de la suma reclamada, o como causa independiente que tolera la vía rápida y expedita.

4. Si tuviéramos que marcar un límite a esta fuerza ejecutiva del contrato de mutuo deberíamos encontrarla cuando las obligaciones declaradas no complejas y no surge de ellas un mecanismo sencillo y claro para liquidar la deuda emergente.

Además, para ser ejecutivo, de la obligación expuesta en el instrumento debe surgir que el único obligado es el demandado, respecto de quien ha de obrar un reconocimiento de deuda (expreso o tácito) y un compromiso de pago; en ausencia de ellos, no procede el juicio ejecutivo.

JURISPRUDENCIA

CS, octubre 27-1994.- Banco de la Provincia de Corrientes c. Luis Benicio Molina, Lucía B. Caballero de Molina, Petrona P. Gómez Vda. de Molina s/ ejecutivo.

Buenos Aires, octubre 27 de 1994.- Vistos los autos: ¨Banco de la Provincia de Corrientes c. Luis Benicio Molina, Lucía B. Caballero de Molina, Petrona P. Gómez Vda. De Molina s/ ejecutivo¨.

Considerando: 1º Que contra la sentencia del Superior Tribunal de la Provincia de Corrientes que desestimó el recurso local de apelación extraordinaria deducido por el actor,éste interpuso recurso extraordinario federal, que fue concedido a fs. 169.

2ºQue, según el recurrente, el *a quo* rechazó en forma arbitraria la impugnación articulada por su parte en cuanto prescindió de valorar que los demandados no habían negado la autenticidad de las firmas que les fueron atribuidas y omitió considerar la eficacia ejecutiva del contrato de mutuo base de la acción.

3ºQue si bien la sentencia recaída en juicio ejecutivo es, como principio, insusceptible de ser revisada por la vía del recurso extraordinario por no tener el carácter de sentencia definitiva, cabe hacer excepción a dicho principio cuando, como en el caso, razone de economía procesal autorizan la apertura del recurso, a fin de no obligar al actor que pidió reajuste a iniciar un juicio ordinario para lograrlo en tanto ello importaría dilatar innecesariamente la satisfacción plena de su derecho, con desmedro de la expeditiva y eficaz protección judicial que exige la garantía de la defensa en juicio (Fallos, 300-1097).

4ºQue la sentencia impugnada consideró improcedente reconocer al actor el reajuste y los intereses convenidos en el contrato de mutuo acompañado porque sus estipulaciones –sostiene- no podían integrarse con éste dado su carácter de autosuficiente título ejecutivo y la literalidad que es inherente al ¨instrumento en ejecución¨(fs. 103vta).

5ºQue de tal desarrollo argumental se infiere una apreciación sólo parcial de la documentación y de la pretensión deducida en la especie. Ello porque el *a quo*, al resolver la cuestión controvertida, circunscribió su examen al mencionado pagaré y omitió pronunciarse sobre la posibilidad del actor de demandar con sustento el contrato mutuo que causó su libramiento, el que fue acompañado con la demanda como fundamento de la ejecución.

6ºQue, enunciada en el escrito inaugural la pretensión de hacer valer las condiciones pactadas en el contrato de mutuo e integrar el título ejecutivo con ambos documentos, el tribunal de grado no puedo fundar la improcedencia de la acción en la circunstancia de que el actor se había apartado en su reclamo del contenido ¨del instrumento en ejecución –pagaré-¨(fs 103 vta), sin expresar las razones que obstaban a la eficacia ejecutiva del otro.

7ºQue esto es así porque el examen de la viabilidad de la ejecución con sustento en el contrato mutuo, sin poner de manifiesto los motivos de la aludida conclusión, ha soslayado considerar la aplicación al caso del artículo 61 del decreto ley 5965/63, que habilita al portador de un título cambiario ejercer la acción derivada de la ¨relación que determinó la creación o la transmisión del título,¨en las que se incluye la restitución de la letra (el pagaré, en este caso,art. 103, decreto-ley 5965/63).

8º Que dado que no existe óbice legal para instrumentar la relación fundamental en un documento que traiga aparejada ejecución, fue deber omitido de los jueces de grado indagar si del instrumento respectivo surgía la existencia de una declaración autosuficiente de voluntad adecuada a la estructura de ese título ejecutivo por referirse a una obligación exigible, líquida y fácilmente liquidable, y en su caso reconocerle eficacia ejecutiva; sin que obste a ello que tal eficacia se encontrar subordinada al cumplimiento de una diligencia preparatoria de la vía intentada, porque no cuestionada de la autenticidad de las firmas al oponer excepciones, debería haberse considerado la aplicación al caso del art. 1028 del Código Civil, y decidir la eventual incidencia que ese reconocimiento ficto pudo aparejar sobre la consolidación del derecho ejercido por el accionante.

9ºQue de lo precedentemente expuesto se desprende que las consideraciones efectuadas en la sentencia impugnada no han dado respuesta a los agravios del recurrente sobre puntos fundamentales del litigio planteado, circunstancia decisiva cuya omisión descalifica el fallo como acto jurisdiccional válido (Fallos, 311-1114).

Por ello, se hace lugar al recurso extraordinario deducido y se deja sin efecto el fallo, con costas. Remítanse los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, se dicte nuevo pronunciamiento con arreglo a lo resuelto. Notifíquese. –*Ricardo Levene (h).- Carlos S. Fayt.-Augusto César Belluscio.- Enrique S. Petracchi.- julio S. Nazareno (*en disidencia).- *Eduardo Moliné O´Connor.- Gustavo A. Bossert (*en disidencia*).- Guillermo A.F. López.- Antonio Boggiano*.

Disidencia de los señores ministros Julio S. Nazareno y Gustavo A. Bossert

Considerando: Que el recurso extraordinario es inadmisible (art. 280 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación).

Por ello, se declara improcedente el recurso extraordinario, con costas. Notifíquese y remítase. – *Julio S. Nazareno.- Gustavo A. Bossert.*

SECCIÓN 11ª :
LABOR DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS. ENSEÑANZA DEL DERECHO

SOBRE LA HIPOTETICA DEROGACION DE LAS FACULTADES DISCIPLINARIAS DEL JUEZ DESPUES DE LA LEY 23.187

Sumario: 1.Introducción; 2. Etica y deberes procesales, *2.1 La ética profesional, 2.2 El principio de moralidad en el proceso, 2.3 El punto de reunión y diferencia entre ética y conducta procesal*; 3. ¿A quién corresponde calificar la conducta temeraria o maliciosa?; 4. Límites de la potestad jurisdiccional. La defensa en juicio; 5. Juicio ético y conducta procesal.

1. Introducción

El Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal sostiene que "*las disposiciones de la ley 23.187 que confieren atribuciones disciplinarias al Tribunal de Disciplina han derogado las que confieren a los jueces los ordenamientos procesales y el decreto-ley 1285/58*" ([260]).

Básicamente fundan esta doctrina los argumentos siguientes:

a) El Código de Etica dictado por el Colegio profesional en ejercicio de las facultades que la ley 23.187 le asignó, importa un texto específico, de naturaleza especial y exclusiva, que reune la totalidad de conductas que al abogado se le vedan en la práctica y que sólo el Tribunal puede calificar.

b) Se resguarda el derecho de defensa del abogado que, de otra manera, se encuentra sorpresivamente sancionado sin posibilidad de defenderse contra la "susceptibilidad judicial".

c) Nadie mejor que los pares para determinar si la conducta profesional afecta o contraviene los fines de la actividad, evitando así, el temor reverencial a la potestad sancionatoria, amplia y discrecional, de los jueces.

d) Un mismo hecho no puede -conforme a derecho- quedar sujeto a dos sanciones disciplinarias distintas -la del juez en uso de las facultades correctivas que establece el código procesal, y la del colegio, aplicando las normas de la ley y el Código de Etica-.

e) El sistema de la ley 23.187 no sustrae al letrado de sus derechos y obligaciones sino que -ante una eventual inconducta que afecte la ética en todos sus componentes (moralidad, probidad, buena fe, etc.) debe ser substraído del poder sancionatorio de la magistratura y remitido para su

---

[260]. A esta conclusión llega después de discutir en sendos plenarios el planteo, los que tuvieron posiciones disímiles, al punto que el primer plenario alcanzó una votación diferente a la obtenida el 26 de octubre de 1992 que refleja la doctrina final que en esta oportunidad comentamos.

juzgamiento ético ante el Tribunal de Etica, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal y/o administrativa, de la que se excluye la procesal, en la que pudiera eventualmente estar incluido dicho letrado.

Vale recordar que desde aquél pronunciamiento hasta el presente, los jueces no han modificado el temperamento habitual previsto, encontrándose a decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación una respuesta definitiva al conflicto suscitado.

De todos modos, tratándose de cuestiones legisladas, tampoco el fallo posible del Alto Tribunal variaría el sentido de la norma procesal; porqué la decisión superior tiene un valor interpretativo no obligatorio, mientras que la mudanza absoluta requiere de un cambio legislativo expreso.

2. Etica y deberes procesales.

En lo que sigue hemos de analizar cada fundamento del plenario para comprender su acierto o eventual equívoco.

Se sostiene que el Código de Etica es un régimen exclusivo y excluyente; por ello, los jueces pierden la potestad de sancionar para convertirlos en fiscales del comportamiento procesal.

De esta manera, el abogado evita tener que afrontar dos sistemas sancionatorios: el del código procesal y el colegial.

Sin embargo, esta lectura confunde dos valores diferentes. No es igual el resguardo de la *ética* respecto al mantenimiento del principio de *moralidad procesal*.

***2.1 La Etica profesional*.**

El comportamiento ético es una fórmula común de captar y ponderar el ejercicio profesional. Si bien es cierto no existe una regla "estándar" que visualice en conjunto las modalidades de prestación, también lo es que que bajo su manto se protegen principios básicos y esenciales de la conducta.

En este sentido, el concepto amplio de moralidad en la abogacía, contrae obligaciones, derechos y deberes sobre la probidad, lealtad y honestidad de la actitud abogadil.

Va de suyo, que el principio compromete también al profesional en el arte de ejercer su oficio, procurando consideraciones de estima y valor en la dignidad y decoro con que actúe; en la diligencia, corrección y desinterés de su tarea; en los principios de información y reserva, y en sus vínculos de asociación privada y corporativas.

Este "debe ser" de la abogacía estrecha filas con la ética, dándole, inclusive, cierto carácter costumbrista que tiende a pervivir por sobre la maleabilidad de las normas.

De todos modos, no son las reglas éticas normas morales, aun cuando la tendencia es a considerarlas como tales.

En realidad, aquéllas son principios de conducta profesional, y por tanto, no son obligatorias, pero que llevadas a la *praxis*, subrayan su carácter moral al entrar en colisión con el modelo generalizado del "buen abogado".

Se pude afirmar que son reglas referidas a la moral común, es decir, a la moral usual en un determinado lugar y momento histórico.

No obstante existan ciertas individualizaciones que permitirán encontrar diferencias por la especialización profesional.

En la fisonomía de estas características existe una tipicidad común que implica el concepto de pertenencia donde el sentido de servicio imprescindible para la comunidad se eleva por sobre el crematístico del beneficio económico que el oficio reporta.

En ciertos Congresos de la materia se ha afirmado que la ética profesional es fruto de una obra diuturna de autocontrol y de autolimitación que proviene de los mejores profesionales del grupo y que es asumida por la generalidad de los miembros del mismo como norma moral.

Evidentemente, el contenido de estas pautas subordina las finalidades del conjunto, las orienta y concreta en funciones que ocupan la composición vertebral de lo que entendemos como ética.

Sin embargo, resulta preciso repasar ciertos principios fundantes, muchos de los cuales permanecen inmutables desde hace largo tiempo sin haberse adaptado a las transformaciones del ejercicio y a los requerimientos del tráfico masivo.

Así por ejemplo, parece ineludible abordar la revisión del principio que ve al abogado como un defensor a ultranza de los pretendidos derechos de la parte que patrocina o representa.

La cuestión se emparenta indudablemente con la vigencia de la buena fe en el proceso y sus consecuencias.

2.2 El principio de moralidad en el proceso

El resguardo del principio moral es el primer objetivo que debe cumplir el comportamiento con lealtad y probidad en el proceso. Este es un fin genérico, omnicomprensivo, que resulta propio y naturalmente exigible a cualquier individuo que pone en marcha el aparato estatal en busca de solucionar un conflicto de intereses.

El fundamento jurídico atañe a la finalidad del proceso civil. La jurisdicción protege los derechos subjetivos de los particulares, procura el mantenimiento del orden entre los coasociados y tiende a la conciliación de los contrapuestos intereses individuales.

De este modo, la justicia aparece como un servicio público que no puede ser vulnerado por el exceso de las partes a través del abuso procedimental ([261]).

---

[261]. Cfr. Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La conducta en el proceso*, editorial Platense, La Plata, 1988, pág. 84.

Ambos términos ponen de relieve el contacto entre el derecho y la moral.

Pero estas coincidencias no surgen naturales; mas bien aparecen exigidas por razones político sociales. Sin embargo es lógico que así sea, pues a todos interesa que los hombres tengan un proceder honesto en su vida y, frente al conflicto y la necesidad de su reparación judicial, que el mismo sea resuelto en el marco de una composición justa y equitativa.

De modo, entonces, la relación entre derecho y moral supone un entrelazamiento entre el derecho "correcto" y la moral "correcta". La lealtad y la probidad son propiciadas a punto tal que obtienen una suerte de institucionalización y se convierten en un deber externo, indiferente al sentir interno del individuo que puede o no conformarse al principio.

Incurso el comportamiento desleal, atípico, el fundamento moral corre el riesgo de su quiebra, si no cuenta con elementos coactivos que lo impongan.

En este juego dialéctico entre lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto, lo moralmente exigible y lo socialmente repudiable, existe una franja muy extensa de situaciones híbridas que sólo el juez puede ponderar y calificar según su ciencia y experiencia.

Quizá sea este aspecto el que mayor trascendencia adquiera, pues en esta medida, en términos de filosofía jurídica, el ordenamiento procesal apoya a través de la coacción la libre motivación moral del individuo. Ciertas normas morales (como la lealtad y probidad procesal) son consideradas como tan importantes para la sociedad, que la motivación interna no parece ser suficiente. Por esta razón, la sociedad ofrece garantías externas: el derecho es un intento de imponer coactivamente la moral, ha dicho Binder, y es por eso que otros poderes morales que tienen para la sociedad menor importancia vital, pueden seguir siendo asunto privado y sólo condenables en la medida de la afectación al interés reclamado ([262]).

2.3 El punto de reunión y diferencia entre ética y conducta procesal.

El código procesal reclama a partes y letrados un comportamiento ajustado a los principios de lealtad, probidad y buena fe. Todos ellos se reunen en torno a la moralidad procesal.

La probidad, en sentido general, atañe a la honorabilidad y, dentro de ésta, a la honestidad.

Importa una doble consideración respecto de su presencia en el proceso: la probidad en las actuaciones procesales, como obligación ética de comportamiento ritual, y la probidad profesional que, por su amplitud, puede extenderse a la conducta privada del abogado.

De hecho, la actuación en el proceso repercute en la consideración profesional.

La regla de probidad en la conducta del abogado puede interpretarse como una manifestación del concepto *honeste vivere* que procede del derecho romano.

---

[262]. Cfr. Geiger, Theodor, *Moral y derecho*, editorial Alfa, Barcelona, 1982, pág. 165.

Son ejemplos de conducta ímproba en el proceso, la del abogado que no privilegia los principios de diligencia, corrección y desinterés; o la del letrado que renuncia a su mandato y no devuelve el dinero recibido para depositar con destino a gastos y honorarios; o que deja vencer los plazos para interponer un recurso; también, el caso del apoderado que no cumple todo su cometido, o que tiene propósitos dilatorios o entorpecedores, etc.

Adviértase que cualquiera de estas conductas desdorosas reflejan la calidad profesional, pero no se sancionan dentro del proceso donde suceden.

Con criterio finalista, podría significar que, mientras en la conducta contraria al decoro puede encontrarse una ofensa directa e inmediata a la autoridad del juez dentro del proceso, en la actitud que se encamina a la violación de la regla de probidad y buena fe, se ataca sólo en forma directa e inmediata esos valores, ya que es primordial y relevante el escarnio que se hace de los derechos del contrario.

Desde otro punto de vista, la *lealtad* puede asumirse como una regla de costumbre que no tiene sanción jurídica fuera del proceso, pero sí una grave reprimenda moral, por la cual los pares reprueban a quien se aparta de los principios éticos de la profesión.

Sin embargo, también la lealtad puede encontrarse en los deberes de colaboración y solidaridad que alienta el sentido publicístico del proceso.

En uno y otro caso, se puede ver como la lealtad, la probidad y la buena fe, funcionan dentro de las actividades procesales y extraprocesales.

También se advierte, de que manera el juez controla el buen orden de las actuaciones a través de lo que podríamos llamar la "policía del proceso"; y el Tribunal de Etica fiscaliza y asegura la dignidad y decoro de la profesión, incluyendo la libertad de su ejercicio ([263]).

No se trata, claro está, de una doble jurisdicción, y menos aun, de un juzgamiento simultáneo por una misma causa. Es un dualismo ancestral, perfectamente diferenciado en el que el Tribunal de Etica toma de una ley general, como es la de colegiación obligatoria en la Capital Federal, la potestad de mantener el decoro y la dignidad de la abogacía reprimiendo a los letrados que por sus faltas puedan hacerse culpables; en tanto que al Juez, mediante el código procesal aplicable, tiene una facultad distinta consistente en reprimir los abusos que ante la justicia se cometan ([264]).

---

[263]. Un meduloso trabajo del profesor Isidoro Eisner, que fuera integrante del Tribunal de Etica del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, distinguió con suma precisión el espacio que ocupaba la actuación del juez en el proceso al aplicar sanciones a letrados, respecto de aquella que le pertenecía al Tribunal como organismo previsto para la disciplina de los abogados (*"Sanciones por inconducta procesal y defensa en juicio"*, en Rev. La Ley, 1991-A, pág. 433; también en *Nuevos planteos procesales*, editorial La Ley, Buenos Aires, 1991, págs. 73 y ss.).

[264]. Estableciendo la diferenciación de las funciones disciplinaria de los jueces y de los colegios de abogados, la Corte de Casación de Florencia, en el año 1875 dijo:"*La ley de 1874 es una ley general que, inspirada en el propósito de mantener el decoro y la dignidad de la abogacía atribuye al consejo de la orden los poderes necesarios para reprimir las faltas y los abusos de que los abogados pueden hacerse culpables. Las disposiciones del código de procedimiento penal constituyen, en cambio, una ley especial que, inspirada en el propósito de mantener el decoro y la dignidad de la autoridad judicial, atribuye a los tribunales los poderes*

3. ¿A quién corresponde calificar la conducta temeraria o maliciosa?

Tanto la temeridad como la malicia conforman tipos de conducta disvaliosas que agreden el principio de moralidad en el proceso.

Ambos comportamientos no se identifican, por lo cual es preciso distinguirlos. La temeridad alude a una actitud imprudente o desatinada, echada a los peligros sin medir sus consecuencias. Es un dicho o hecho sin justicia ni razón y destinado, especialmente, a afrentar valores morales del prójimo ([265]).

La malicia se configura por la omisión deliberada de un acto procesal, o cuando se lo ejecuta indebidamente para que pueda producir el mismo resultado. En general, expresa un propósito obstruccionista y dilatorio tendiente a la paralización o postargación de la decisión final que debe dictarse en el proceso.

Estas modalidades son advertidas por el Juez al tiempo de dictar sentencia (arts. 34 inciso 6° y 45 del Cód. Procesal) y constituyen una actividad específica entre los deberes jurisdiccionales para considerar la conducta profesional genérica.

Pero no es la única oportunidad, también existen ocasiones particulares que, vinculadas con la calificación de los comportamientos, admiten que el Juez aplique sanciones en ejercicio de sus facultades disciplinarias (V.gr.: arts. 29, 145, 374, 525 inciso 2°, 551, 594, etc., del Cód. Procesal).

Ahora bien, el dictamen del Tribunal de Etica interpreta que el magistrado no pierde estas facultades. La diferencia está en que, advertido el comportamiento inusual, debe comunicarlo al organismo colegiado para que sea éste quien establezca la gravedad de la falta.

Siendo así, el proceso quedaría ausente de control específico y sujeto a una contingencia posible, absolutamente eventual, que privaría de sentido el rol director del Juez en el proceso.

Si bien en una primera época, antes de la evolución del derecho procesal y enmarcado por un procedimentalismo a ultranza, el principio dispositivo (que pregona el dicho que *"el proceso es sólo cosa de partes"*) acentuó las bondades de la astucia, la habilidad técnica, la disposición oratoria, la tolerancia del oponente, etc., ello motivó que el litigio, a la postre, hiciera gala de una triste experiencia: había triunfado el de mayor destreza, muchas veces, a costa de la verdad real.

Esa libertad de acción de las partes para sostener sus respectivas afirmaciones, no obstante, no toleraron jamás un ataque directo a la buena fe, la ética, o el empleo deliberado del dolo o el fraude.

Precisamente para controlar los excesos en el derecho de postulación, el principio dispositivo fue desplazado por el sentido de cooperación, moderno

---

*necesarios para reprimir los abusos que se cometan ante ellos" (*Cfr. Adolfo E. Parry, *Facultades disciplinarias del Poder Judicial*, editorial Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1939, pág. 35).

[265]. Gozaíni, ob. cit., pág. 49.

entendimiento del principio publicístico que pone énfasis en la participación y protagonismo del Juez como director del proceso.

El deber genérico es ahora la buena fe, y sus manifestaciones específicas, el obrar con lealtad y probidad.

Para corresponder el carácter de una conducta con la buena fe, debemos instalarnos en el terreno de los hechos; y por implicancia, este sentido objetivo de apreciación nos transportará al encuadre con el principio moral.

En definitiva, lealtad y probidad son términos indefinidos en el ordenamiento procesal. La enunciación de ellos es adrede, pues tiende a que los mismos encierren un amplio campo de conductas antifuncionales cuya caracterización depende de la interpretación judicial.

El *honeste procedere* es una regla moral que se considerará violada cuando las exigencias éticas no se encuentren presentes en el proceso.

Por todo ello, la conducta procesal indebida se representa en el comportamiento inapropiado con las premisas éticas del obrar honesto; y también importa un agravio al derecho, por buscar su desvío con medios ilícitos tendientes a la destrucción de la finalidad legal.

El juez advertirá y sancionará la incorrección ocurrida dentro del proceso; al Tribunal de Etica, le corresponde la reprimenda moral en salvaguarda del prestigio profesional y protección al conjunto.

¿Son, acaso, dos sanciones?: No, una está encuadrada en los sucesos anormales que el Juez debe prevenir y sancionar en la litis ([266]); la otra, es un deber del tribunal que consiste en calificar la gravedad de la conducta profesional, antes que el comportamiento específico revelado ante sus pares.

4. Límites de la potestad jurisdiccional. La defensa en juicio.

Se tiene dicho como punto de arranque y base de cualquier intento de sistematización que, en los casos de inconducta procesal genérica, es menester una visión total del desarrollo del proceso, debiendo primar en el juzgador un criterio restrictivo y, en caso de duda, favorecer la amplitud de la defensa.

Igualmente, para delimitar el alcance de los deberes de lealtad, probidad y buena fe que pesan sobre las partes, no ha de exigírseles total certidumbre de que sus articulaciones o pretensiones han de ser observadas, pues ello resultaría inconciliable con la garantía de la defensa en juicio y la vigencia del principio dispositivo.

El postulado requiere la objetivación del acto y la actitud meditada cuando se trata de calificar ante la sola calidad de vencido.

---

266. Esta es una obligación legal que debe concretarse en el proceso y nunca después, porqué *a posteriori* el Juez no tiene facultades disciplinarias. Ellas pierden oportunidad de aplicación apenas dictada la sentencia, que es el momento que la jurisdicción culmina su cometido.

Espíritu crítico y prudencia en la valoración son los referentes para determinar la cualificación del comportamiento procesal.

El resguardo al derecho de defensa en juicio pretende erigirse en el norte a seguir en la tarea de interpretación; principio que indudablemente responde a la necesidad de llegar a un proceso eficaz, mediante un servicio adecuado de justicia que concilie la celeridad del trámite con el derecho a una decisión justa y razonada.

La Corte nacional tiene dicho en forma asaz reiterada que la garantía de la defensa en juicio y de la propiedad no se compadece con la posibilidad de que se dilate sin término, o más allá de lo razonable, la decisión de cuestiones llevadas a los estrados judiciales con la consiguiente imposibilidad de la libre disposición de los bienes afectados ([267]).

Pero ¿cómo se entiende este principio con la temeridad y malicia en el proceso?

Ha de repararse, inicialmente, que la garantía de la defensa en juicio confiere solamente un derecho cuyo ejercicio debe ser reglamentado (razonablemente) por las leyes de procedimiento, a fin de hacerlo compatible con el derecho análogo de los demás litigantes y con el interés social de obtener una justicia pronta y segura.

Seguridad en el proceso y en el derecho y justicia en la decisión, verbalizan los dos cometidos esenciales que interesan en este punto. Algunas veces ambos términos no estarán correspondidos, y ese movimiento pendular exige de la apreciación del Juez para aplicar al caso una resolución comprometida con el principio moral.

Por eso, en la lucha entre diferencias que supone un proceso, no debe primar el avasallamiento de lo reglado, cuando se compruebe con ello una vulneración a la justicia del pleito. Otra vez aquí, el criterio del magistrado decide la suerte de la composición.

5. Juicio ético y conducta procesal

La obligación de conducirse conforma a una pauta ética es tan obvia que no motiva controversia alguna; sólamente provoca reacciones cuando se manifiesta lo atípico, lo antifuncional. Se revela ante los demás un comportamiento inusitado y como tal merece la reprobación inmediata.

Estos desvíos no son exclusivamente reglados en el código procesal: reconocen otras expresiones en el artículo 4° del Decreto 4777/63 que castigaba con una multiplicación de intereses al deudor que perseguido judicialmente litigaba sin razón valedera; el artículo 622 del Código Civil, que faculta a los jueces a sancionar al deudor renuente con intereses compensatorios y moratorios hasta dos veces y media superior a los que corresponderían; por mencionar sólo las más destacadas.

Es decir, son de lejano origen las sanciones al letrado; tan remotas que se recuerdan en el Título XVI del Libro IV de las *Institutas* de Justiniano (*De poena temere litigantium*). Ellas pretenden encausar por la buena senda un

---

[267]. CS, agosto 8/964, Jurisprudencia Argentina, 1964-24, pág.351

proceso judicial que, de tolerarse sin control la artería o cualquier otra inconducta específica, impedirían el servicio efectivo de la justicia.

La sanción procesal no es una reprimenda ética; es una medida que aplica el Juez en ejercicio de uno de sus poderes o potestades (la denominada *coertio*, o posibilidad de imponer sanciones a quienes con su conducta obstaculicen o perjudiquen los fines de la administración de justicia << [268] >>) para descalificar la conducta genéricamente advertida como *temeraria* o *maliciosa*, o señalada en cualquiera de las disfunciones específicas (V.gr.: recusación maliciosa; alegación falsa para lograr la notificación por edictos; périda del expediente; entre otras).

En ambos casos es una facultad disciplinaria del Poder Judicial, que no se confunde con la actuación que tuviere el Tribunal de Etica.

Supongamos que, calificada como "irrespetuosa" una frase del abogado el Juez lo sanciona y comunica el hecho al organismo colegial.

El Tribunal no puede controvertir la calificación efectuada por el magistrado; su función es analizar el comportamiento ético del profesional. Podrá o no compartir la gravedad de la falta y el fundamento de la sanción, pero está impedido de formular un desconocimiento a la autoridad judicial.

---

[268]. Gozaíni, *Derecho Procesal Civil*, tomo I (*Teoría General del Derecho Procesal)*, volumen 1, cit., pág. 208.

LA ENSEÑANZA DEL DERECHO Y LA HABILITACION PROFESIONAL

Sumario: 1. Introducción; 2. La vocación. Primer elemento en la formación académica; *2.1 La vocación profesional y el sostenimiento por la Universidad, 2.2 Vocación e inclinación, 2.3 La obligación académica. El plan de estudios, 2.4 La vocación y la habilitación profesional;* 3. La enseñanza universitaria, *3.1 La carrera docente, 3.2 El método docente, 3.3 Las resistencias al cambio, 3.4 Los alumnos de Derecho, 3.5 La presencia en clase, 3.6 Los contenidos;* 4. La habilitación profesional, *4.1 La facilidad para el ejercicio legal en Argentina, 4.2Los cambios educacionales. Los nuevos planes de estudio, 4.3 La práctica profesional en las Facultades; 4.4 El idioma en los planes de estudio, 4.5 La formación adicional;* 5. El futuro, *5.1 Las relaciones entre ingreso de alumnos e infraestructura existente, 5.2 Instalaciones adecuadas, 5.3 Formación docente. Nuevas metdologías, 5.4 La actuación interrelacionada de todas las entidades comprometidas con el funcionamiento de la justicia, 5.5 ¿Quién puede hacer la habilitación? Problemas del modelo;* 6. Conclusiones.

1. Introducción

La educación universitaria del abogado está en crisis.

La preparación práctica, es decir, aquella que transmite desde las aulas la metodología laboral de la profesión, está ausente en los planes de estudio.

Los graduados no tienen especial conocimiento de los compromisos morales que suponen aceptar y edificar los principios éticos del ejercicio profesional.

Afirmaciones como ésta son tan normales oirlas que hoy no sería posible establecer cuál es el tiempo de arranque para dicha mal formación.

Inclusive, muchos sostienen que los padecimientos van *in crescendo* con el aumento considerable de escuelas de Derecho que han multiplicado la graduación.

Cada una de estas cuestiones tiene expresiones y fundamentos muy atendibles. Se proclaman cambios urgentes; se quiere el perfeccionamiento, la actualización, la formación en la ética; en fin, la unidad de opiniones quiere asentar su filosa daga en el corazón del graduado, en el jóven abogado que, según esos dichos, no ha recibido de la Universidad la educación completa que la sociedad le reclama para que defienda a cabalidad sus derechos.

Hoy día, vuelve a considerarse que la habilitación profesional no debe ser función de la Universidad, sino de los colegios profesionales.

Sin embargo, es común también, escuchar estas críticas desde los sectores que tienen consolidado su título. Vale decir, el reclamo por mejorar la calidad técnica, la solidez moral y la experiencia práctica, comienza el día siguiente al de obtener la graduación.

Lo mismo, pero aumentado por los años de ejercicio, viene proclamado por jueces y abogados que no admiten ya más profesionales en su área.

El mensaje pareciera decir que su formación fue mejor que la actual. Que fueron mejor capacitados para la disciplina en las aulas de antaño; que los grandes maestros fueron ejemplos de dedicación y aplicación bajo cuya sombra creció el candor vocacional.

No obstante, ese sector es el mismo que reconoce no haber leído otras lecturas jurídicas desde el tiempo de recibir la diplomación. Que no ha asistido a cursos de perfeccionamiento; que no sabe ni reconoce las múltiples manifestaciones modernas de la abogacía; que no pueden utilizar la computadora si no es como una máquina de escribir cibernética; en suma, y disculpándome con las notorias excepciones que el caso presenta, la regla del abogado ha sido alcanzar el título, ejercer de innmediato la profesión, y criticar aun más rápidamente la formación que reciben los estudiantes de derecho.

En este estudio pretendemos demostrar que un cambio profundo para rejerarquizar la profesión no debe ser, únicamente, hacia el futuro; es imperioso que ocupe a todos los que actualmente participan del mundo jurídico.

Es falsa la conclusión que asienta la crisis en la formación universitaria. Constituye una auténtica hipocresía de quienes reclaman un cambio desde la posición que sustentan.

Así también ocurre con la nefasta idea de pedir la habilitación desde los cuadros colegiados, que no han sabido ocuparse de la vida profesional para implementar un sistema corporativo, más político que institucional, esto es, más preocupado por el crecimiento de la matrícula que por resolver la situación del abogado con sus angustias crecientes.

En síntesis, ¿es posible sostener que los abogados de antes son mejores a los actuales? ¿Fue la enseñanza universitaria de este siglo -tomando como franja hasta los años 70- más eficiente que la actualmente impartida? ¿Son las universidades las causantes del desprestigio profesional?.

2. La vocación. Primer elemento en la formación académica.

Al referirnos a la formación y habilitación del abogado necesariamente hemos de parcializar la temática, al descubrir que la "formación" obtenida en la universidad, no siempre resulta suficiente como para responsabilizar la "habilitación" del egresado. Lamentablemente, muchas veces el novel abogado es apenas un "diplomado"; alguien que esforzadamente -o no- ha cumplido su etapa académica, requiere la emisión del título, lo presenta ante el organismo colegial y consigue a través del juramento y la matrícula, la tan preciada habilitación.

Pocas son las oportunidades donde se distingue un estudiante que asoma a la carrera convencido de su ideal.

Cuando la tienen y deciden con firmeza su rumbo, el acierto de la convicción, y los dones naturales que lo auspician, consiguen aprisionar ese inquebrantable propósito; pero ¿cuántas veces nos encontramos ante esta plenitud intelectual, despojada de preconceptos?.

Es verdad, se ha dicho, que a veces se hace necesaria una tarea paciente de penetración y continuidad; pero alentada la orientación con firmeza y tenacidad, será posible evitar que los hombres sean simples falanges del destino y conseguir que, a la inversa, sea el destino el transfigurado por las manos del hombre.

Ahora bien, como poder afirmar anticipadamente el rumbo de una vocación, cuando en la trayectoria académica el esperanzado individuo comparte letanías de conceptos, vertiginosos principios, críticas directas contra el sistema, vorágine dogmática, inusuales sentidos de apropiación de ideas, desatinos vertebrados en la ausencia de dedicación docente, etc. En suma, poco se afirma el espíritu de la vocación, el amor hacia la carrera elegida. En esta etapa de formación radicaremos la problemática tenida como trastorno.

2.1 La vocación profesional y el sostenimiento por la Universidad

La vocación que nace y decide el curso de acción tiene recortada *ab initio* la dimensión actual de las cosas.

El proyecto esta allí, fue pensando, discutido, alentado, pero ¿qué papel tuvo la universidad? ¿qué rol ejerció el Colegio de Abogados? ¿que aconsejó el Poder Judicial?, en síntesis ¿qué hizo el Estado para dar a conocer el "ambiente" donde se recrea la abogacía?.

Entonces esa vocación sufre alteraciones anticipadas que van minándose en el decurso, cuando no destruidas.

Creemos así que ya no podremos hablar del fracaso o abandono del 10, 20, 50 o 70 por ciento de la inscripción que comenzó cursos, sino más bien, del fracaso, en esa misma proporción, del sistema que nada hizo para fomentar la vocación liminar.

Pero también el cargo es gratuito y ofrece otro rostro de atención.

Si bien es cierto que la vía de acción principal del abogado es la consecución de la justicia (el bien), también lo es que esa lucha reconoce una serie de técnicas incomprensibles para el común, o para el intelecto del iniciado. Inspira este comportamiento cierto grado de inmoralidad, difícilmente eliminable del análisis general.

Evidentemente, desde un plano filosófico, también la abogacía es un accidente social, por cuanto surge a partir del conflicto, es decir que nace en el hacer y no propiamente en el existir. Por eso, Gelsi Bidart, refiere al dualismo planteado por la "situación" y la "existencia": "No tanto poseer conocimientos teóricos y prácticos acerca del derecho, cuanto ejercer efectivamente la profesión para la cual habilita la sociedad según aquel supuesto previo, al expedirle el denominado "título habilitante" y colocarlo así "en situación de abogado". "Situación o sea el conjunto de elementos condicionantes, positiva o negativamente, de su acción. Ese hombre se encuentra -en cuanto abogado- en una posición peculiar frente a otros hombre, en lo que puede y ha de hacer consigo mismo y por ellos." ([269]).

---

[269]. Gelsi Bidart, Adolfo, *Cuestiones de cultura y enseñanza*, editorial Amalio M. Fernández, Montevideo, 1974, págs. 427 y ss.

De la vocación mucho fue dicho al punto tal, que podría reducirse a un sutil juego de símbolos o a una verdadera hipocresía, cuanto menos a un simple estado de ánimo.

La sociología demuestra situaciones excepcionales donde el artífice de una vocación resulta ejecutor de su destino, cual impetuoso apóstol o misionero que decididamente resuelve su futuro; en otros, verdaderamente, la vocación es obra y producto del fomento y proyecto que en su entorno se crea.

Algunos indican que la vocación podría interpretarse como una especial aptitud del espíritu para desarrollar una actividad intelectual, donde la capacidad se adquiere *ex post*, es decir, después de alguna experiencia profesional feliz que ilusiona al que realiza, le produce satisfacción y le afirma en la competencia frente a sus colegas; en otras, esa inclinación se origina en un hecho que lo lleva a la imitación (V.gr: hijos de profesionales; discípulos de maestros, etc.).

2.2 Vocación e inclinación

Esta diferencia entre vocación e inclinación se muestra explícita en el primer tramo del estudiante universitario. En esta etapa, sólo tiene el proyecto y la esperanza, reunida en vocación hacia el estudio, y donde perviven entusiasmos, pasión y dedicación, sin que tenga aún en claro la verdadera significación del concepto de abogado. Su modelo es abstracto, su ideal es una regla de comportamiento.

La vocación en este primer peldaño de la escalada hacia el título profesional contrae una naturaleza ambigüa. Más que vocación es inclinación, y aún otros dirán que ni siquiera esto, sino más que puro impulso.

El proyecto del estudiante de Derecho tiene poco que decir acerca de su conocimiento sobre las incumbencias que espera al diplomarse. Su figura esta difuminada en una serie de actos precisos y recortados a un modelo estandarizado, habitualmente logrado en el abogado litigante.

El decurso de la carrera ira abriendo los ojos del iniciado, ampliará su horizonte, y aquella función del ser que otrora tenía, irá mudando su perfil transformando la visión antes contemplada. Aparece ineludible, entonces, el tratamiento a fondo de la vocación.

La transformación del proyecto puede ser fatal para quien no tiene firmeza ni perseverancia, por cuanto más que vocación asentaba su esperanza en una inclinación profesional.

La enseñanza del "deber ser" acontece como imperativo de esta hora, pero no para reducirla a un purismo dogmático y normativizado, porqué las normas en definitiva no son descriptivas de la realidad, sino para alentar en el espíritu de los presupuestos y de los fines, donde se acoplan los principios morales a la guía de un comportamiento profesional que servirá de guía y modelo.

El estudiante sabrá que le espera, y su esperanza conocerá el sentido profundamente humano de nuestra profesión, que como tal, resulta sensible a los hechos que le inciden y trastrocan, sin lograr cambiarle su fisonomía.

2.3 La obligación académica. El plan de estudios

Aparece así, en este camino, el plan de estudios y el deber de la Universidad para conservar y orientar esa inclinación por el derecho.

Abrimos el debate hacia esta confrontación: sólo reinstalaremos el prestigio universitario en la medida que acompañemos con los sistemas de enseñanza, planes de evaluación y de estudio, la realidad que vive en transformación permanente. No se trata de vivir en la flexibilidad y mudanza de un sistema nómade, sino de afincar con criterios realistas la vocación del estudiante que en vez de alentarse y persistir en su empeño se aleja por temor a no saber hacer frente a la sociedad que le espera.

Una sociedad poco receptiva al graduado, a quien posterga por cuestiones ajenas al proyecto, pero vivas y presentes en un mundo ingratamente crematístico.

Al comprender que la vocación ilumina el camino de una carrera universitaria, admitimos la seria posibilidad de aquellos que sin vocación alguna deciden el curso de acción como quien tienta suerte en el juego. Así también serán sus posibilidades de éxito.

La ventura profesional tampoco se alcanza con el diploma, sino recién aquí se inicia la responsabilidad del triunfo.

Antes de ello, pueden encontrarse sinuosidades del rumbo que fatigan la orientación y degeneran con la indecisión del estudiante a persistir en los cursos.

Claro está que entre el estudiante disciplinado y responsable, y el episódico volátil existe una distancia muy grande para cifrar con carácter de generalidad el problema que comentamos.

Por eso, el déficit vocacional no siempre resulta en los primeros, para ser común en los otros. Aquí pretendemos apuntar hacia aquellos que, teniendo una inclinación hacia lo jurídico, *lato sensu,* no han consagrado su dedicación y se desalientan ante el primer traspié, o ante sus reiteraciones.

Posiblemente, el primer escalón de esta contingencia, aparezca en el indeciso, aquél que resuelve su proyecto sin tenerlo diseñado a claras y sabiendas para tomarlo bocetado para darle forma en el transcurso.

Evidentemente, la Facultad obrará definiendo esta etapa, siendo cuña de sus reafirmaciones o causa de la deserción. Creemos que son numerosas las posibilidades para tomar como razón del abandono la ausencia de motivación que debe recrear la universidad, siendo, por ello, los porcentajes de éxodo estudiantil iguales al fracaso del profesorado, aun cuando esto no podemos tenerlo como regla.

Ilustrar la vocación, esta es la consigna; alentar el esfuerzo para saber que sólo acompañado por él se consiguen las realizaciones.

2.4 La vocación y la habilitación profesional

Arribados al preciado título que ostenta la calidad de abogado, parecen cumplidos los objetivos de la consigna, de modo tal que los trámites

burocráticos de emisión del diploma son el único prefacio que se requiere para habilitar el desempeño laboral.

No existe clara consciencia sobre esta constatación de la realidad que lleva a vocaciones frustradas por no haber preparado al "diplomado" acerca de lo estrictamente utilitario del arte de abogar.

Ocurre que con el egreso universitario, recién cumplimos una etapa, pues el camino hacia la excelencia es muy largo todavía, quizás, nunca tenga llegada.

Lo que queremos expresar, es que el graduado que ha culminado su tránsito por la Universidad no puede considerar realizada su vocación. Parcialmente ha cumplido con un objetivo, ahora inicia otro, más difícil y competitivo, donde el desarrollo obrará -al menos en las actuales circunstancias- hacia mejores destinos sólo generado a su exclusiva voluntad.

A partir de la excelencia, las vocaciones se consagran y predican en móviles de constante evolución. Si el primer paso resultó superado al obtener éxitos en la prueba intelectual, los siguientes referirán a la destreza, donde no podran estar ausentes el robustecimiento de las cualidades morales y de tipo sentimental y volitivo que impondrán la fidelidad a la vocación acordando autenticidad a la vida, y generarán la conciencia profesional y el amor a la profesión.

En síntesis, vocación y destino son objetivos que caminan permanentemente juntos; uno responde e inspira al otro; en soledad, bifurcan y pierden el rumbo; procuremos no olvidar esta lección de vida: el día que se pierda la vocación por el Derecho y por el arte de abogar, se habrá olvidado la misión.

3. La enseñanza universitaria.

Una de las principales críticas que se dirigen a los abogados recientes reposa en su formación dogmática, alejada del pragmatismo que vincula los textos con la realidad. Quienes las formulan, en realidad, no explican si las aptitudes logradas por ellos fue distinta en la etapa universitaria por la que transitaron.

No queremos decir con esto que debe continuarse con el modelo, sino, antes bien, que la capacitación profesional de antaño no varía signficativamente de la actual.

El mundo del derecho de siempre ha insistido en el modelo más cómodo y conocido de la clase magistral. Allí cualquier abogado puede ejercer el oficio de enseñar, y seguramente, lo hará exitosamente, excepciones hechas de sus calidades expositivas. Pero el conocimiento transmitido sólo reproduce lo que se encuentra en los textos.

Una pequeña variación incluye el comentario a título de monografía que debe preparar el alumno sobre un tema dado en clases. También allí no se muestran aptitudes docentes en la medida que sólo se revisa la calidad del producto antes que las habilidades formadas en el estudiante.

Esta visión de la enseñanza, claro está, responde a una visión general del fenómeno. Pero es una realidad sin cambios desde los orígenes de la escolástica.

Es un arquetipo repetido, basado en el pensamiento dicho por Gordillo claramente:" *Yo estudié gratis en la escuela y Universidad del Estado, y creo que tengo una deuda con la sociedad, de enseñar gratis lo que aprendí de ese modo"* ([270]).

Desde otra perspectiva, es una consecuencia necesaria de la tradición docente de nuestro país, que en las Facultades de Derecho muy pocas veces tuvo profesores con dedicación exclusiva.

3.1 La carrera docente

El docente argentino que enseña Derecho, tanto el actual como el de antaño, no recibió formación especializada en técnicas pedagógicas. Vuelvo a insistir en la generalidad del aserto, frente a la existencia de carreras específicas como tiene la Universidad de Buenos Aires.

De todos modos, el índice estadístico es elocuente y preocupante. Los titulares de cátedra (catedrático es aquél que domina toda las áreas de su disciplina, orientando su especialización, formando e ilustrando con su saber vocaciones docentes) se eligen y seleccionan teniendo en cuenta sus títulos y diplomas, su producción científica, participación activa en jornadas y congresos, su vida profesional e institucional, entre otros ítems de importancia para reconocer la valía del profesor.

La clase de oposición, es la única vía de reconocimiento de sus aptitudes pedagógicas y, no siempre, determinan la designación.

Una vez más vemos que la tradición criticada es la misma que formó a los que denostan la enseñanza tenida por el jóven abogado.

Las Facultades de Derecho han reclutado prestigio académico antes que pedagogos. Por eso se vanagloria la clase magistral, la repetición de conceptos escritos, el aprendizaje de contenidos, la exposición sin debate, entre otros clásicos de la enseñanza tradicional.

Esta es la formación de nuestros profesionales del derecho, de antes y de ahora. Por tanto es válido reiterar el interrogante ¿son mejores los abogados de antes? ¿son tan deficientes los actuales?

¿Es posible sostener que el déficit profesional proviene de la formación académica?

Quizás, la única realidad precisa es que no existen en nuestro país, aunque existe una tendencia a desvirtuar el aserto, profesores que apliquen a tiempo completo sus conocimientos y habilidades.

La Ley Federal de Educación abre una esperanza, al establecer parámetros de medición cualitativa en la dedicación docente. Con el tiempo, seguramente, veremos sus resultados.

---

[270]. Gordillo, Agustín, *El método en derecho,* editorial Cívitas, Madrid, 1988, pág. 29

3.2 El método docente

En la escuela típica, el docente no emplea la mayor parte de su tiempo para enseñar. Lo gasta en el aprendizaje supervisado ([271]), de forma tal que posterga la interacción con sus alumnos, y en consecuencia, no consigue aflorar fortalezas o disminuir debilidades del estudiante a su cargo.

Pareciera que el último gran avance educativo ha sido la impresión gráfica, y por eso la reiteración repetitiva de los textos. Curiosamente, los chinos de los primeros tiempos históricos, rechazaron la escritura impresa porque amenazaba el papel de la caligrafía como vía real al conocimiento y la promoción.

Sostiene Drucker que un cambio predecible, aunque completamente diferente al antes mencionado, es el hecho de que está surgiendo un nuevo enfoque de la escuela y el aprendizaje: la educación permanente de adultos ya educados. Precisamente debido a que el conocimiento se convierte en el recurso central de una economía moderna, el aprendizaje constante es esencial. Puesto que aquél, por su misma definición, queda obsoleto al cabo de pocos años, y entonces los trabajadores del conocimiento tienen que regresar a la escuela ([272]).

En la práctica, la renovación académica de los profesores de derecho proviene de la actualización científica poco aplicable en los métodos de enseñanza o para el perfeccionamiento docente.

Sin afirmarlo rotundamente, podemos sostener que nuestros docentes de derecho, recién en los últimos años han reconocido la necesidad de contar con herramientas metodológicas adecuadas a los tiempos que se viven.

Antes, el cambio no era preciso, el estudiante absorvía saberes, los repetía ante mesas examinadoras largas y tediosas, y pocas veces lograba un acercamiento tan próximo a sus profesores que le permitieran el empeño y la dedicación posterior, sea como docente o como investigador.

Sólo quienes tenían auténtica vocación se presentaban al titular de la cátedra para exponerle, como una rogatoria, la posibilidad de ir formándose a su lado.

En cambio, hoy cada Facultad o escuela de derecho tiene bien diseñada la colaboración docente. El problema a resolver será la responsabilidad que a ellos se asigna, cuando bien sabemos, no pueden estar al frente de una clase participativa, actual, donde domina el debate, la deliberación por temas, el ensayo de propuestas alternativas, etc. Claro está que si reiteramos el modelo de la clase magistral, cualquiera puede ser docente, porque se trata, solamente, de repetir conceptos con cierta elocuencia y estilo.

3.3 Las resistencias al cambio

Tanto profesores como alumnos resisten a los cambios. Puede ser porqué en ambos lados se exige un mayor compromiso educativo y un tiempo considerablemente mayor en la preparación de las clases.

---

[271]. Drucker, Peter F., Diario La Nación, editorial del 16 de agosto de 1997.
[272]. Drucker, Peter F., Diario La Nación, editorial del 16 de agosto de 1997.

Dice Gordillo, como ejemplo, que casi todo recién egresado suele quejarse de que en su formación universitaria no se le enseñó a hacer escritos. Pero si esto es intentado, enseguida llega el reclamo por el tiempo que no se tiene o por las obligaciones que ello apareja. Sólo en dosis modestas, y preferentemente como trabajos grupales, lo acepta sin inconvenientes ([273]).

"Del mismo modo, la solución de casos y problemas prácticos concretos es vista de muy buen grado por el alumnado como actividad a ser realizada en clase, pero en cambio provoca resistencias cuando se lo encomienda como trabajo a ser ejecutado en la casa o, peor aún, cuando se utiliza el sistema de casos como modo de examinación: en particular, si se plantea al alumno el procedimiento de ser calificado sola y exclusivamente por su aptitud para resolver problemas concretos como le presentará luego la vida profesional, no se obtiene su adhesión; es que la posibilidad de ser enfrentado desde ya a un real y verdadero *fracaso* personal, por solucionar mal un problema, le provoca al alumno una dosis aparentemente demasiado grande de ansiedad e inseguridad" ([274]).

"En suma, el estudiantado por lo general sólo toma de buen grado una forma distinta de hacer la clase, pero no una forma diferente integral de aprender" ([275]).

Esto es evidente, la imaginación por encontrar caminos más interesantes en los modelos del quehacer docente tienen buena receptividad, pero resulta muy sacrificado el camino de la evaluación novedosa. El estudiante no quiere cambios; siempre prefiere el examen, aun a sabiendas del riesgo que tiene la hora clave, al definir en poco tiempo un saber incorporado continuamente.

La visión del docente no difiere sensiblemente.

Acepta experimentar con técnicas, utilizar casos, interpretar normas, dar vida práctica a una jurisprudencia constante, en fin, suele incorporar en sus hábitos estas herramientas del saber. Pero a la hora de evaluar, una vez más regresa a los contenidos. A la información que el alumno detalla de acuerdo a un ordenado programa y plan de trabajo.

La crisis que identifica esta relación proviene de que una persona bien informada no es automáticamente un alumno bien educado. Se aprendió mucho y se expresó igualmente en la evaluación (oral o escrita), pero al tiempo de demostrar con sus pares el rendimiento profesional, elucubrará contenidos antes que relacionar los aprendizajes con los sistemas posibles de resolver casos de la vida real.

La crítica externa también se manifiesta cuando suceden estas "agresiones" al modelo tradicional que por pura lógica llamamos "sistema esponja", pues el alumno absorve el caudal que el docente le profiere. Si es poco, absorve menos; si es mayor, los resultados mejoran.

Es este un punto neurálgico en la metodología, porque la docencia científica implica siempre una tarea de elaboración. Aun repitiendo contenidos, quien los recibe, interpreta y valora lo que se transmite.

---

[273]. Gordillo, ob. cit., pág. 241
[274]. Gordillo, ob. cit., pág. 241
[275]. Gordillo, ob. cit., pág. 241

Ahora bien, la preferencia por las clases participativas pone de manifiesto el grado de colaboración que se espera del alumno: puede ser puramente receptivo y apuntar a que consigan mejorar su sistema jerárquico de valores; puede apuntar a una estrecha relación y permitir la crítica del fenómeno jurídico persiguiendo soluciones alternativas; o bien, considerar una función común que construya la ciencia desde sus propias perspectivas.

En síntesis, si bien es un lugar común decir que educar no consiste -solamente- en enseñar; debería afirmarse igualmente que enseñar es -también- educar, en el sentido de que toda enseñanza debe encararse como un aspecto de la educación ([276]).

3.4 Los alumnos de Derecho

Muchas veces hemos sostenido que el perfil del alumno de derecho no difiere mayormente. Apenas se encuentran particularidades que no inciden en los objetivos que apuntan a su formación (por ejemplo, existe una clara tendencia a revertir el equilibrio de sexos, al ir superándose año tras año, el porcentual de mujeres estudiantes de abogacía).

Pero el enfoque no puede eludir la preparación previa que tienen los llegados a la Universidad. El objetivo será enseñar en un nivel cultural superior al que recibieron en el pregrado, y por tanto, en cualquier plan de estudios no deben obviarse asignaturas que tiendan a la formación integral del estudiante.

En tal sentido, la arquitectura de un proyecto educativo debe comprometer al alumno a su plena participación. Es imperiosa la relación docente-estudiante. No es posible pensar que se pueden formar discípulos conociendo a la persona en una mesa examinadora.

Esta es otra diferencia con la universidad anterior. La que tenía escasa participación por seguir el modelo "esponja", y que ahora critica los resultados de las actuales casas de estudios.

Insisto con la simetría: los alumnos no han variado, apenas modifican sus circunstancias. La que sí ha cambiado es la Universidad argentina (más las de gestión privada que públicas) en su propuesta educativa.

Quienes atienden únicamente el fenómeno inercial, esto es, el producto de las Facultades, observan nada más que los números elocuentes de una matrícula que crece inusitadamente.

Las causas de esa formación, evidentemente son distintas: *como el método tradicional repite la enseñanza de lecturas que se deben recordar en examinaciones, el docente que transmite sólo interpreta, califica o, simplemente, reitera los contenidos del libro. Por supuesto, si sus saberes son menores, no puede esperar que sus alumnos repitan más de lo que él ha informado.*

La diferencia entre las universidades reposa en esta cualidad: los docentes. Un elemento escaso en el mercado y que, en la enseñanza de la abogacía, ha perdido toda razón lógica de pertenencia (Hay profesores titulares

---

[276]. Gelsi Bidart, ob. cit., pág. 355

que enseñan en cinco o seis universidades, proyectando la enseñanza para veinte o treinta comisiones con un promedio de treinta alumnos cada una).

En suma: un docente que está en varias universidades, no pertenece a ninguna. Es un arte solitario que no tiene identificación.

Es común en ellas, que el alumno las seleccione de acuerdo al horario en que se desarrolla, o las facilidades que promete.

3.5 La presencia en clase

La asistencia a clase es algo más que un principio o un deber. Se plantea, mas bien, como una adición para el que siente curiosidad por aprender.

Es cierto que no todas las clases pueden resultar igual de interesantes, pero la concurrencia no puede ser opcional, pues resulta seguro que, cada día, y aun con posibles deficiencias, habrá una nueva incorporación de conocimiento.

Saber distinguir la paja del trigo. Sólo el que pasa por esta experiencia podrá reconocer la importancia de estar en clase y sus consecuencias futuras ([277]).

El compromiso del alumno con la Facultad no se agota en la asistencia a clase. Se requiere otras tantas de estudio y trabajo personal, individual o en grupo en la biblioteca o en el hogar. Hay que comprender que es imperioso completar como mínimo una jornada laboral ordinaria, para saber lo que significa tener "vida universitaria".

Es preciso diversificar. No toda la actividad debe asentarse en la enseñanza; hay que participar en el resto de las actividades de la Facultad.

Es lamentable observar el poco interés que tienen los alumnos en los cursos extracurriculares. Pareciera indicar que, como no están en el programa y no se evalúan, no hay porqué participar.

Una renovación imperiosa para esta dura constatación sería permitir la organización conjunta, como el buen modelo de las jornadas estudiantiles, o simplemente, dar cauces de expresión a las iniciativas.

3.6 Los contenidos

Actualmente, considérase superada la etapa de formación puramente dogmática del estudiante. La relación entre la teoría, la práctica y la realidad, es un movimiento necesario para renovar la vida universitaria.

El abogado del siglo XXI debe diferenciarse del que se formó y desarrollo en este.

El rol ha cambiado, por distintas consideraciones, entre las que no se soslaya la auténtica masificación de la cultura abogadil. Hasta hoy, se ha

---

277. Ramos Mendez, Francisco, *Cómo estudiar derecho,* editorial Bosch, Barcelona, 1991, pág. 28

preferenciado al abogado litigante, activo, efectivo componedor de problemas y astuto para resolver las diferencias entre personas.

Pocas veces las universidades, dentro de las Facultades de Derecho, prepararon abogados para otras disciplinas que no fueran las estrictamente judiciales. De este modo, el abogado juez, el abogado legislador, el economista jurídico, el abogado negociador, el abogado de empresas (asesor o interno) fue un aspecto olvidado en los planes de estudio.

Es ineludible mudar hoy el rol tradicional que la abogacía ha dispendiado para fomentar a los abogados litigantes, propiciando un frente nuevo, de mejores expectativas, ante un nuevo Estado y con una novedosa transformación de las organizaciones jurídicas e institucionales.

Un plan de estudios adecuado a las exigencias del entorno debiera responder con los siguientes compromisos y líneas fundamentales:

Formación profesional para desenvolverse en la carrera judicial

Enseñanza activa para resolver problemas concretos desde los diversos frentes que presentan el proceso judicial y sus sistemas alternativos para la gestión de conflictos.

Disposición para motivar capacidades de negociación.

Enseñanza de la ética y sentido de responsabilidad profesional.

Fomento de la imaginación creadora y operativa en la formación de emprendedores y operadores para la dirección y estrategia de empresas.

Vincular al abogado con estos sectores de la producción nacional, procurando interactuar en la tarea de prevención de conflictos.

Adecuada preparación para las disputas que inevitablemente requieren del proceso judicial.

Formación general selectiva por el alumno en miras a establecer una inclinación profesional específica.

Manejo de idiomas y herramientas técnicas de imprescindible conocimiento para el desarrollo profesional.

Formación de investigadores

Aptitudes solidarias para fomentar un desarrollo social cooperativo apoyado en los conocimientos y capacidades adquiridas ([278]).

---

[278]. Estas características se contemplaron en el plan de estudios de la carrera de Abogacía de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano. En el proyecto que participamos, la carrera se desenvuelve con el siguiente modelo: Cuatro años de carrera no significan disminución de contenidos, sino todo lo contrario, un esfuerzo signficativo en la carga horaria y en la división de materias que, para una mejor comprensión, dejan de ser anuales para desarrollarse en cuatrimestres. Hay un ciclo obligatorio necesario e imprescindible por constituir la estructura vertebral de la carrera. Terminada esta etapa, el alumno obtiene el título de Procurador. El año de culminación de estudios, permite al alumno planificar su futuro profesional. Es él quien decide su inclinación práctica y la eventual formación científica, a través de un variado menu de alternativas que debe seleccionar para iniciar el cuarto año y de este modo cumplimentar los objetivos de la carrera, y alcanzar el título de abogado. Finalmente, en el cuadro descripto para el cambio que se quiere operar en la carrera de

Abogacía, y para mantener vigilante el rendimiento de los nuevos abogados del siglo XXI, la Facultad propicia la continuidad educativa en las carreras de especialización.

Estructura General del Plan de Estudios

La carrera se completa en cuatro años. Al terminar el alumno de aprobar todas las materias del tercer año recibe el título de PROCURADOR.

El último año se establece selectivamente, es decir, existen materias que por sus contenidos, y preferencias el alumno debe seleccionar conforme la inclinación profesional que tenga (derecho civil, penal, administrativo, escribanía, empresarial, etc.).

Primer año.

El ciclo inicial que comienza el primer año de la carrera, agrupa materias de contenido general, cuyo conocimiento permitirá al alumno apreciar debidamente el panorama de la carrera elegida.

En tal sentido, aparecen asignaturas como Principios Generales del Derecho y La parte general del Derecho Procesal, que orientan sobre el diseño filosófico y dogmático de las instituciones jurídicas sustanciales y adjetivas. Es decir, se pone el alumno en conocimiento de cómo el derecho concilia valores con formalismos, sin que ninguno tenga una prioridad manifiesta que postergue a otro.

El derecho privado, tomado como pauta troncal de los principales elementos del derecho civil y comercial, y el derecho penal, ambos pensados para un desarrollo anual aunque planificado en sectores bien precisos que dividen el organigrama, permiten iniciar en las ramas tradicionales que consiguen demostrar las dos vías clásicas que orientan la vida del abogado.

El Derecho Constitucional y la teoría del Estado, insertos en el primer tramo de la carrera obedecen la consigna de lograr un pasaje de nivelación sin traumas entre el ciclo polimodal y la universidad. Son asignaturas que en lo fundamental se vierten en orientaciones del actual bachillerato y que se proyectan en la enseñanza especializada del denominado polimodal.

Segundo año.

El segundo año de la carrera decide comenzar con las llamadas materias codificadas, Obligaciones Civiles y Comerciales, Derecho Procesal Civil y Comercial, Contratos Civiles y Comerciales y Derecho Procesal Penal, corresponden a un diseño que se autoabastece. La idea de agruparlas responde a la planificación del título intermedio al finalizar tercer año.

La explicación tenida para el primer año, se sintetiza en el estudio de las principales ramas del derecho: derecho civil, derecho comercial, derecho penal y la teoría general del proceso.

El segundo año completa el panorama de la dimensión normológica del mundo jurídico, siendo de destacar que se satisface plenamente la exigencia doctrinaria de aunar estudios que, de otro modo, se vislumbran en compartimientos estancos de poca significación dogmática.

Por eso, las obligaciones son civiles y comerciales, como los contratos. También las Sociedades, aunque se planifique su desarrollo a partir del tercer año.

Este ciclo inicia al alumno en las disciplinas corrientes de la carrera, y mediante el agrupamiento de las materias que disciplina el plan se configura el estudio del derecho positivo nacional, tendiendo a una formación humanista y universal.

Tercer año.

El tercer año complementa el anterior. Se integra el curriculum de asignaturas que a esta altura de los conocimientos adquiridos son comprendidos en plenitud y aprovechado al máximo en miras a lograr una formación ecuménica del abogado.

El cuadro de asignaturas de este pasaje, integra la formación profesional básica del estudiante de abogacía y le permite alcanzar el título intermedio de Procurador.

La importancia del mismo es su rápida inserción laboral y la posibilidad de ir logrando experiencia en una rama profesional consolidada.

Cuarto año.

Finalmente, el último año permite al alumno elegir la inclinación profesional. Elige éste entre un menú importante de asignaturas con tendencia a formar una especialización. Cada campo eventual se diseña en materias propias de cada rama jurídica, las que, como sucede en la transformación y renovación constante que tiene la abogacía, no sin siquiera todas, sino tan sólo, las de mayor actualidad.

En cada uno de estos campos, las asignaturas propias de cada selección procuran brindar un mínimo de conocimientos especializados para el eficaz desempeño de ellos.

4. La habilitación profesional

El discurso proveniente de sectores bien intencionados promueven la distancia entre diplomación y ejercicio profesional.

Dejan solapada la insuficiencia de las capacidades adquiridas para el ejercicio profesional, estableciendo proyectos diversos que van desde el simple examen de admisión al foro, hasta la categorización de abogados con funciones disímiles de acuerdo con la plenitud de sus conocimientos o las habilidades que demuestre (V.gr.: abogado de consulta; letrado patrocinante; abogado para la primera instancia; abogados ante las Cortes, etc.).

En todo caso, queda propuesta la división entre el título académico y la licenciatura.

Cierto es que este modelo corresponde a una buena parte de las universidades del mundo; también lo es que no todas dejan en manos de los colegios profesionales el "accesit".

Es interesante notar, antes de abordar esta cuestión, que en la Europa del siglo XI, las primeras universidades se fundan para enseñar Derecho. Bolonia, la primera de ellas en el mundo occidental, nace con este objetivo. Y evidentemente, esto no es una casualidad, no es un simple azar cultural: las universidades se crean con miras al Derecho porque a su vez el Derecho era visto, entonces, como un modelo de pensamiento riguroso ([279]).

Los estudios jurídicos en esas universidades europeas germinales tenían por objeto el Derecho Romano. Sin embargo, vale destacar -para comprender la naturaleza de la actividad universitaria- que ese derecho tan apreciado académicamente, no estaba vigente en el mundo medieval como derecho positivo, no era derecho aplicable; pero no importaba, porque en definitiva, la enseñanza del derecho no era el estudio de la legislación positiva.

En realidad, esos estudiantes no venían a formarse como juristas, sino como hombres; o, quizá mejor, creían que formándose como juristas eran

---

Se propicia además, que el graduado vuelva a la Facultad en pos de aumentar su caudal cognoscitivo, despertando inquietudes y fomentando la especialización profesional.

Se insiste en el plan que se propone que la selección de asignaturas efectuada en cuarto año, no le impida al alumno regresar a la carrera universitaria

Por ello, se preve la necesidad de que, regresando a la Facultad, opte por realizar los estudios antes no seleccionados, sobre los cuales la Universidad acreditará y entregará cuantas certificaciones correspondan con la especialidad adquirida.

En suma, la plena capacitación orientada del jóven abogado se persigue en esta reforma.

Por supuesto, el principal móvil es mantener y conservar la vocación.

Trabajo final de investigación

La carrera de grado culmina con un trabajo final de investigación preparatoria (tesina), bajo la conducción de un profesor tutor que el alumno elige de entre los profesores titulares de las asignaturas del plan de estudios. Este trabajo es evaluado por un Tribunal integrado por un directivo de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, un representante de las entidades profesionales vinculadas con la Universidad, y un profesor titular o plenario. Este tribunal analiza las habilidades del alumno para defender sus ideas, como las aptitudes y destrezas intelectuales que demuestre.

[279]. de Trazegnies Granda, Fernando, *Reflexiones sobre la sociedad civil y el Poder Judicial,* editorial Ara, Lima, 1996, pág. 95

hombres más completos. No se estudiaba derecho para ejercer la profesión de abogado sino simplemente para pensar, para aprender a pensar bien: El derecho era la expresión y el método del saber ([280]).

Sobre este recuerdo inevitable, la ciencia jurídica elaboró un método apropiado para el saber; en otros términos, plasmó en la interpretación de las normas un sistema que no era útil para el pragmatismo profesional, pero que determinó la construcción de un razonamiento tan importante que fue vital para el mundo moderno.

Por eso el jurista no es un eterno repetidor de las leyes, antes bien, resulta un creador constante. En sus múltiples expresiones crea de continuo: cuando proyecta un contrato; cuando valora el alcance de una norma; cuando redacta una resolución; cuando piensa hacia el futuro; en síntesis, sus actividades son siempre originales, y realmente pierden fortaleza cuando se exigen de él actitudes matemáticas.

A partir del Renacimiento, con el desplazamiento del Derecho por las álgebras como modelo de pensamiento científico, el razonamiento dialéctico fue menospreciado. Se quiso convertir el Derecho, que esencialmente era un arte de la tolerancia y de la justicia, en una ciencia jurídica formada por verdades apodícticas que resultaban de la aplicación de una lógica abstracta.

"Sin embargo, cuando se pretende modelar la sociedad *more geometrico* y convertir al Derecho en una orden inexorable, donde todo problema tiene una solución silogística, donde cada cosa tiene su lugar establecido por una arquitectura rígida de normas que se enlazan como proposiciones matemáticas, cuando abandonamos el campo de lo razonable para pasar al campo inflexible de lo racional, caemos en el totalitarismo" ([281]).

Planteamos desde esta visión un nuevo interrogante ¿se puede fraccionar la condición de Abogado? ¿es aconsejable establecer una suerte de castas profesionales? En todo caso, ¿la aptitud profesional está asegurada en los abogados actualmente en ejercicio? ¿qué decir de los jueces?.

4.1 La facilidad para el ejercicio legal en Argentina

El ingreso a la vida universitaria en Argentina no tiene mayores exigencias. En las universidades del Estado el acceso no tiene restricciones, y en las de gestión privada el examen de admisión es bastante "light", se trata más de nivelar los conocimientos que de establecer las capacidades de los más aptos para iniciar la educación superior.

Esta superficialidad se observa en los promedios de graduación. Pocos llegan al diploma en relación con los que ingresaron (entre el 11 y el 35 %, tomando las franjas límites en la enseñanza del Derecho).

Esta inadecuada relación entre el ingreso y el egreso se observa, asimismo, desde otra perspectiva. Neild Gold, en su informe sobre "Los

---

[280]. Ibidem, pág. 96

[281]. Ibidem, p. 101

Abogados de la Argentina" ([282]), sostiene que "la calidad representativa de la profesión legal argentina está limitada en el momento de entrar al ejercicio profesional en lugar de estarlo al tiempo de ingresar en la universidad".

Por eso, la cantidad de abogados que se lanzan a la vida profesional no tiene relación con las expectativas de trabajo que potencialmente se tienen. Si a esto se suma el facilismo con que se obtiene la matriculación (es decir, sin que el abogado tenga ninguna acreditación sobre las habilidades y conocimientos para el ejercicio profesional), es lógico encontrar advertencias sobre la necesidad de distinguir entre educación y acceso al privilegio de ejercer una profesión.

Morello, en esta línea, dice que "los graduados en Derecho no reciben en nuestras facultades una preparación universitaria que les permita -técnica y éticamente- desempeñarse con suficiente competencia y de modo confiable no sólo en el mundo duro y competitivo profesional de estas horas y en campos de punta, complejos y de complicada atención por ser su cobertura sofisticada, sino aun en aquellos tradicionales y más simples que han constituido la cartera diríamos elemental o primaria con que hacían sus primeras armas" ([283]).

Las reflexiones apuntadas, serias y bien fundadas, tienen no obstante sus cabales motivaciones, una respuesta en contrario.

En efecto, la vida universitaria argentina está cambiando. Existen nuevos planes de estudio que asumen la necesidad de transformar el sistema educativo, la formación docente, los mecanismos de actuación en clase, la utilización de herramientas técnicas, el uso activo de la biblioteca, la elección por el estudiante de preferencias vocacionales en ramas vinculadas con la carrera elegida, entre otras variables que muestran un cambio señero en las universidades. No todas, claro está, pero éstas no pueden condicionar la suerte de las preocupadas u ocupadas por mejorar su perfil profesional y los objetivos de cada carrera.

En todo caso, deberían establecerse reglas mínimas para permitir la existencia de Facultades o Escuelas de Derecho viables, que incluyan una proporción adecuada de alumnos-profesores ([284]), que tengan docentes acreditados para la enseñanza, bibliotecas, y otras disponibilidades imprescindibles para lograr la excelencia que se pretende.

4.2 Los cambios educacionales. Los nuevos planes de estudio.

Los nuevos planes de estudio polarizan, actualmente, dos orientaciones. Unos encaminan los estudios primarios sobre nociones elementales de ramas del derecho (civil, comercial, procesal y público) sin diferenciar en el tiempo su mayor complejidad. Luego, determinan créditos que, como ciclos profesionales orientados (plan de estudios de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de

---

[282]. Gold, Neild, *Los Abogados de la Argentina,* Buenos Aires, noviembre de 1993, traducción de Silvana M. Stanga, para FORES (foro de estudios sobre la administración de justicia).

[283]. Morello, Augusto Mario, *La competencia profesional del abogado en la hora actual,* Jurisprudencia Argentina, suplemento del 7 de diciembre de 1994, pág. 3

[284]. Gold, ob. cit., pág. 12

la Universidad de Buenos Aires) tienden a formar en áreas específicas, a elección del alumno.

Existe un título intermedio (bachiller en derecho, que no tiene incumbencias profesionales) y el ansiado diploma de abogado se obtiene después de cumplir la cantidad de créditos necesarios.

Otros, en cambio, armonizan la enseñanza teórico y práctica en cada una de las materias que componen los años de estudio.

De este modo se pretende nivelar la entrada del recién graduado con el mundo profesional al que se inserta.

En la Universidad de Belgrano, donde me desempeño como Decano de la Facultad de Derecho (y pretendo al decirlo no perder objetividad en el comentario), la novedad del programa estriba en la preparación adicional que se dispone por la cual el alumno, durante el último año de cursación, o en los seis meses siguientes al de haber terminado la carrera, deberá realizar una ejercitación activa de práctica profesional.

A estos fines, a partir del primer cuatrimestre del cuarto año, se ofrece al alumno la posibilidad de desarrollar durante cuatro meses con una carga horaria de 25 Hs. semanales, diferentes opciones de capacitación.

A las prácticas rentadas, las pasantías académicas y profesionales, se agrega el trabajo metódico de investigación, o la prestación de funciones precisas en trabajos de servicio comunitario.

Estas alternativas de ensayo y capacitación dependen de la asignatura Habilitación Profesional, la que prepara a los alumnos en talleres con profesores especializados en cada orientación, para que sesenta días antes de comenzar con sus tareas tengan diseñado y aprobado el plan de trabajo.

El seguimiento de las tareas se supervisa con los docentes de la cátedra y se aprueba la asignatura mediante una evaluación final cifrada en las consignas que se le impartieron en los trabajos preparatorios.

En el supuesto de que razones laborales o personales impidieran al alumno cumplir con el menu propuesto (pasantías académicas, prácticas rentadas, trabajos de investigación relacionados con la disciplina o tareas en servicios comunitarios), ellas podrán cumplirse a la finalización de los cursos y como requisito previo e insoslayable para la expedición del título de abogado.

En caso de que el alumno desarrolle actividades laborales relacionadas con la carrera que estudia, podrá presentar sus aptitudes y habilidades ante los docentes que evaluarán la suficiencia de ellos y la capacitación lograda que le permita sustituir con ellos la obligación académica dispuesta.

Este trabajo de campo implicará una dedicación total de 400 horas que se realizarán en horarios de contraturno en los meses (cuatro meses) siguientes a la finalización del plan de estudios, o al tiempo de cursar el último año de su carrera.

Esta planificación es apropiada con algunos consejos que elaboró el informe para el Banco Mundial del citado profesor Neild Gold ([285]) en el año 1993.

4.3 La práctica profesional en las Facultades

La estructuración del plan de estudios de la carrera de Abogacía en la Universidad de Belgrano, contempla que, en cada año de enseñanza, se incorpore una asignatura específica de Práctica Profesional en los dos primeros años, y dos más de Habilitación Profesional.

Las materias de práctica profesional tienen por finalidad impartir a los alumnos los conocimientos prácticos vinculados a la carrera de abogacía.

A tal efecto, los estudiantes son familiarizados con el manejo de textos legales, doctrina y jurisprudencia y su aplicación a la diaria labor profesional.

Se persigue explicar la mecánica del trámite judicial como asimismo el trabajo del profesional en su estudio y en funciones de asesoramiento.

El profesor de la Práctica Profesional, y los docentes a cargo del curso de ingreso, deben explicar el cómo estudiar, no el qué estudiar.

Las unidades didácticas se programan en clases, estas a su vez, se complementan con seminarios, conferencias, foros y cursos de especialización diversos.

Por su parte, la habilitación profesional tiene como finalidad capacitar al estudiante que transita en la etapa final de su carrera en aspectos que cubren la organización del estudio jurídico, la afinidad con disciplinas particulares que le orienten hacia una especialización determinada, la técnica y sutilezas de los mecanismos particulares del procedimiento y, finalmente, la proyección que tienen las incumbencias profesionales a través de los distintos roles que cubre el abogado.

---

285. "Sería necesario alentar a las Facultades a desarrollar sus programas académicos -que son hoy día mayormente teóricos- teniendo en consideración una gran variedad de disciplinas. Las normas también deberían ser aprendidas en un contexto legal y social. Habrá que brindar a los estudiantes a los estudiantes la enseñanza directa de distintas habilidades intelectuales, que son pertinentes no sólo a la abogacía sino también a toda la enseñanza superior. Sería conveniente reconsiderar la duración de la educación legal, y re-evaluar los cursos sustanciales considerados indispensables tanto para los propósitos profesionales como académicos. El nuevo programa aseguraría que lo sustancial sea enseñado eficientemente, dejando espacio para materias optativas. Si se acorta la carrera académica, habrá más espacio para actividades tendientes a lograr la calificación profesional necesaria. Quizás sería suficiente cuatro años de estudios académicos, si la currícula fuera repensada, los métodos de enseñanza se cambiaran y se ampliara el staff de profesores full time. Las Facultades necesitarán tiempo para determinar los objetivos, diseñar una nueva currícula y desarrollar métodos de enseñanza, aprendizaje y de evaluación adecuados. Deberían ser alentadas para que asuman su papel esencial respecto de la educación legal en la Argentina, asegurando, al mismo tiempo, una mínima cobertura de materias básicas. No deberán estar atadas a una agenda estrictamente profesional. Algunas Facultades podrían optar por una orientación económica para el estudio del derecho, otras podrían poner énfasis en los valores fundamentales de una sociedad democrática, como resultado del derecho, algunas podrían aún elegir un enfoque jurisprudencial, etc. Nada impediría que una o más Facultades adapten sus programas de estudio con una clara orientación profesional, pero éste no debería ser el objetivo principal de una reforma en la educación de grado" (ob. cit., pág. 12).

Cada una de las etapas dispuestas desenvuelve áreas específicas del derecho de fondo y procesal. La planificación horaria de la asignatura permite esbozar un proyecto de organigrama que anticipa al alumno sobre los contenidos a desarrollar en cada una de las clases.

Asimismo, comprende otro objetivo de la asignatura, enseñar a investigar y a emitir una opinión concreta sobre el caso que sea punto de abordaje. En este aspecto, la búsqueda de bibliografía y jurisprudencia; la técnica legislativa e informática son temas de puntual particularización.

Considerando la planificación de la carrera, y los conocimientos incorporados, Habilitación profesional debe reinsertar lo aprendido aplicándolo concretamente a situaciones de praxis. Por tanto, cada uno de los modelos de enseñanza reconoce las variables de la actividad profesional, esto es, la del abogado asesor en asuntos de posible controversia; el abogado en el litigio; en la empresa; en la Universidad; en la actividad colegial; etc. ([286]).

4.4 El idioma en los planes de estudio

El estudiante de la carrera de Abogacía, además de cumplir con las obligaciones académicas impuestas por el plan de estudios, tendría -a nuestro entender- que aprobar una prueba de idioma inglés durante cada año de cursación.

El idioma no tiene que formar parte necesaria del plan de estudios, pero en caso de superarse las evaluaciones, el nivel superior demostrado podría acreditarse con la expedición del certificado correspondiente, y el diploma respectivo.

La no aprobación de los exámenes de rendimiento y capacitación podrían suspender la entrega de los títulos académicos alcanzados en la carrera (Procurador y Abogado).

Un método posible para la evaluación consistiría en lecturas y traducciones de textos referidos a temas de la realidad nacional o internacional.

---

[286]. Quedan fuera de este contenido curricular, pero establecidas como obligatorias para el alumno la colaboración en actividades extracurriculares que la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales celebre. Ellas sirven de entrenamiento y práctica, además de tomar un conocimiento directo de los temas y problemas actuales de la discplina que estudia. El alumno debe concurrir a clase obligatoriamente y participar de ellas toda vez que queda está entre los métodos didácticos la resolución de casos y problemas que los profesores presentan en un cronograma y plan de trabajo. Los exámenes parciales y finales se conservan como sistema para evaluar definitivamente. Además existe un sistema de visitas externas. Las clases fuera de la Facultad significan la vivencia de una experiencia concreta de vida, bajo la orientación y control de un profesor asignado especialmente. Estas visitas realizadas, luego, se comentan por los alumnos en las diversas comisiones que al efecto se le asignan, fuera de los horarios correspondientes a su cursación habitual; logrando de este modo transferir sus experiencias a compañeros de años anteriores. Sin perjuicio de estas visitas, se sostiene la siguiente actividad extracurricular:

Pasantías o prácticas rentadas en estudios jurídicos, empresas, instituciones públicas, o demás organismos públicos o privados que se encuentren vinculados a la Universidad mediante convenio.

Experiencias internacionales en instituciones universitarias.

Participación en actividades de interés comunitario, a modo de colaboración efectiva en las atenciones y necesidades de la comuna donde vive.

4.5 La formación adicional

En la línea sentada precedentemente un plan de estudios moderno debiera proyectar materias optativas para afirmar una formación completa del estudiante universitario.

Esta labor signada como formación general básica se interpreta como toda aquella que complete o apoye el curriculum de asignaturas de la carrera elegida, como así también, su formación humanística.

5. El futuro

Queda de manifiesto por lo hasta aquí expuesto nuestra oposición a que sean los colegios u otras entidades profesionales las que determinen la habilitación del abogado. Poner en dudas la formación académica simplifica una cuestión que no radica en los profesionales de las últimas generaciones. Hasta sería posible aseverar que las mal formaciones son anteriores a ésta época; algunas de ellas, originadas en costumbres del foro que llevaron, muchos años atrás, a ponerles coto a través de la reforma procesal que incluyó las sanciones de temeridad y malicia para los abogados que reiteradamente violaban los principios de lealtad, probidad y buena fe.

No queremos decir que las deficiencias no existan, todo lo contrario, pero la preparación profesional que prometen las universidades en estas horas merece un crédito adicional. En suma, coincidimos en las falencias pero no las generalizamos.

Claramente se ha dicho que cuando una Universidad no ha definido su misión en la vida social y cultural, necesariamente denotará una aguda postración sobre las áridas llanuras de la simple instrucción utilitarista. Si el conocimiento es ajeno a su cotidiana labor, el contenido de la enseñanza y la pedagogía usada seguramente se corresponderán mutuamente ([287]).

5.1 La relación entre ingreso de alumnos e infraestructura existente

Es este uno de los problemas de ciertas universidades que, auspiciando el ingreso irrestricto, permiten colmar las instalaciones superando con creces las posibilidades reales que abastecen sus aulas y el plantel docente. Se encuentran así comisiones de cientos de alumnos en franjas horarias que, sin descansos, se desarrollan desde las primeras horas del día hasta las últimas de la noche, con profesores rotativos que sólo tienen vocación, gran esfuerzo, aplicada dedicación, generalmente mal pagos, y con muy poca formación pedagógica.

Otras casas de Altos Estudios, establecen delegaciones regionales, que sólo aumentan vegetativamente la población estudiantil, dando clases en amplios salones sin estructura docente, con profesores improvisados que

---

[287]. ver introducción de Héctor Jaramillo Ulloa a la obra de Jairo Parra Quijano, *Las Facultades de Derecho por dentro,* editorial Rodriguez Quito, Colombia, 1985, pág. 3

dictan sus clases con megáfonos a trescientos o cuatrocientos interesados (no podemos llamarlos alumnos) ([288]).

La formación de un proletariado universitario (una masa que no posee otro patrimonio que su mero diploma sin oportunidad de ejercerlo) atenta contra la jerarquía, las normas éticas y la dignidad de las profesiones universitarias, estableciéndose una verdadera competencia comercial basada en la cruda relación entre oferta y demanda y de la cual se beneficia injustamente el empleador, sean los servicios públicos, las empresas privadas o los particulares ([289]).

Debiera ser ésta una de las primeras aproximaciones a resolver un problema de antaño: calificar la idoneidad de las Facultades de Derecho estableciendo a través de organismos técnicos de indubitable confianza (como podrían ser las actuales Comisiones de Acreditación) la posibilidad real que tienen para recibir alumnos de acuerdo a las necesidades del medio donde vayan a insertarse. No es posible permitir el ingreso de 1.000 o 2.000 alumnos allí donde los aulas no tienen más capacidad que para 500. Obviamente, esta relación de admisión debe tener en cuenta, también, cuál es la relación entre población y profesionales a graduar.

5.2 Instalaciones adecuadas

El espacio es vital para el desempeño eficiente. No es posible pensar en universidades sin aulas (sin involucrar en la apreciación la enseñanza a distancia) y sin equipamiento adecuado.

El pizarrón es un elemento anquilosado, pero imprescindible, y no siempre se encuentra en condiciones adecuadas para su utilización pedagógica.

Ramos Mendez, en su libro "Como estudiar derecho" indica como infraestructura necesaria en el aula los instrumentos siguientes: a) un ordenador personal (computadora), b) un proyector de cuerpos opacos y transparencias. Como mínimo, éste último, c) un videoproyector, d) un proyector de diapositivas, e) una pantalla fija o escamoteable, en la que se puedan proyectar las imágenes surgidas de los aparatos anteriores, f) Un pizarrón, aun cuando sea una herramienta obsoleta, g) papel, lápices y rotuladores varios, entre otros ([290])*.*

Seguramente algún lector atento con las realidades de nuestra universidad no podrá eludir una sonrisa por la ingenuidad propuesta. Pero no podemos esconder la distancia que tienen las aulas argentinas entre sí. Una

---

[288]. Sostiene Parra Quijano que "otro de los problemas concretos de las Facultades de Derecho son: a) la inflación del número de estudiantes...Repárese que hablamos de inflación y no de crecimiento; la distinción no es bizantina desde que una cosa es el aumento de elementos de la misma naturaleza y valor, y otra, muy distinta, la multiplicación meramente numérica a costa de una alteración cualitativa. En efecto, el mayor caudal de estudiantes universitarios significa lamentablemente que ha aumentado a expensas de su nivel; la educación toda sufre un abaratamiento cuando no se ha previsto una estructura capaz de absorver y distribuir el impacto de la cantidad..." (ob. cit., pág. 44)

[289]. Parra Quijano, ob. cit., pág. 46

[290]. Ramos Mendez, ob. cit., pág. 32

simple visita por la ciudad de Buenos Aires a Facultades de Derecho de gestión estatal o privadas podrá advertir la diferencia de equipamientos entre ellas.

Indudablemente, la preocupación por el estudiante es distinta, la asignación presupuestaria es diferente, y por ello, establecer una habilitación para todo graduado sería igualar hacia abajo, al no reconocer las habilidades y aptitudes que tienen los nuevos abogados según la universidad donde estudien.

5.3 Formación docente. Nuevas metodologías

Formar un profesor es más largo y difícil que lograr un graduado en derecho.

La preparación docente no significa, únicamente, utilizar nuevas metodologías de enseñanza (usar un caso, no es enseñar por el método de casos), supone también, la preparación adecuada, donde la universidad no puede quedar a la espera de las mejores intenciones del profesor.

Es deber de ésta auspiciar un programa obligatorio de capacitación, renovación y perfeccionamiento, que permita formar un profesorado propio, identificado con un perfil cultural e ideológico (el perfil del graduado que la Facultad persigue encontrar). No sirve, en adelante, salir a reclutar docentes vocacionales sin preparación pedagógica.

De todos modos es ineludible reconocer que en Derecho no existen docentes profesionales, la docencia se ejerce en ratos libres a pura vocación, porqué la remuneración que percibe es tan miserable que no podría sufragar con él el mantenimiento digno de una familia.

Por eso, un cambio metodológico necesita imperiosamente acompañarse de la firme decisión política de comprometer la enseñanza superior con una retribución acorde con el tiempo que ella insume.

Si queremos docentes con dedicación full time, es preciso reconocerle un salario que le posibilite cubrir la misma expectativa que tendría de abandonar el ejercicio liberal de la profesión [291].

5.4 La actuación interrelacionada de todas las entidades comprometidas con el funcionamiento de la justicia

La renovación absoluta del servicio de justicia requiere varios esfuerzos mancomunados. La Universidad, los Colegios de Abogados, El Poder Estatal en sus tres funciones, especialmente en la justicia, deben posibilitar encuentros interdisciplinarios y provocar discusiones abiertas en cada uno de los sectores.

De continuar con las cosas tal como se encuentran, cada uno se encierra más en sí mismo, abandona la posiblidad de acuerdos, fija sus

---

[291]. Lucio Mendiete y Nuñez sostiene: "considerando que el puesto de profesor de universidad es honorífico, se le han asignado retribuciones ayer miserables, hoy vergonzantes. El profesor universitario que no puede con sus salarios dignificar su persona, menos puede dignificar su saber y su trabajo docente. Porque, como dice c. bougle, si el profesor es insuficientemente remunerado, busca fuera de sus cursos de Facultad tareas alimenticias. Y luego tenemos un hombre gastado, perdido para la ciencia" (Cfr. Parra Quijano, ob. cit., pág, 52).

posiciones como un corporativismo a ultranza, y la gente, en definitiva, el destinatario del servicio, es el único perjudicado.

a) El Poder Judicial: Más allá de la necesidad de contar con un sistema eficiente para la designación de magistrados, es la judicatura la que debe propiciar una modernización interna. Técnica y humana. Modernizar los equipamientos, el sistema procesal de enjuiciamiento, los paradigmas de la jurisdicción, las funciones esenciales de ella, en fin, obtener la tan ansiada "Escuela Judicial Argentina".

La experiencia latinoamericana en este punto tiene puntos en común. Por eso me parece importante repetir un lúcido pensamiento de un autor peruano que dice: "El Poder Judicial se ha cerrado sobre sí mismo, se ha aturdido con sus propios problemas y ha perdido de vista que es un servicio público como cualquier otro, y que como tal tiene que dar satisfacción a los problemas de los ciudadanos. En vez de ello, se ha hecho una imagen de su propia función como si ésta no estuviera al servicio de ese hombre que viene a pedir que se le resuelva su problema concreto, sino de una abstracta diosa Justicia. Es por ello que actúa más como una orden religiosa hermética que como una empresa de servicios que debe tener la atención puesta ante todo en el público. Esto ha llevado a la subsistencia de hábitos mentales y de trabajo absolutamente obsoletos, al mantenimiento de procedimientos engorrosos que retardan innecesariamente la justicia, a la utilización de un lenguaje que no entiende el común de la gente al punto que, cuando lee la sentencia, el litigante tiene que preguntarle a su abogado si ha ganado o perdido y el propio abogado no puede encontrar una explicación coherente y transparente de las razones por las que ha ganado o perdido porque la Corte se pronuncia a la manera de un oráculo, sin preocuparse de fundamentar y explicar su decisión...Basta con visitar el Poder Judicial para sentir ese aire de cosa vetusta, que a veces es intencionalmente adoptado para crear una aureola de falsa dignidad y otras es el producto de una simple decadencia. Los terciopelos raídos, los dorados descascarados, las alfombras gastadas, no son ya símbolo de ninguna majestad sino la muestra más evidente de que algo muy malo está pasando en el Poder Judicial, de que hay un envejecimiento del sistema que puede ser sumamente peligroso para la sociedad.." ([292]).

b) *Los Colegios Profesionales:* También los Colegios de Abogados deben colaborar con las universidades. Apartarse de ellas para criticarlas representa un contrasentido, desde que son aquellas quienes nutren la vida misma del sistema colegiado.

Tanto la preparación de posgrado, como la actualización científica, debieran hacerse en conjunto, elaborando mecanismos de participación como puede ser el funcionamiento de los consultorios jurídicos gratuitos, o los centros de atención comunitaria.

---

[292]. de Trazegnies Granda, Fernando, *Sociedad civil y el Poder Judicial*, editorial Ara, Lima, 1996, págs. 58 y 59.

La defensa de la institución colegial, los valores que ello representa para la masificada plétora de profesionales, obliga moralmente a solucionar situaciones críticas aunando criterios.

Quienes entienden que los colegios están para resolver el desempeño profesional, aspiran a convertirlos en legisladores de la admisión, otorgándoles la posibilidad de enunciar los standards, o nociones de conocimiento, habilidades y actitudes esperadas en los abogados para permitirles el ejercicio profesional ([293]).

La certificación así enunciada determinaría que las universidades formen en la académico y los colegios establecieran el proceso de matriculación o habilitación.

De suyo un sistema así quebraría la interactuación indispensable para mejorar un sistema global para la administración de justicia, pensando únicamente, en arquetipos inútiles que, por otro lado, no son posibles disponer como prototipos.

c) Las Universidades: El modelo para una gestión de calidad exige en quienes lo conducen plena aplicación. No es posible continuar el modelo de la universidad del siglo pasado, dirigida por universitarios o políticos que sólo están para firmar.

Este sistema que afortunadamente tiende a desaparecer, permanece aún en algunas universidades, observando en quienes comandan estas facultades una actitud que no trasciende las fronteras de sus propias contingencias y circunstancias. Su vida universitaria es la de su casa de estudios, no tienen verdadera formación global al enmarcar su praxis en lo que a ella le pasa ([294]).

Los directivos de cualquier Facultad debieran tener dedicación exclusiva experiencia docente; igual con los secretarios académicos y el plantel mínimo de conducción.

La dispersión actual de la vida universitaria advierte hechos preocupantes. No hay encuentros para fijar, por ejemplo, las equivalencias entre planes de estudio, la recepción de estudiantes extranjeros, la investigación conjunta, la participación en proyectos globales, etc.

Son excepcionales las jornadas de profesores ([295]), los congresos interdisciplinarios, las sesiones entre Decanos, etc. Todo esto también debe cambiar.

---

[293]. Gold, ob. cit., pág. 13

[294]. "Quienes dirigen una universidad y no tienen una formación verdaderamente universitaria, creen que el mundo no es sino la universidad, y que deben permanecer en ella no importa con qué recursos, tal como lo hace el usurero o prestamista (por cierto, la más envilecedora y asquerosa de las actividades del ser humano). Lo importante es obtener el dinero no importa cómo" (Cfr. parra quijano, ob. cit., pág. 67)

[295]. Es una auténtica satisfacción ver que estamos próximos a una nueva Jornada Nacional de Profesores de Derecho, que iniciaramos en el año 1988 en la Universidad Nacional de Lomas de Zamora, y que se repitió en las Universidades de Buenos Aires y Notarial Argentina merced a los buenos oficios de un auténtico fogonero como es el Dr. Atilio Anibal Alterini.

5.5 ¿Quien puede hacer la habilitación? Problemas del modelo

Sugiere Neild Gold que un futuro abogado tendría que superar las pruebas de idoneidad que establecieran los standard fijados.

"El aspirante necesitaría acreditar el haber alcanzado los requisitos, lo cual podría evaluarse de diferentes formas. Por ejemplo, por medio de institutos de enseñanza privada, universidades públicas, instituciones sin fines de lucro e individuos que podrían crear programas de estudio que serían reconocidos por la profesión legal. Los standards requeridos por la profesión serían los requisitos mínimos para realizar el curso en forma exitosa, pero los proveedores de programas podrían aspirar a lograr más aún. Debería establecerse un sistema de becas para asistir a los estudiantes que lo merezcan. Algunos de ellos podrían elegir estudiar por su cuenta, conjuntamente con un curso part-time y/o un trabajo en los tribunales, gobierno u oficina legal. Para estas personas los Colegios de Abogados implementarían evaluaciones para asegurarse que los aspirantes hayan alcanzado el standard deseado. Aquellos que tomaron los cursos formalmente acreditados serían admitidos sin ninguna otra evaluación adicional. Dado que los standards involucran conocimientos, habilidades y actitudes, será necesario que las evaluaciones varíen lo suficiente como para certificar la competencia de los abogados, en las múltiples funciones que éstos desarrollan. La autoridad de gobierno monitoreará la evaluación pero no asistirá a controlar o limitar la flexibilidad institucional. Sólamente estaría preocupada por asegurar al público que los graduados hayan alcanzado los mínimos requisitos establecidos para el ejercicio" ([296])*.*

Hemos de formalizar nuestra oposición a un mecanismo así.

Un sistema de evaluación de conocimientos tiene el pecado original de todo examen. Con sus contingencias, posibilidades auténticas para caer en error evaluativo, celeridades imprevistas, acotamientos y urgencias, mediciones cualitativas imprecisas, etc.

Es decir, cualquier examen se convierte, casi siempre, en una sanción. Evalúa un pasado inmediato, sin otorgar crédito alguno para el conocimiento adquirido. Se trata de superar un obstáculo, antes que acreditar las bondades de un saber incorporado.

Podrá preguntarse ¿y si no se toma un examen de aptitudes? ¿cómo evaluamos las capacidades del futuro profesional?

Nuestra respuesta sería: *No hay que evaluar al producto sino al formador del producto, y de una sola vez.*

Por otra parte, ¿cómo resolver la tendencia cada vez más acentuada a la especialización profesional? ¿Acaso es posible evaluar sobre aspectos acotados del oficio de abogar?. Los standard pueden ser diversos, es verdad, pero ¿cómo solucionar un examen puntual para quien luego quiere ejercer en todo?

---

[296]. Gold, ob. cit., pág. 13

Observemos un caso paralelo de actualidad. Los mediadores son tales cuando acreditan ante el Ministerio de Justicia de la Nación haber cumplido un plan de horas introductorias en métodos alternativos para resolver controversias, otras tantas horas en entrenamiento puro, y algunas más como observador (pasantías).

Esto es bastante para acreditar su idoneidad. Luego, ejercerá las veces de mediador y, como sucede en la mayoría de los casos, también oficiará de abogado.

¿Será éste el modelo pensado para acreditar futuros abogados?

Finalmente, ¿porqué exponer el proyecto hacia el futuro? ¿Acaso la situación actual de la abogacía permite acreditar a todos los abogados (más de cien mil en el país) como idóneos en todo?

6. Conclusiones

En síntesis, nuestra propuesta se reduce a postular un esclarecimiento sobre la verdadera situación que atraviesa la universidad, y particularmente, las Facultades de Derecho, procurando demostrar la absoluta insuficiencia de establecer una habilitación profesional del abogado, como remedio para solucionar la crisis manifiesta de la justicia.

1) Las Facultades de Derecho deben modificar sus planes de estudio, renovarlos o adecuarlos. La enseñanza del "deber ser" acontece como imperativo de esta hora, pero no para reducirla a un purismo dogmático y normativizado, porqué las normas en definitiva no son descriptivas de la realidad, sino para alentar una renovación del modelo que parte de eñsenar la ética del comportamiento.

El estudiante sabrá que le espera, y su esperanza conocerá el sentido profundamente humano de nuestra profesión, que como tal, resulta sensible a los hechos que le inciden y trastrocan, sin lograr cambiarle su fisonomía.

2) Abrimos el debate hacia esta confrontación: sólo reinstalaremos el prestigio universitario en la medida que acompañemos con los sistemas de enseñanza, planes de evaluación y de estudio, la realidad que vive en trans-formación permanente. No se trata de vivir en la flexibilidad y mudanza de un sistema nómade, sino de afincar con criterios realistas la vocación del estudiante que en vez de alentarse y persistir en su empeño se aleja por temor a no saber hacer frente a la sociedad que le espera.

Una sociedad poco receptiva al graduado, a quien posterga por cuestiones ajenas al proyecto, pero vivas y presentes en un mundo ingrata-mente crematístico.

3) La educación legal debe impartirse profesionalmente. La docencia full time es imprescindible e impostergable. Es la única forma de obtener una renovación de los claustros, de las metodologías de enseñanza y de la asistencia del profesor como guía del estudiante que ha de cursar obligatoriamente, evitando las incursiones en la Universidad, únicamente para rendir las llamadas evaluaciones libres.

4) Es imperioso fomentar un sistema de responsabilidad del estudiante. Debe compenetrarse con sus obligaciones. La evaluación de su rendimiento debiera ser permanente, evitando la crisis del examen programado.

5) No debe evaluarse la calidad del nuevo abogado, sino calificar la idoneidad de las Facultades de Derecho estableciendo a través de organismos técnicos de indubitable confianza (como podrían ser las actuales Comisiones de Acreditación) la posibilidad real que tienen para recibir alumnos de acuerdo a las necesidades del medio donde vayan a insertarse. Obviamente, esta relación de admisión debe tener en cuenta, también, cuál es la relación entre población y profesionales a graduar.

6) Debiera certificarse un mínimo de contenidos en cualquier plan de estudios que tengan pleno interés para el desempeño profesional. Por ejemplo, instalaciones adecuadas, aulas acordes con un sistema pedagógico de avanzada, docentes de apoyo (tutores o guías de carrera), idioma, utilización de herramientas informáticas, pasantías, prácticas rentadas, experiencias de campo, visitas explicadas a los lugares habituales en el ejercicio del abogado, entre otras calidades que acrediten el esfuerzo de la universidad por lograr formar eficazmente al profesional que espera, de acuerdo con el perfil establecido.

7) En síntesis: No podemos evaluar al producto, sino al formador del producto, y a todo lo que va inserto en su estructura académica y administrativa.

SECCIÓN 12: EL FUTURO DEL DERECHO PROCESAL

UN PROCESO CIVIL SIN FRONTERAS

ARMONIZACIÓN Y UNIFICACIÓN DEL DERECHO PROCESAL

Sumario: 1. Introducción; 2. La producción de leyes, códigos y constituciones en la historia; 3. La postmodernidad y su influencia en los códigos; 4. Distinción entre unificación y armonización; 5. La armonización como punto de referencia; 6. El paradigma de la universalidad; 7. Sistemas procesales y su incidencia en la armonización; 8. Proceso universal. Modelos alternativos; 9. La integración americana. Principios rectores; 10. Principios elementales para un proceso común; 11. Incorporación del modelo al derecho nacional; 12. La progresividad del sistema a partir de la armonización gradual; 13. Los efectos y consecuencias de un proceso universal en el comercio.

1. Introducción

1.1 El mundo de fines de siglo asiste a un cambio similar al que se produce en cada fin de centuria. Son movimientos trascendentes que afectan e inciden en las sociedades otorgando un modelo nuevo para la vida en relación.

El siglo XXI avizora en modelos que transmite el llamado a la integración, un sistema de simetrías que opera sobre lo que se ha dado en llamar la "globalización". Este trabaja en tres dimensiones distintas: a) la geografía; b) el tiempo, y c) la producción normológica.

1.2 La primera queda de manifiesto con la eliminación de barreras territoriales para aceptar una metamorfosis del poder que no se nutre ya del concepto de "soberanía", sino de pautas y conductas que siguen un estilo de cooperación y, también, porque no, de modas y costumbres.

Este derrumbe de las fronteras tradicionales permite la formación de un derecho que emerge bajo el nombre de "comunitario" o, el más amplio "derecho de la integración".

1.3 El segundo aspecto, el tiempo, es muy diferente. La sensación de perennidad que pretendió establecer un *status quo* basado en la seguridad y firmeza de lo conocido fronteras adentro; hoy está eliminada o superada por la velocidad de la historia. Aquella creación del Estado pensado para la eternidad queda sin bases cuando el espacio es mayor y las comunicaciones modernas transmiten mucho más rápido los sucesos que afectan al mundo. La superación de unos altera la parsimonia de otros.

Por eso, hoy es posible saber qué le ocurre a cualquier país del mundo con sólo pulsar una tecla del computador. Antes, los tiempos eran mucho más lentos, fue imprescindible dotar de firmeza y seguridad a las cosas con la excusa de la organización estadual.

1.4 El tercer lugar de la mentada globalización atiende el fenómeno normativo. La producción de normas ahora está influida por la supranacionalidad que admite la "aldea global", pero también, al mismo tiempo, existe una supranormatividad que altera la idea habitual de creación y aplicación de las leyes.

Como esta es la base que inspira la aparición de un derecho procesal sin fronteras, y hasta un arquetipo procedimental común, es preciso abordar la problemática dando respuestas a varios interrogantes que enseguida atenderemos.

2. La producción de leyes, códigos y constituciones en la historia

2.1 En el plano de la evolución normativa existe un punto común donde se reúnen ideales compartidos que han perseguido, desde siempre, afianzar el destino de los hombres a partir del conocimiento de sus derechos.

Fue así como el derecho romano planteó un modelo o arquetipo por el cual cada conflicto hipotético en la sociedad tenía una respuesta legal y un sistema de representación ante los jueces para resolver las controversias suscitadas.

La utopía de la comunidad universal que apresaba el imperio romano entronizó el *jus comune;* éste se proyectaba en sus lugares de poder y dominación bajo la coherencia intrínseca del orden jurídico homogéneo.

Propiamente, era un método destinado a perdurar; una ética o una moral dispuesta como modelo y, en definitiva, un conjunto de reglas afianzadas por la fuerza y la persuasión sobre la conveniencia del respeto.

2.2 Es el mismo temperamento que va a tener la iglesia cuando, en la edad media, confluye con sus principios y modifica tipificaciones conocidas dándoles un profundo sentido religioso.

Se conservan las reglas y se compilan las disposiciones de varios siglos, bajo la forma totalizadora del inventario.

Al mismo tiempo sucede el desmembramiento de los imperios. Las regiones y los intereses se agrupan originando normas particulares fuertemente influidas por los usos y costumbres.

Germina un nuevo orden jurídico dispuesto hacia adentro, pero sin mayores creaciones o novedades respecto al dogma del derecho tradicional.

2.3 Tiempo después, sí ocurre un hecho trascendente. Se socava la autoridad y el misterio eclesiástico que poseía, sobre todo, la iglesia católica ([297]); en adelante, cualquiera podía interpretar el destino mortal de las sagradas escrituras y extraer sus propias conclusiones.

Es el tiempo de las ciencias (Copérnico, Newton, entre otros) y de los descubrimientos, con una gran incidencia en las conductas humanas que comienzan a percibir el valor de las idiosincracias y las pertenencias singulares.

Surge la noción de "derecho natural" y la fragmentación de los principios totalizadores que tenía hasta allí el mentado *jus comune*. El primero preconizando la tesis de regular matemáticamente las conductas sociales a partir de una serie de proposiciones jurídicas de la naturaleza humana. La segunda, es consecuencia política de la creación de los Estados al requerir un sistema normativo para autoregularse.

2.4 La recopilación de las leyes fue consecuencia lógica y esperada de la acumulación de poder en las autoridades centrales. Cada uno solicitó una sistemática

---

[297]. La reforma protestante rompió el dogma del papel intermediario de la iglesia e introdujo la inmediación personal entre el creyente y las escrituras. Las consecuencias de este principio serían inmensas, en especial para el desarrollo de la ciencia, más allá de las suspicacias de Lutero y Calvino (Cfr. Nuñez, Carlos Raúl, *Codificación, Teconología y Modernidad -La muerte de un paradigma-,* editorial Ara, Lima Perú, 1996, págs. 25 y 26.

que evitara el uso de las habitualidades como reglas de conductas, o la aplicación de las costumbres, como modelo para resolver los conflictos.

Las recopilaciones no creaban un derecho particular, sólo continuaban las disposiciones de otrora dándoles un orden sin demasiada meticulosidad. Son ejemplos de esta ardua tarea, las leyes de indias, o los digestos, o el *swabspiegel* que era una simetría absoluta con los hasta allí existente ([298]).

2.5 A mediados del siglo XVIII se avizora un cambio de mentalidad: el derecho reunido en un orden jurídico no respondía con suficiente certeza por la inseguridad que traía el desconocimiento sobre qué leyes estaban vigentes.

La era de la certidumbre y el orden da lugar al tiempo de la codificación.

Bien se ha dicho que

> La codificación es uno de los productos más acabados y llamativos del Iluminismo y de la cultura occidental moderna, una de sus expresiones formales más genuinas; se trataría de una obra tardía, más que de una producción antigua o medieval. Esta parece ser la posición más razonable. Se pecaría de anacronismo si se conjetura que la codificación es un fenómeno del mundo antiguo o medieval o propio de cualquier civilización que haya condensado sus normas coercitivas. Desde el momento que las condiciones materiales o ideológicas eran diversas, tal propósito constituiría, como ha puntualizado bartolomé clavero, un imposible histórico, y una interpolación fatal habría sido pensar en códigos antes de una innovación tecnológica como el surgimiento de la imprenta ([299]).

El código dio respuesta al criterio racionalista que caracteriza el tiempo donde transcurre.

2.6 Si bien es posible encontrar codificaciones desde el siglo VII, el rol auténtico de estos modelos orquestados a partir de un sistema y un método, son propios del siglo XVIII que es cuando se inicia la obra en Baviera y Prusia.

Además, no puede descartarse el fenómeno revolucionario de la técnica, que trae consigo importantes manifestaciones y claras repercusiones en la tarea de codificar. En primer lugar, la imprenta permitió eludir (eliminar) el uso del latín dando espacio a los moldes gráficos y a la expansión de los productos impresos. La ley dejaba de ser conocida por algunos para llegar a una dimensión superior. En segundo término, los primeros códigos revirtieron la obra colosal (por su peso y tamaño) de las recopilaciones, al quedar presentados sistemáticamente con contenidos breves aunados en un sólo concepto: la ley.

2.7 Los códigos se redactan con un obsesivo afán de claridad ([300]), donde son ejemplos grandilocuentes el Código Napoleón con su floripondioso lenguaje, y la belleza gramatical del Código Civil de Andrés Bello. Esta es una diferencia intrínseca con las recopilaciones, que desde otra perspectiva, utilizaron una técnica expresiva barroca, con reiteradas insistencias conceptuales (en razón de compilar leyes de naturaleza diversa -civiles, penales, mercantiles, políticas, fiscales, procesales, etc.- y teñidas de una retórica de difícil lectura.

---

[298]. Cfr. Ricardo Luis Lorenzetti, *Las normas fundamentales del derecho privado,* editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, Argentina, 1995, pág. 11.

[299]. Bartolomé Clavero, *Codificación y Constitución: paradigmas de un binomio (quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno),* Firenze, Italia, 1989. Cfr. Nuñez, ob. cit., pág. 29.

[300]. Nuñez, ob. cit., pág. 27

La codificación tiene un éxito notable. Se difunde por Europa en el siglo XIX y hegemoniza los modelos normativos. Al mismo tiempo, venía acompañando la formación del Estado moderno un suceso paralelo: el constitucionalismo.

Por eso, tanto los códigos como las leyes fundamentales gozan de una similar contextura. Pretenden claridad y orientación y asumen el rol de ser la mejor representación de soberanía de los nuevos Estados. Cada uno tiene su propia constitución y sus códigos de fondo ([301]).

2.8 De todas maneras, pese al paralelismo histórico, cada Constitución tiene presente en su propia condición una calidad singular. Esta es la aspiración que refleja Häberle cuando dice

> El tener siempre bien presente el contenido nacional específico de cada Derecho constitucional de un Estado concreto o país es lo que, en último término, puede evitar que se incurra en el error de reducir "a común denominador" de forma precipitada justamente aquello que debe ser y permanecer "diferente"; piénsese en los preámbulos de textos legales en cuanto a su dimensión de resumen expositivo de la historia nacional, en las garantías de las festividades nacionales y en tantos otros textos repletos de símbolos ([302]).

2.9 Desde entonces arrolla un movimiento transformador en la política legislativa. Cada Estado retoma valores y prosapias que busca jerarquizar a partir de un sistema básico de derechos fundacionales y fundamentales. Con el mismo objetivo de asegurar el derecho evitando la incertidumbre, se predica y alienta el esquema meditado de los códigos y las constituciones.

Ellos tenían la inmutabilidad del paradigma. Es la idea de resolver de una vez y para siempre bajo la sombrilla de la ley por todos conocida y aceptada.

Una semblanza de cada ordenamiento muestra un orden normativo público en el espacio de las leyes fundamentales destinado a regular al Estado; y otro orden jurídico privado que con los códigos obtenía un estatuto orgánico para disciplinar las relaciones de la sociedad.

2.10 En definitiva, había nacido el paradigma. Concepto bien acuñado a partir de la rigidez constitucional, pues debía permanecer en sus términos como un baluarte de ejemplos sociales y políticos a seguir en la medida que, siendo las libertades la base esencial del sistema, no podía pensarse en modificarlos. Por eso y para eso las constituciones fueron leyes fundamentales afianzadas por los modelos de permanencia y eternidad.

El siglo XIX afirmó y desarrolló los sistemas constitucionales. También se consolidaron las normas codificadas del derecho privado. Ambos, aparecían como esquemas sólidos, precisos y eficaces para regular la sociedad civil y el equilibrio entre poderes de un Estado.

Las primeras regulaciones de procedimientos tuvieron la misma intencionalidad: establecer una secuencia ordenada para la presentación y resolución de conflictos intersubjetivos.

---

[301]. Sostiene Nuñez que "la identificación de la Constitución y de los códigos con el Estado Nacional al cual pertenecían sería uno de los rasgos centrales de la modernidad jurídica durante más de dos siglos. Por otro lado, la dogmática erigida desde la aparición de los códigos evidenciaría un marcado carácter nacional y habría de referirse prioritariamente a la legislación vigente en el Estado que la producía (ob. cit., pág. 49).

[302]. Peter Häberle, *Derecho Constitucional Común Europeo,* trad. de Emilio Muranda Franco, en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio*, coordinador Antonio-Enrique Perez Luño, editorial Marcial Pons, Madrid, 1996, pág. 212.

2.11 Pero la sociedad no era ya la misma. Existía una clara despersonalización en las relaciones individuales. La explosión demográfica provocaba una sociedad de masas, en la clara definición de Ortega y Gasset; era un tiempo de anonimatos y una modificación profunda en los comportamientos al incentivarse los modelos económicos y las culturas egocéntricas imponiendo modas y predilecciones.

De pronto, la codificación sufre el impacto. Los sistemas de procedimientos creados hasta allí no hacían más que aplicar reglas precisas y mecánicas que la justicia sólo debía cumplir. Esta situación, fundada en la ideología de la revolución francesa que no confiaba en los jueces más que para ser ciegos artífices de la operatividad legal, no era la misma. Llevaba a injusticias manifiestas por la impermeabilidad de la ley a las circunstancias de hecho.

En adelante los jueces debían elaborar un trabajo sistémico de adecuación a los tiempos y necesidades. El problema estaba en que, desde fines del siglo XVII, a la justicia ordinaria le estaba permitido únicamente aplicar las normas, sin darles alcance ni inteligencia. Ese, no otro, era el mensaje acuñado por Montesquieu.

2.12 La aventura hacia una justicia con mayores poderes y deberes queda reflejada, principalmente, en Italia (1940), y prontamente se transmiten los resultados por toda Europa y América.

La inmutabilidad normativa tuvo en los jueces una vía de elusión. En realidad, la interpretación judicial permitió elastizar algunos conceptos y recrear instituciones que estaban presentadas como programas a elaborar. La jurisprudencia, con su encanto e imaginación, amplió los límites codificados y constitucionalizados.

2.13 Esta situación plantea en el siglo XX una auténtica revolución. La sólida estructura de los códigos y la férrea implementación de las leyes fundamentales, perdieron consistencia cuando los jueces iniciaron el proceso de interpretación.

La utilización de legislación extranjera, y la asimilación interna de las sentencias de otros países, era imprescindible por el grado de adelanto que algunos tenían respecto a la lectura aplicada de los cambios ideológicos y las transformaciones industriales.

Era tan fenomenal y rápida la celeridad de los tiempos que no había respuesta eficaz para las renovaciones sociales y sus nuevas pertenencias. Del individualismo dominante en el siglo anterior se posicionaba una cultura que entronizaba lo social.

2.14 De este modo, tanto los códigos con sus monosistemas rígidos y estancos; como las constituciones, con sus declaraciones y principios intangibles para el hombre, observaron como se agrietaron los sistemas.

Desde mediados de siglo, por señalar una fecha caprichosa aunque probable, se encuentra en el mundo una increíble inflación legislativa.

2.15 Los pequeños reductos codificados que simplificaron el estudio de las instituciones, se desmorona con la producción normativa individualizada; comienzan los estatutos especiales y una construcción singular que abre surcos en la unidad constitucional o en los códigos vigentes.

Era lógico, la aparición de nuevas tecnologías, un mercado económico diversificado, reglas de abastecimiento y consumo diferentes, la producción de bienes y servicios nuevos, el seguro colectivo, entre tantas manifestaciones, no habían sido previstas en las estructuras legales conocidas hasta entonces.

2.16 La visión totalizadora debió replantearse. Ya no era el ciudadano el centro de las preocupaciones; ahora, se despersonaliza para atenderlo en función de sus conductas y necesidades, por eso es regulado, como dice Lorenzetti,

como comprador, como contribuyente, como comerciante, como usuario, como trabajador, etc., y en cada una de esas actividades enfrenta leyes especiales. De ello se sigue que el consumo de normas especiales es mucho mayor que el de las generales. Si una empresa tiene que celebrar un contrato recurrirá poco a la teoría general del contrato del código civil y mucho más a las normas sobre impuestos, responsabilidad civil, seguros, quiebras, etc. Ello lleva a una crisis del concepto global y abstracto de "ciudadano" y de "pueblo". Se nos hace difícil saber qué piensa la mayoría y cuáles son los intereses del ciudadano y del pueblo ([303]).

2.17 El derecho constitucional también elaboró en sus Normas Fundamentales el mismo concepto de "paradigmas". Esta teoría ha tenido la virtualidad de resaltar que la idea de los derechos humanos se realiza y desarrolla siempre dentro de una tradición cultural masificada y uniforme ([304]).

Claro fue que con las rupturas ideológicas y las situaciones cambiantes en el funcionamiento de las garantías, claramente observado, por ejemplo, en la dinámica de la justicia constitucional, determinó también aquí, que se hablara de una época trastornada. Una sustitución de paradigmas y el tiempo de la descodificación.

2.18 Una situación similar se da en el derecho procesal. y existen muchos ejemplos que testimonian los tiempos de cambio.

Estas son voces a las que tenemos que ir adaptándonos: fin de los paradigmas; sociedad postmoderna; recodificación; códigos modelos; justicia alternativa, cada cual tiene tras suyo un llamado a las coincidencias, una brújula puesta hacia otro rumbo donde no se puede conjeturar sobre ensayos pasados ni principios intangibles e inmutables ([305]).

---

[303]. Lorenzetti, ob. cit., pág. 21

[304]. Bien se ha dicho que "los derechos humanos como categorías históricas, que tan sólo pueden predicarse con sentido en contextos temporalmente determinados, nacen con la modernidad en el seno de la atmósfera iluminista que inspiraron las revoluciones burguesas del siglo XVIII. Ese contexto genético confiere a los derechos humanos unos perfiles ideológicos definidos. Los derechos humanos nacen, como es notorio, con marcada impronta individualista, como libertades individuales que configuran la primera fase o generación de los derechos humanos. Dicha matriz ideológica individualista sufrirá un amplio proceso de erosión e impugnación en las luchas sociales del siglo XIX. Esos movimientos reivindicativos evidenciarán la necesidad de completar el catálogo de derechos: los derechos económicos, sociales y culturales. Estos derechos alcanzarán su paulatina consagración jurídica y política en la sustitución del Estado liberal de Derecho por el Estado social de Derecho" (Antonio Enrique Perez Luño, *Derechos Humanos y Constitucionalismo en la actualidad: ¿Continuidad o cambio de paradigma?,* en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio*, cit., pág. 14.

[305]. Pertenece a Thomas Kuhn haber planteado en el año 1962 la crisis de los paradigmas (Cfr. *The structure of scientific revolution,* ed. University of Chicago, Chicago, USA). El término "postmodernidad" fue utilizado por los críticos literarios a comienzos de la década del setenta, y luego lo retoman filósofos, politólogos, abogados, entre otros. Una obra guía puede ser la de Gianni Váttimo, *El fin de la modernidad,* ed. Gerisa, Barcelona, 1986). Los códigos modelos son producto de la tarea iniciada en 1967 por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal que redacta bajo la pluma y dirección de los profesores Enrique Véscovi y Adolfo Gelsi Bidart, ambos de la República Oriental del Uruguay, un anteproyecto de normas procesales para el enjuiciamiento civil que se terminó en el año 1988; también el mismo instituto encomendó en el mismo año (1967) a los profesores argentinos Alfredo Vélez Mariconde y Jorge Claría Olmedo la redacción de un código uniforme para el proceso penal. Finalmente, el movimiento denominado de justicia alternativa, pone de relieve las funciones que tienen otros mecanismos diferentes del proceso judicial para solucionar las controversias; se trata del arbitraje, la mediación, la conciliación, los mini juicios, entre muchos más, que en definitiva, permiten mostrar como la "desconfianza en los jueces" lleva a buscar en estos mecanismos una vía de escape o alternativa de composición. Puede señalarse a Mauro Cappelletti como uno de los pioneros en esta semblanza para el cambio.

3. La postmodernidad y su influencia en los códigos

3.1 La vinculación entre el tiempo y el derecho demuestran cómo la idea de orden y seguridad está implícita en la evolución desarrollada superficialmente en los párrafos precedentes. El positivismo es producto de esta ambición por la certidumbre. Pero también momificó la evolución normativa impidiendo su adaptación a las nuevas realidades emergentes.

De todos modos las instituciones fueron modernizándose, tomando de otros las adaptaciones y copiando de sus reglas los principios que todavía se marcaban hacia adentro. Esto equivale a decir que el modernismo institucional fue causado por una importación de principios que se dieron al paso de las generaciones. Aún se registraban los cambios para cada nación, como reducto particular que se acomodaba a los cambios y reclamos sociales.

3.2 La "modernidad" se define como

> una forma concreta de sociedad, que corresponde a la que la tradición occidental ha vivido y desarrollado en los últimos tres siglos. En consecuencia, la modernidad no es un concepto que describe el proceso genérico y abstracto de cambio sino el contenido social de un proceso de cambio específico. La modernidad es el resultado de una cierta modernización en particular: usamos el término "modernidad" para distinguir, entre todos los cambios y modernizaciones que se han producido en la historia (posiblemente todos con caracteres únicos), uno en particular que da nacimiento a la sociedad que conocemos actualmente como "moderna" dentro del mundo occidental ([306]).

3.3 Una de las características manifiestas del modernismo, en materia legislativa, se da en la creación de regulaciones precisas que no toleran ya el tratamiento vertical de los problemas. La horizontalidad, esto es, la regulación para los iguales modificó la estructura normativa tradicional. Se procuró solucionar la crisis del contexto antes que continuar la línea de la determinación híbrida y abstracta.

El Estado, como pilar fundacional y creador de las normas, pierde consistencia al resultar el ciudadano el agente provocador de los cambios y adaptaciones.

En materia procesal, ese cambio de enfoque se profundiza en América latina con la difusión notable de los medios alternativos para la resolución de conflictos, que pretenden desplazar el centro de gravedad del problema, antes ubicado en la razón judicial, y ahora puesto en la negociación entre partes.

3.4 Bien expresa Lorenzetti que frente a tal estado de cosas

> el comportamiento racional de los individuos autosuficientes no es vincularse al Estado. Las clases altas y medias viven en *countries* privados donde el municipio tiene poco que hacer. La policía es sustituida por la guardia contratada; la escuela pública por la privada; el sistema de salud por la medicina prepaga; el crédito estatal por el crédito privado. Últimamente asistimos a la peor deformación: la justicia estatal es sustituida por la justicia privada; la gente se arma y se defiende por sí misma o se contratan policías privados por doquier. Este individuo no necesita al Estado; le molesta, pretende que se lo suprima, porqué él está satisfecho sin necesidad de la "acción pública". El Estado le molesta, le cobra impuestos, la ley le impone cargas, responsabilidades; hay que reducirlo al mínimo ([307]).

---

306. Fernando de Trazegnies Granda, *Postmodernidad y Derecho*, editorial Ara, Lima , Peru, 1996, pág. 19.

307. Lorenzetti, ob. cit. pág. 22.

La legislación sectorizada desmembró la unidad de los códigos y dio origen a la mentada descodificación. Esta política de estrechamiento surcó la ideologías dominantes hasta buena parte del siglo XX. Había llegado una hora nueva: el postmodernismo.

3.5 ¿Qué significa ello y qué influencia tiene para los sistemas normativos y aun para el constitucionalismo?

Algunos sostienen que postmodernidad supone observar la decadencia (o el fin) de las ideologías para dar paso a un nuevo orden totalizador donde se priviligia el pragmatismo antes que el romanticismo político del siglo pasado.

De aceptar este temperamento, los programas declamados en las leyes fundamentales se afectan directamente por el nuevo llamado al cumplimiento estricto de las consignas. Se persigue llegar a los objetivos antes que emplazarlos como paradigmas.

En materia de procedimientos, asumir la regla de lo práctico podría alterar la eficacia y seguridad del sistema que, inevitablemente, requiere de principios y presupuestos que son intangibles y inmutables (Por ejemplo: el derecho de defensa en juicio, no puede postergarse por una celeridad imprudente).

3.6 Una variable demostrativa de la forma como opera el cambio se expone en la eliminación de los adagios medievales que fueron fijados en los códigos y las constituciones como principios generales del derecho. Por ejemplo: *ignorantia juris non excusat y nemo jus ignorare censetur* era un axioma para los jueces. Hoy, es sabido que el conocimiento integral de un ordenamiento jurídico interno es inabordable; sin contar la influencia decisiva para la eficacia de las instituciones que recibe de la legislación internacional y supranacional.

De este modo, los sistemas autosuficientes quedan subsumidos por la pluridimensión de las fuentes de producción legislativa

3.7 Es muy interesante advertir la distancia que presenta Hayek entre los dos tipos de creación de normas, la que sería igual a la que existiría entre formular principios de viabilidad como tiene un "código de tránsito", y el ordenar donde la gente debe estar; o mejor todavía, entre el organizar un sistema de carteles indicadores de caminos, y prescribir a cada uno qué ruta debe seguir ([308]).

En definitiva, el postmodernismo es un análisis dinámico de las estructuras normativas, donde pervive el síndrome de la eficacia antes que la esencia de las cosas. Pareciera elevarse la vanidad que pretende reconstruir desde los cimientos, olvidando todo lo aprendido para comenzar desde la nada ([309]).

3.8 Desde esta perspectiva, las constituciones pierden su carácter de norma fundamental de una nación para constituirse en el pilar de todo el ordenamiento jurídico. Ella no pretende ejecutar un proyecto político ni determinar un modelo institucional, pero deja en sus contenidos las bases necesarias para realizarlos.

La misma idea traen los códigos modelos que, auspiciados por el consenso y la necesidad universal para "una justicia de rostro mas humano", o "mas justa y efectiva", otorgan cimientos sólidos para construir un sistema procesal de alcances universales.

3.9 Podría ser un criterio similar al que plantea rawls cuando establece las condiciones o características de la "estructura básica" de la sociedad que, a través del

---

[308]. Cfr. Natalino Irti, *La edad de la descodificación*, editorial Bosch, Barcelona, 1992, pág. 16 donde cita al pensador austríaco que reproducimos.

[309]. Cfr. Trazegnies Granda, ob. cit., pág. 49.

overlapping consensus" puede servir de base para un acuerdo político informado y voluntario entre ciudadanos entendidos como personas libres o iguales ([310]).

4. Distinción entre unificación y armonización normativa

4.1 El fenómeno de la interdependencia normativa, producto del avance incesante de la sociedad, donde están presentes variables tecnológicas, científicas y hasta las más inesperadas fuentes de motivación para el cambio, obligan a replantear la tradición estática del ideal consagrado en una norma básica, al igual que los modelos procesales donde predominan técnicas consagradas por la costumbre antes que por su eficacia intrínseca.

Actualmente las constituciones han recobrado una fuerte presencia en el concierto mundial. Se han despojado de su vida íntima. fronteras adentro, para proyectarse y ser modelo de otras cartas superiores, generando la interrelación de valores, principios y normas que venimos comentando.

Un buen ejemplo de esta penetración lo indica el derecho constitucional común europeo que, auspiciado por el sistema de la Unión Europea, propicia un modelo estandarizado de principios y valores.

4.2 Surge una guía conceptual que permite a cada Estado orientarse por el fundamento vecino adaptando en su seno una reglamentación específica. Por ejemplo, una ley fundamental puede entronizar el derecho de propiedad, y legislarse internamente a través de disposiciones particulares para la propiedad urbana, rural, latifundios, minifundios, propiedad horizontal, etc.

Implícitamente es un paso de lo individual a lo social. Una solidaridad diferente basada en el respeto de lo singular que no puede colisionar con el derecho de todos.

Este puede ser un principio fundacional nuevo, que no supone abandonar absolutamente el modelo positivista para la regulación legal, sino la recuperación de ciertas partes menos enfatizadas pero esenciales en la tradición explicada.

4.3 La idea de solidaridad introduce un razonamiento social y finalista dentro del campo del derecho privado. Es un hecho patente que este tipo de aproximación ha venido introduciéndose paulatinamente dentro del Derecho Civil, al punto que algunas de sus antiguas ramas clásicas, ante la incapacidad del civilismo para procesar esta injerencia que la siente como extraña a la naturaleza de su disciplina, han abandonado su campo y aun el del derecho propiamente privado para considerarse a sí mismas como parte de una nueva área denominada Derecho Social, que ya no se considera privada aunque todavía no alcanza a ser pública; como si el Derecho Civil, irremediablemente individualista, fuese incompatible con los fines sociales ([311]).

4.4 Ahora bien, la cooperación indisciplinada de las normas que se nutre de la comparación de resultados antes que de los valores proyectados, no puede resultar absolutamente abierta. No es posible pensar en una gama de derechos únicos que fundan las diversidades cuando el mundo tiene múltiples expresiones de culturas que impiden la formación de un estereotipo.

Pensemos, por el caso, en la libertad como criterio ordenador del orden social. Este es un paradigma que se cae cuando las libertades escogidas difieren entre sí. No es la misma libertad la que prefiere un occidental cristiano respecto a un habitante de

---

[310]. John Rawls, *Justice as fairness: Political not Metaphisical (*Justicia como imparcialidad: política no metafísica), en *Politicial and Public Affairs,* vol.14, nº 3, 1985, pág. 230. También en *Teoría de la justicia,* editorial Fondo de Cultura Económica, México, 1979, págs. 227 y ss.

[311]. Trazegnies Granda, ob. cit., pág. 55

países musulmanes; también difiere, a veces, en la consideración regional (V.gr. entre Asia y África).

4.5 Así las cosas, la unidad preconizada desde los valores fundamentales tiene algo de caótico porqué niega *per se* la creación y la inteligencia aplicada. No obstante, si la influencia se recibe con posibilidades de discusión y sistematización, evidentemente será posible hablar de una coexistencia visible de normas, principios y valores iguales en cualquier parte del mundo.

Perez Luño resiste esta tendencia sosteniendo que

> Toda cultura tiende a ofrecer resistencia a aquello que le es ajeno, procurando así perpetuar sus modelos operativos. De ahí que la cultura jurídica tradicional ligada a un método interpretativo orientado hacia la subsunción de los hechos en los esquemas formales de una normativa analítica y casuística, se vea desorientada al tener que proyectar sus métodos interpretativos a las disposiciones constitucionales, enunciadas en términos más generales y amplios para conseguir la máxima fuerza expansiva y flexibilidad ([312]).

4.6 Basados en esta prevención, en miras a darle posibilidades reales a un mundo unificado desde las constituciones y sistemas normativos, conviene establecer en que lugares de las normas fundamentales están las orientaciones a seguir, y cuáles serían los modelos procesales que afiancen el cumplimiento de las garantías.

Las cláusulas generales, que en Argentina se manifiestan como "Declaraciones, Derechos y Garantías", constituyen valores superiores -para expresarlo con la fórmula de la constitución española- que no pueden supeditarse a quedar vigentes con la reglamentación precisa.

En tal caso, una norma programática será un principio, porqué requiere de una vía de acción específica. Mientras que los valores son válidos por sí mismos (directamente operativos) ([313]). Las normas, por su parte, se expresan a través de las garantías mínimas, es decir, las herramientas procesales indispensables para la defensa de los derechos humanos.

4.7 En conjunto, la constitución es un todo orgánico que tiene presunción de inmediata operatividad, aun en los principios, pues más allá de la obligación que ellas pueden contener en orden a una actividad complementaria, y aunque tal obligación no esté cumplida ni la normativa reglamentaria se dicte, toda norma programática impide actuar o hacer algo en oposición a ellas. La ausencia de consumación, además, genera una *omisión inconstitucional* ([314]).

4.8 Ahora bien, si a estas normas fundamentales que guían varias disposiciones procesales (V.gr: el debido proceso) las ponemos a discusión y consenso, pronto se observará que existen diferencias metodológicas, y estructuras diversas para las potestades y deberes de los jueces. que seguramente, afectarán horizontalmente una planificación general.

Por tanto, *si bien estimamos factible unificar desde el punto de vista constitucional un modelo común cuyo piso de asentamiento sean los derechos humanos consolidados en convenios y tratados internacionales; en materia procesal*

---

[312]. Antonio-Enrique Perez Luño, *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución,* 4ª editorial, Tecnos, Madrid, 1991, pág. 285

[313]. Se ha convertido en un clásico ineludible la obra de Eduardo García de Enterría, *La Constituciòn como norma y el Tribunal Constitucional*, editorial Cívitas, Madrid, 1981, donde esclarece el concepto diciendo: "los valores son la base entera del ordenamiento, la que ha de prestar a éste su sentido propio, la que ha de presidir, por tanto, toda su interpretación y aplicación" (pág. 98).

[314]. Germán J. Bidart Campos, *Tratado elemental de derecho constitucional argentino,* tomo III (El derecho internacional de los derechos humanos y la reforma constitucional de 1994), editorial Ediar, Bs.As., 1995, pág. 310.

resultaría mejor armonizar los sistemas y permitir adecuaciones puntuales para cada lugar o circunstancia.

5. La armonización como punto de referencia

5.1 Los derechos humanos han igualado la normativa fundamental de los Estados, otorgando una base similar que progresa y desarrolla las instituciones del constitucionalismo clásico.

Los tratados y convenciones, a su turno, bosquejaron ideales y modelos para la eficacia procesal, tales como la duración razonable del proceso, el derecho a la fundamentación de los fallos judiciales, las garantías de imparcialidad, entre tantas otras que fueron adoptadas por los modernos códigos de procedimientos.

Desde esta perspectiva se podría hablar de "unificación" normativa plasmada en las constituciones y en los ordenamientos rituales de enjuiciamientos. Sin embargo, se declaman principios y valores que, puestos en marcha, no tienen la misma inteligencia aplicada.

5.2 De todos modos es innegable la influencia de dichas variables, al punto que algunos autores hablan de un tránsito del Estado de derecho decimonónico al Estado constitucional.

> Partiendo de la idea de que el Estado constitucional constituye una versión del Estado de derecho, Zagrebelsky analiza las características esenciales del segundo, para proceder a continuación a efectuar un contraste con la situación actual. Este autor expresa que "vivimos en un contexto ideológico todavía dominado por los principios, o por la ideología, del positivismo jurídico, mientras los caracteres del ordenamiento jurídico actual ya no son conforme a tal ideología....El centro de la construcción jurídico-política ya no radica en el Estado soberano, sino en la Constitución ([315]).

5.3 El análisis de cada aspecto demuestra la significativa influencia que tiene la norma fundamental en el orden jurídico interno.

No importa hablar del respeto insoslayable que merece el principio de la supremacía constitucional, sino de advertir de qué manera cada principio, normas y valores, determinan la suerte de muchísimas instituciones del derecho de fondo y procesal, llevándolas a adecuar sus precisiones a esa suerte de llamado ideológico que no es posible trastornar.

Un ejemplo de ello puede encontrarse en el capítulo nuevo de la Constitución Nacional de la República Argentina, que introduce bajo el título de "nuevos derechos y garantías" una serie de disposiciones que llevan a resolver el destino de múltiples situaciones, sobre la base de cada principio orientador (V.gr. los derechos laborales y las desigualdades económicas; la participación popular en la economía de mercado; la regulación de los derechos derivados del ambiente y la ecología; la defensa del consumidor y del usuario de bienes y servicios; la regulación de la salud y los derechos del paciente; la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados; la calidad y eficiencia de los servicios públicos; la constitución de asociaciones de consumidores y usuarios; los mecanismos alternativos para la resolución de conflictos y controversias; las garantías procesales; etc., etc.).

---

[315]. Gustavo Zagrebelsky, *I diritti fondamentali oggi,* en "Materiali per una storia della cultura giuridica, vol. XXII/1, 1992, pág. 187. Cfr. Francisco Javier Ansuátegui Roig, *¿Crisis del positivismo juríd ico? Dos respuestas italianas: Zagrebelsky y Scarpelli,* en Derechos y libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, nº 2, marzo, 1994, págs. 113 y ss.

5.4 En el mismo sentido, la norma fundamental no limita únicamente el obrar del Estado, pues también recae sobre las relaciones entre particulares; por eso se habla de derechos oponibles "frente a los demás".

Bidart Campos dice, al respecto,

> Hoy, son muchas las constituciones que, además de reconocer derechos, enuncian *obligaciones o deberes de las personas,* no sólo en sus relaciones con el estado sino frente a otros seres humanos o al conjunto social, lo que carecería de sentido si no se consintiera que la constitución es un complejo normativo cuya fuerza vinculante se dirige ambivalentemente a los poderes públicos y a los particulares ([316]).

5.5 Reconociendo el sentido orientador que asumen las constituciones y, fundamentalmente, el sentido finalista que aportan los tratados y convenciones de derecho internacional, se puede teorizar sobre resultados eventuales en un proceso universal ([317]).

Una de las cuestiones esenciales quedaría simplificada de aceptarse que no son los detalles técnicos los que afianzan el sistema hipotético, sino la voluntad auténtica de encontrar un referente común que posibilite la integración procesal.

Por tanto, y en razón de ser ésta la causa principal que obstaculiza el proyecto, es mejor ponderar armonías antes que unificaciones. Si no es posible la homogeneidad por los avatares que sufre un proceso de construcción hacia un sistema aun no consolidado (V.gr.: pensar en un código procesal para el Mercosur sería una idea plausible evidente, pero ausente de toda consideración fáctica, porque el Mercado común del sur recién está en vías de implementarse), pueden encontrarse ordenadores y clarificadores en otros mecanismos impulsores como son la consolidación de valores, normas y principios que pueden actuar en armonía.

6. El paradigma de la universalidad

6.1 Evidentemente, si los derechos humanos reflejan el fenómeno cultural más importante del milenio, en la medida que han transformado los sistemas legales de

---

316. Germán J. Bidart Campos, *El derecho de la constitución y su fuerza normativa*, editorial Ediar, Bs. As., 1995, pág. 153.

317. Es muy importante acotar que la idea para un proceso universal no puede tener polarizada la crítica hacia los sistemas de enjuiciamientos locales. Tal pensamiento pondría en pugna cuestiones que no son analizadas en este ensayo. De todos modos, es útil no distraerse con este reparo, en la medida que los ideales cosmopolitas, igualitarios y solidarios que son propios del universalismo, cuando se enfrentan a las individualidades y sus reivindicaciones, encuentran, rápidamente, ámbitos y contextos que caracterizan la vida contemporánea. En este aspecto, es muy diferente la situación en América latina respecto a lo que está sucediendo en Europa; mientras el primer continente comienza una era de integración y comunitarismo, desarrolla los derechos humanos declarados y proclamados por cada Estado parte, estabiliza sus economías regionales, afirma las democracias recientes, y también, bloquea mejoras con las situaciones de pobreza emergentes, las desigualdades manifiestas, entre otras penurias de similar gravedad; no obstante todo esto, existe una idea sólida para la integración. En cambio, Europa, sobre todo la oriental, tiene grietas o fisuras evidentes en la universalidad pretendida. Y son lógicas por la aparición de nuevos Estados que quieren su personalidad, sus rasgos distintivos y su propia consideración. Darles un rumbo dirigido desde el derecho común podría significar cierta hostilidad a sus destinos soberanos.
Una demostración de las dificultades puede encontrarse en la aprobación del Tratado de Maastricht, que lleva a las críticas de sectores diversos: a) aquellos que en defensa de los viejos estados nacionales, creen que el tratado va demasiado lejos en el camino de la unidad europea (nacionalistas franceses o daneses); o por el contrario, es demasiado tímido hacia el proceso de la unidad (federalistas europeos, en general); b) aquellos que consideran que el tratado configura un modelo económico neoliberal (izquierda socialista y sectores sindicales) o los que consoderan que el tratado protege excesivamente los derechos sociales y los reequilibrios regionales (conservadores británicos), Cfr. Francesc de Carreras Serra, *Por una Constitución Europea,* en *Derechos Humanos y Constitucionalismo ante el tercer milenio*, cit., pág. 234.

protección y defensa del hombre y permitieron, progresivamente, desarrollar el establecimiento de un criterio nuevo para la legitimidad internacional; de suyo, cada norma fundamental adecuada a dichos preceptos reposa en un derecho internacional contemporáneo que por su capacidad de adaptación no puede quedar vulnerada ni condicionada por subjetivismos internos.

De igual manera, si las garantías o reaseguros de los derechos del hombre provienen de las vías procesales que se instrumenten, sería bueno pensar en un proceso común, o al menos, en un sistema de principios tutores para la eficacia perseguida.

Es decir, asistimos al cumplimiento de la promesa kantiana del "derecho cosmopolita", como "derecho público de la humanidad en general" ([318]).

6.2 Peter Häberle explica minuciosamente el método como se ha ido incorporando en el derecho constitucional, este sistema uniforme, que denomina "teoría de la recepción jurídica".

> Ante todo -dice- se requiere una primera división teórica dicotómica que diferencie entre *vías y procedimientos de recepción entre los actores o Estados receptores*, por un lado (incluyendo aquí desde los poderes constituyentes hasta los votos especiales de los magistrados de los tribunales constitucionales, pasando por los juristas y pensadores clásicos -antiguos y modernos-) y, por otro, entre *materias y contenidos susceptibles de recepción* (todos los cuales se refieren a la temática y materias más relevantes del arquetipo Estado constitucional, sin olvidar aquí las variantes nacionales particulares que abarcan asimismo desde los preámbulos hasta las estructuras federales y regionales y algunos elementos particulares del "derecho eclesiástico, considerado como derecho constitucional cultural). Sus contenidos pueden versar sobre materias y tener forma de textos jurídicos, teorías, sentencias y praxis administrativa ([319]).

6.3 Una de las características esenciales de este movimiento consiste en superar la barrera del concepto de "soberanía" plasmado en el siglo XIX. No es el Estado el centro de las construcciones del dogmatismo jurídico, sino la sociedad que reclama y produce desde su propia fuerza, expresada en las variables que encuentra en el modelo pluralista de participación directa y semidirecta de la democracia moderna.

La Constitución abandona así la idea tradicional de ser la suprema orientación del orden jurídico interno. Ahora, tiene un rol más integrado con la mentada globalización, acorde con las realidades emergentes del cambio social y puesta al servicio de todos los habitantes de un país y de todos aquellos que se encuentren en paridad de circunstancias en el concierto universal.

Recordemos tomando palabras de la presentación del anteproyecto del "código procesal civil modelo para Iberoamérica" que, también en materias procesales, la sociedad percibe que los rituales anteriores ya no sirven, porqué las formas hoy no se aprecian ni por su antigüedad, ni por su majestad, sino exclusivamente por su eficacia.

6.4 Además de los derechos humanos, existen otras fuentes de integración normativa que las aporta el derecho comparado. En este campo, vemos como las constituciones van tomando instituciones o principios de otras, amparándose en el concepto de sociedad abierta que les permite adaptar los preceptos a sus necesidades, sin alterar el perfil o finalidad de las nomas copiadas.

---

[318]. Cfr. José Manuel Pureza, *¿Derecho cosmopolita o uniformador? Derechos humanos, Estado de Derecho y democracia en la posguerra fría,* en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, ob. cit., pág. 123.

[319]. Peter Häberle, *Elementos teóricos para un modelo general de recepción jurídica,* en *Derechos humanos y constitucionalismo ante el tercer milenio*, ob. cit., págs. 160 y ss.

En este contexto, se involucran con el sistema de implementación ordenada y sistemática, la interpretación judicial de los derechos humanos. Ya sea efectuada por las cortes de justicia transnacional o por los tribunales de cada estado.

6.5 La discrecionalidad para admitir un derecho determinado como fundamental no es habitual ni común en los instrumentos internacionales. El basamento que los involucra parte de la premisa del consenso generalizado, de manera que las diferencias han de hallarse en la aplicación interna, más que en la práctica institucional.

En consecuencia, el significado actual de la constitución es otro. El Estado tiene deberes negativos, como la obligación de abstenerse de ejecutar o provocar actos que atenten contra las libertades fundamentales. Seguidamente, los poderes legislativos cumplen la función de adecuar las necesidades del medio y la sociedad brindándoles a través de una norma expresa, los derechos que reclaman para su justo ejercicio. La jurisdicción, por su parte, tiene el deber de ofrecer un proceso adecuado, que posibilite un acceso sin restricciones, un recurso efectivo, un litigio sustanciado sin sofismas rituales, y un pronunciamiento que tienda a aplicar los derechos superiores que hacen a la conformación humana y a su dignidad.

7. Sistemas procesales y su incidencia en la armonización

7.1 Emplazados en lo dicho precedentemente, fácilmente se colige que la aspiración de preservar y proteger a los derechos humanos no ofrece resistencias de ninguna naturaleza. Lo mismo sucede cuando se menciona a las constituciones como cartabones elementales de soporte para concretar esa finalidad.

Pero esta característica es un componente medular, casi obvio, por lo cual poco ayuda para diseñar otro aspecto del derecho común perseguido. El fenómeno a resolver consistirá en sostener, con la misma confianza que inspiran los derechos fundamentales, que una vía instrumental como es el proceso puede colaborar en el afianzamiento de esa tutela universal.

7.2 Esto es un referente indispensable que no podremos soslayar en razón que, una cosa es implementar un sistema normativo homogéneo y concreto donde se tienen consensuados y aceptados los términos de la vinculación (V.gr.: Tratado de Asunción -Mercosur-; Unión Europea; Nafta, entre otros), y otro muy diferente, es lograr que los efectos jurídicos que esas integraciones generen obtengan el mismo consenso que tienen los fines inspiradores de la unificación, cuando se trata de aplicarlos bajo el principio de igualdad.

En este aspecto, la igualdad puede resultar una quimera, porqué la idea del derecho como norma que diseña valores difiere del derecho como regla. Aquí se impone contemplar la forma que tienen las organizaciones y la posibilidad que tienen, todas ellas, de lograr una regulación común para las relaciones entre sujetos
.

7.3 Bien se ha dicho que

> se puede considerar que el objeto de la idea de Derecho está constituido por la determinación de un sistema de ir transfiriendo progresivamente, en términos jurídicos, contenidos esenciales que reflejan principios de organización que establecen esquemas de actuación que van surgiendo del fondo de la conciencia social y que transmiten la necesidad de llegar a la realidad de un orden que pueda proporcionar soluciones a un contexto social en progresiva y constante

evolución, que lleva a actualizar en normas lo que en un momento anterior no eran sino enunciados de principios ([320]).

Teniendo en cuenta la diversidad social y los sistemas procesales reconocidos en cada contexto, podremos trasladar la iniciativa y aplicarla midiendo sus reales posibilidades.

7.4 Las familias procesales presentan características diferenciales ([321]) que permite dividirlas en grupos:

a) *Sistema anglosajón:* donde predomina la oralidad, con amplia facultades de las partes y muy pocas del Juez (sólo debe resolver). Es un proceso por audiencias donde las etapas previas tienen gran importancia para la elaboración probatoria. Existe buena disposición para negociar y facilitar acuerdos que eliminan la disputa; así como la sentencia puede ejecutarse a través del tribunal, que para ello, sí tiene potestades importantes (*contempt of court*).

Este sistema del *common law* se rige, esencialmente, por la doctrina de los precedentes jurisprudenciales (*stare decisis*), lo que determina que su estudio sistemático se rige, preferentemente, por el estudio de casos, antes que de normas.

b) *Sistema soviético:* Es un proceso similar, pero con una gran influencia del Estado representado por sus jueces. Es el órgano de gobierno el que los designa y le atribuye potestades y deberes muy exacerbados. Rige en los países de Europa oriental, y en China y áreas de influencia.

c) El *civil law* se divide en dos subgrupos: los que tienen sistemas escritos (casi toda Latinoamérica); y los que han incorporado la oralidad en sus procesos (son predominantemente orales).

En los procedimientos escritos las facultades del juez son muy amplias, pero poco utilizadas. El proceso queda atrapado en etapas bien demarcadas, excesivamente burocráticas, y de una gran lentitud. Los recursos admitidos son demasiados lo cual genera una multiplicidad de instancias que ahogan la esperanza de rapidez y eficacia procesal.

En los sistemas de juicio oral y público del *civil law,* se establece un proceso con régimen de audiencias y claras potestades del Juez para dirigir, ordenar y resolver de la forma más ágil y rápida que le resulta posible. Por lo general, tienen una segunda instancia de casación, y en cuestiones de constitucionalidad operan los Tribunales Constitucionales que partieron de la inspiración de Hans Kelsen.

7.5 Cada mecanismo se diferencia, aunque puede observarse una tendencia unificadora en América Latina que nace con el modelo propuesto en el "Código procesal civil modelo"; y en Europa, con el "Código Judicial uniforme".

Estas dos constataciones no elimina la posibilidad que también presenta el sistema soviético, sobre todo si recordamos y tenemos en cuenta los trabajos presentados en el Congreso de Lublin (Polonia) en 1993.

7.6 Sin embargo, la tendencia unificadora encuentra dificultades difíciles de superar. Por ejemplo, en Argentina y México el régimen federal de gobierno permite a cada territorio autonómico (provincias o distritos) tener su propio régimen procesal.

Por eso ha sido preferible razonar sobre la base de principios comunes que se amparan en la armonización. Estos factores aglutinantes ([322]) conducen hacia cierta

---

[320]. José A. Girón Larrucea, *Cuestiones de Derecho Comunitario Europeo,* editorial Universidad de Sevilla, 1997, pág. 22

[321] **.** Cfr. Rene David, *Les grands systèmes de Droit contemporains,* 6ª ed.París, 1974. Enrique Véscovi, *Nuevas tendencias y realidades del proceso civil,* en "Revista Uruguaya de Derecho Procesal", Montevideo, 1994 nº 4, págs. 461 y ss.

preservación de las zonas neutras, es decir, aquellas que no están influenciadas por sistema alguno y que, por su real valía, tienen consideración por sí mismas.

Es el caso de la regla moral, las garantías constitucionales de defensa en juicio, celeridad en los procedimientos y sentencias fundamentadas, entre otras.

También se nutre de las variadas convenciones internacionales que establecen normas de cooperación entre Estados y el reconocimiento y eficacia de las sentencias extranjeras en suelo natal.

7.7 En cuanto a los orígenes, el derecho procesal latinoamericano no se ha renovado. Apenas ha conseguido repetir con algunas instituciones el modelo conocido de la ley de enjuiciamiento civil española. Esta condición histórica nos coloca sobre bases preparadas e identificadas con una cultura y con un devenir particular que no tiene, necesariamente, que ser igual a nuestra idiosincracia. Vano sería descartar de plano el antecedente en razón de nuestra propia historia, pero el derecho procesal que hemos recibido germinó sobre resonancias europeas y apenas lo hemos modificado en reformas parciales, importantes y oportunas, pero sin fuerzas para ir al corazón del problema.

Esta forma de llegar a nuestros pilares fundacionales cercenó la creación. Los móviles sociales y políticos fueron los recibidos desde España (en realidad de toda Europa) y hemos glorificado la conquista del control de constitucionalidad americano cuando, adscripto a nuestros sistemas, pensamos se habían resuelto los problemas del equilibrio entre poderes del Estado.

7.8 Lo escrito resultó el soporte de nuestra cultura y la técnica dispuesta el fundamento de la seguridad institucional. Todo fue gracia de la producción legislativa, aunque bueno es reconocerlo, la jurisprudencia modificó en varias oportunidades, algunas interpretaciones o creaciones francamente inusitadas.

La idea conservacionista del modelo previsto nos ha llevado a pensar soluciones sobre el esquema de lo predispuesto. Así, en nuestro país, se muestran los intentos reformistas de grandes y queridos maestros como colombo y morello, que descansan en el código procesal civil y comercial de la vieja ley 17.454 con todas sus modificaciones, para instalar desde ellas una recreación posible.

7.9 Nosotros queremos poner la vista en un punto diferente, en la perspectiva de lograr un proceso común que, todavía, no podemos llamarlo universal.

Continuar con la línea trazada nos obliga a insistir con un procedimiento muy similar al romano del siglo III; en cambio, si mostramos los errores del pasado, lo increíble de la incertidumbre actual, la función equívoca de algunas instituciones pensadas para otra cosa, etc., podremos bosquejar un piso de marcha propio, adecuado a nuestras necesidades, adaptado al tiempo que transcurre y sujeto a las flexiones del mismo.

Por suerte, América Latina tiene un paso avanzado en los modelos orquestados en Uruguay y Perú. El común del código procesal modelo para Iberoamérica viene reportando sus frutos, para evidenciarse como esquema fundacional en un tiempo carente de fuerzas e impulsos renovadores.

7.10 No obstante,

> los códigos tienen el defecto de clausurar la dinámica de los procedimientos. Se sienta una base es verdad, pero al mismo tiempo, queda sepultado el casuismo renovador con sus alternas posibilidades de solución. Un código es un

---

322. Cfr. Enrique Véscovi, *Elementos para una teoría general del proceso civil latinoamericano,* editrorial. UNAM, México, 1978, pág. 10.

estereotipo, a veces, una prueba de talento legislativo y doctrinario. Lo peligroso es que se tomen como paradigmas insustituibles ([323]).

Si nos preguntaran, entonces, qué camino seguir para uniformar o unificar los sistemas procesales, diríamos que *sería bastante con formular principios y valores, marcos referenciales y pautas o guías de interpretación y aplicación para un sistema efectivo, actual, confiable y sin predominios técnicos*.

8. Proceso universal. Modelos alternativos

8.1 Diseñar un proceso universal parece muy difícil teniendo en cuenta el grado de evolución y confianza en cada sistema de procedimientos. Pero, a sabiendas de lo conflictivo, puede esbozarse un proyecto que tome en cuenta las actuales deficiencias para encarar, con su rectificación, una política de ajustes que generen un modelo consensual.

El proceso latinoamericano, y particularmente el argentino, se caracteriza por un conflicto de intereses suscitados entre dos partes, que el Juez presencia sin tener posibilidad de instruir oficiosamente, dado que de admitirse, quebraría el juego limpio que supone otorgar disponibilidad a los litigantes para confirmar cada uno el aserto que porta su pretensión ([324]). Algunos sostienen que de tolerarse el activismo judicial, se violarían las reglas de bilateralidad y contradicción.

Esta idea resume, en pocas líneas, un pensamiento típico del siglo XIX en el que se creía encontrar la eficacia del proceso civil en la glorificación del proceso acusatorio. En este la dinámica procesal quedaba abandonada a la iniciativa de las partes y donde el juez intervenía no tanto para dirigir el debate, como para determinar el vencedor del mismo, como si fuera un árbitro encargado de designar un ganador pero sin participar en el juego.

Evidentemente -dice Roger Perrot-

"esta concepción de la justicia civil era el fruto de la corriente de pensamiento liberal que con tanta fuerza caracterizó el siglo XIX y que llevó a entender que el correcto funcionamiento de las instituciones sólo era posible si se dejaban al libre juego de las fuerzas presentes" ([325]).

8.2 No escapa en este modelo procesal el juego rotundo de ficciones que anidan prioritariamente en la doctrina y en el discurso ([326]), siendo esencialmente presunciones que, por esa condición, pueden resolverse en contrario mediante prueba contundente o simplemente complementaria.

La premisa del proceso justo admite morigerar el rígido criterio que establecen las ficciones del proceso. Una de ellas, por tomar al azar un ejemplo, determina la consecuencia legal de tener por notificado a todo aquél que retira un expediente de los actos dictados en aquél, siempre y cuando estuviere comprobado fehacientemente que el mismo estuvo en poder de la parte, aunque fuera por complacencia o extralimitación de los funcionarios encargados de su custodia.

Es verdad que, por razones de seguridad jurídica, algunas veces se posterga esa apreciación, pero también lo es, que ello reposa en la mayoría de las ocasiones por el fruto de la duda, o de la carencia de una sólida presunción.

---

[323]. Cfr. Carlos Ramos Nuñez, *Codificación, tecnología y posmodernidad (La muerte de un paradigma),* editorial Ara, Lima, 1996, pàgs. 10 y ss .

[324]. Esta es la realidad pragmática, porque normativamente, el código lo faculta al Juez con poderes y deberes suficientes para investigar y llegar a la verdad.

[325]. Roger Perrot. *La eficacia del proceso civil en Francia*, en *Para un proceso civil eficaz*, edición de Francisco Ramos Mendez, Universidad Autónoma de Barcelona, Barcelona, 1982

[326]. Carlos Raúl Sanz, *Presunciones, ficciones y mitos en el Derecho,* Rev. El Derecho, 11-4-91

8.3 No obstante, el camino de la seguridad puede correr paralelo con el de la justicia, y no tiene razón alguna para observarlas como avenidas que circulan en direcciones opuestas.

Son tantas y tan variadas las ilusiones procesales que, entre otras ficciones, suponen presente al ausente; notificado al desinformado; representado al indefenso; pobre a quien ostenta riqueza pero logró cumplir los acotados extremos del beneficio de litigar sin gastos; confeso al que se equivoca al responder una posición; falto de acción a quien tiene intereses evidentes aunque no le son propios; consagra la verdad pero tolera y admite la mentira en el proceso; pide pruebas para alcanzar certidumbre y convicción pero las exige de manera autoritaria y proclive a conductas huidizas; le otorga al juez la conducción y dirección del proceso, cuando en los hechos toma intervención recién cuando el expediente está pronto a dictar sentencia...

> Al respecto, dice Morello: "no será inoficioso, sin embargo, acotar en este carril que ningún mecanismo técnico puede aplicarse rigurosamente y siempre de manera rígida y absoluta" ([327]).

8.4 En España se viene reelaborando el concepto de "tutela judicial" adicionando la condición de "efectiva". Sería bueno que, apoyados en un valor semejante, se diera un vuelco a la situación y bosquejáramos un proceso menos formalista y más certero, porque el derecho a sentirse protegidos y amparados no resulta bastante si la sociedad no confía en los métodos, no conoce sus condiciones ni respeta sus procedimientos. El formalismo enerva cuando su único soporte es el texto de la ley y un intérprete que la acompaña y pregona como única respuesta.

8.5 Está claro que la desformalización ([328]) viene implícita en un mundo globalizado que tiende a vincularse informaticamente generando un *jus comune* de la postmodernidad. No podemos persistir con metáforas de la Edad Media ni con aplicaciones para el todo. La adaptación es el reclamo, la actualidad una exigencia, y como decía Francisco Tomás y Valiente, el juez de hoy ha de ser en primer término, guía en el laberinto, orientador en el desconcierto y brújula entre mil nortes.

8.6 La historia del proceso judicial es una demostración de las comodidades y costumbres de la sociedad. Cuando el Estado se organiza y erradica la fuerza como manifestación para componer conflictos intersubjetivos, ocurre un suceso imprevisto. El hombre depositó toda la iniciativa en el Estado y dejó en manos del mismo también todas las formas de justicia heterocompositiva. Se olvidó, o relegó, de las bondades que tenían en la justicia primitiva las formas conciliatorias o de justicia en equidad.

Los errores que advertimos en los párrafos que preceden son demostraciones claras de como la técnica arrebató la eficacia de los sistemas. Los procesos judiciales se convirtieron en verdaderos combates al punto que en el siglo pasado Savigny decía que era una lucha de hombres armados donde obtenía razón el que mejor utilizara de esas armas llamadas Derecho.

De esta forma también la sociedad es culpable de lo que hoy nos ocurre. Problema que no es solamente nuestro sino que se refleja en buena parte del mundo.

8.7 Culpables porque relegamos toda la actividad judicial y nos olvidamos de lo que nosotros, como hombres y fundamentalmente como abogados, podemos hacer en beneficio del sistema.

---

[327]. Augusto Mario Morello, *El proceso justo,* editorial Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pág. 494. Del mismo autor, *La ficción legal no puede imponerse a la realidad*, en Doctrina Judicial, 1992-2, pág. 706

[328]. Cfr. Angelina Ferreyra de de la Rúa - Cristina González de Opl, *Lineamientos para un proceso civil moderno*, editorial Ediar, 1997. En especial, ver la primera parte.

Cuando aprendamos que el abogado debe, antes que litigante, ser conciliador y buen consejero, más que leguleyo y pleitista, habremos comprendido el mensaje histórico que nos dejó cada una de las reformas procesales que se intentaron, todas sin exclusión, salvaron puntos del problema, pero jamás devolvieron a la justicia la confianza que el hombre una vez le otorgó.

Esas reformas en Argentina, apuntaron a salvar la moralidad procesal (introducción del principio de lealtad y buena fe en el proceso), la rapidez de la justicia (incorporación del principio de preclusión, etc.), entre otras.

Nos parece que en esta tarea de relanzamiento debemos empezar desde la Universidad. Enseñando que la abogacía no es sólo litigio, sino mejor, prevención del litigio.

8.8 Tratemos de despojar este sistema absolutamente adversarial donde mis problemas o los de toda persona en controversia abandonan los puntos de unión para enfrentarse directamente en todo.

Es hora de los remedios alternativos para la solución de conflictos, pero mayor es la tarea de saber de que se tratan, como se hace, quienes son y se hacen responsables, como actúa el Estado, y en definitiva, saber que el rol esencial está en el individuo y no en el Estado asistencial que nos aporta sus jueces.

Los sistemas reconocidos que desplazan el rol judicial comienzan por participar a terceros confiables que median en el conflicto.

La evolución sufrida facilitó encontrar diferencias con otras instituciones alternativas para la solución de controversias.

8.9 Con la *conciliación* se distingue de acuerdo con las modalidades como aquélla se realice. La conciliación extrajudicial tiene bastante proximidad con la mediación al estar ambas despojadas del marco litigioso que enfrentan pretensiones interesadas.

De todos modos es suficiente ver que las actitudes son diferentes; mientras la conciliación arrima posiciones desde la perspectiva del objeto a decidir; la mediación acerca la comunicación entre las partes, no se detiene en el contenido del problema -aun cuando lo lleva en su destino- sino en conducir un proceso de interpretación sobre las verdaderas necesidades e intereses de los sujetos en conflicto.

En cambio, con la conciliación procesal (intra procesal o extra procesal) las distancias son elocuentes. Esta persigue pacificar sobre la cuestión litigiosa; su marco es el *thema decidendum* propuesto en la demanda y su contestación; hay un hálito de contienda que subsiste y pervive por sobre la eficacia posible del acto; además suele instalarse obligatoriamente (o no) como etapa del proceso, lo cual condiciona su flexibilidad y oportunidad; sin perjuicio de advertir que su eficacia depende en grado sumo de las personas que dirijan el debate.

8.10 La mediación no está en la órbita de estos condicionamientos. Parte del principio de voluntariedad para el modismo y sigue todo su curso atendiendo la manifestación de deseos liminar; el mediador no es absolutamente neutral, o al menos, lo es desde una posición diferente.

En esta corriente, el resultado es lo que menos interesa por estar elevado el sentido humanista del encuentro que pretende quebrar rigideces para acercar puntos de reflexión coincidentes. Por eso es correcto ver al mediador como un negociador espiritual que busca despejar la crisis elocuente entre las partes.

8.11 Del *arbitraje* se diferencia por las metodologías implementadas en ambas; mientras la primera respeta el sentido de la disputa para resolver en equidistancia y justicia; la otra no sigue el sistema adversarial, es más, lo repudia.

El arbitraje suele ser solemne y ritualista en su armado, tiene mucha proximidad con el proceso común, al punto que entre laudo y sentencia existen grandes pareceres. También las etapas anteriores, como el acuerdo, la cláusula compromisoria, el debate probatorio y eventuales alegaciones insertas antes de la emisión del laudo, demuestran la similitud con el desempeño de jueces ordinarios ([329]).

La mediación tiene un sentido mas cooperativo, no hay fórmulas para su implementación, ni sacramentalismos que esterilicen su procedencia. El mediador, como antes dijimos, no busca respuestas que resuelvan el objeto en conflicto, sino el acercamiento de las partes hacia disposiciones libre y voluntariamente concertadas que morigeren sus diferencias previas. La idea es eliminar en el enfrentamiento el pensamiento de que el otro es un adversario a derrotar; se trata de considerarlo como alguien con quien han de encontrarse coincidencias pues con él debemos continuar en relación y convivencia social.

8.12 Donde se hallan mayores diferencias es con el *proceso judicial*. En efecto, la litis mantiene aquella performance de lucha donde quien obtiene sentencia favorable, más que razón tiene victoria, como si el litigio fuese un campo de batalla.

El juez, magüer las facultades y deberes que se potencian en los nuevos códigos adjetivos, persisten con sus actitudes pasivas; son decisores a la hora de dictar sentencia, y recién allí conocen la médula del conflicto; a veces, tan siquiera saben quienes son las partes porqué, quizá jamás lleguen a verlas.

El juez es un tercero imparcial e independiente, y llega a tal extremo el principio que suele confundirse con la absoluta distancia respecto al problema a sentenciar. Su pronunciamiento tiene por tanto la insípida decisión del neutral desinteresado, que mal que nos pese, porta más de ficción actuada que de realismo jurídico, en suma, la dura constatación de que los jueces son fugitivos de la realidad.

8.13 En cambio, el mediador tiene habilidades particulares que no se relacionan necesariamente con el conocimiento jurídico. Su sabiduría es técnica, él sabe como aproximarse al conflicto, su destreza y aptitudes le facilita con gran entrenamiento alcanzar el encuentro entre puntos críticos de confrontación entre las partes.

El mediador no resuelve, solamente sugiere caminos, alternativas. Tampoco asesora, ni dictamina, es únicamente un tercero que intercede entre los contradictores para ayudarlos a encontrar un acuerdo mutuamente satisfactorio.

8.14 Este sendero hacia un proceso sin conflictos permite sugerir la conveniencia de instaurar un rumbo novedoso para la solución a eventuales desencuentros entre los miembros de una sociedad. No se trata de que "todos" sepan que el conflicto existe, como ocurre en el principio de publicidad que consagra el derecho procesal tendiente a elevar el dicho de la "justicia de cara al pueblo"; sino de ofrecer confidencia y reserva, para obtener en la intimidad necesaria un hallazgo común de coincidencias.

En síntesis, si debiéramos optar entre un proceso universal que, intrínsecamente, lleva mucho de uniformidad; y un modelo o "tipo", preferimos a éste. Porqué su objetivo es facilitar los mecanismos que cada uno encuentre en su seno para armonizarlos con sus estructuras y particularidades (sean éstas geográficas, históricas, culturales, económicas, o de otra naturaleza). Y además, porqué un modelo presenta valores y principios incanjeables que abrevan en fuentes indiscutidas del sentir mundial (por ejemplo, los derechos humanos) y que sirven para incorporar en la

---

[329]. Cfr. Osvaldo Alfredo Gozaíni, *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1995, págs. 128 y ss.

figura seleccionada, las interpretaciones que provienen de la jurisprudencia internacional que ya no tiene ni encuentra fronteras insuperables.

9. La integración americana. Principios rectores

9.1 La situación mundial someramente visualizada permite adscribir a una idea fuerza que se fundamenta en dos tópicos esenciales: justicia para todos e igualdad sin fronteras.

El presupuesto inevitable para construir a partir de estos cimientos señala la necesidad de hacerlo reconociendo el grado de avance en que se encuentran los procesos de integración y comunitarismo, que son anticipos de la unificación global.

9.2 Surge así con nítida evidencia la asimetría entre los procesos europeos y americanos por tomar sólo la polaridad entre dos continentes que, tradicionalmente, reciben mutuas influencias.

Un caso manifiesto de la distancia se encuentra en la metodología implementada. Mientras Europa reconoce la necesidad de tener en su base un órgano de justicia comunitaria con cuatro funciones que, progresivamente, desarrollan y facilitan el proceso de integración ([330]); América Latina reglamenta como sistema para la solución de controversias un conjunto de normas que no tiene un órgano jurisdiccional determinado, aunque se preferencia el arbitraje como arquetipo ([331]).

9.3 Otra diferencia radica en que la integración americana ha comenzado dando preferencia a los problemas económicos; postergando otras definiciones hasta alcanzar una maduración confiable en dichos aspectos.

Los organismos creados por el MERCOSUR son ejemplos manifiestos de la desconfianza interna que reina, no obstante b cual, la integración es más fuerte y progresa.

El *Consejo del Mercado Común* es el órgano supremo que tiene a su cargo la conducción política y la toma de decisiones. Está constituido por todos los ministros de relaciones exteriores de los países miembros.

---

[330]. Estas cuatro funciones son: a) justicia administrativa, que le permite anular por ilegalidad los actos normativos de las instituciones; o denunciar sus inactividades ilegales; o apreciar la validez de los actos de aquellas por vía de excepción o reenvío a las jurisdicciones locales; o atender recursos de plena jurisdicción: b) justicia constitucional, por la cual delimita y defiende las competencias respectivas de los Estados miembros y de las instituciones de la Unión Europea; c) justicia internacional, que obliga a los Estados a llevar cualquier tipo de controversias o conflictos ante el órgano comunitario; d) justicia reguladora, que desde un punto de vista técnico, resuelve anticipadamente problemas de interpretación a través de una vía prejudicial por la cual se determina el alcance y contenido del derecho comunitario. Además de estas funciones, no debe olvidarse que el órgano jurisdiccional es el tribunal superior de justicia con independencia orgánica y autonomía financiera que, globalmente, genera un sistema judicial propio que no perjudica ni altera las soberanías jurisdiccionales locales (principio de subsidiariedad).

[331]. El reclamo por una justicia comunitaria para el Mercosur tiene múltiples adhesiones. Citamos sólo a los más representativos: María Cristina Boldorini, *Protocolo de Brasilia para la solución de controversias,* en "Revista de Derecho Privado y Comunitario" nº 6, 1994, págs. 471/87; Alberto Luis Daverede, *El sistema de solución de conflictos en el Mercosur,* en Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político, nº 8, 1993-serie Congresos y Conferencias-; Heber Arbuet Vignali, *La solución de controversias en el Mercosur,* en el libro homenaje a Eduardo Jiménez de Aréchaga, *Derecho internacional en un mundo en transformación,* editorial Fondo de Cultura Económica, Montevideo, 1994, tomo II págs. 1229/1261; Martha Jardi Abella, *La solución de conflictos en el Mercosur,* en Estudios Multidisciplinarios sobre el Mercosur, editorial Fondo de Cultura Económica, Montevideo, 1995, págs. 353/383; Angel Landoni Sosa (coordinador), *Curso de derecho procesal internacional,* editorial Fondo de Cultura Universitaria, Montevideo, 1997, págs. 113/131; Roberto Bloch, *Aportes para la resolución de conflictos en el Mercosur,* en Jurisprudencia Argentina, 1995-II, págs. 881/886; Eduardo D. Oteiza, *Críticas al sistema arbitral del Protocolo de Brasilia,* en Revista Uruguaya de Derecho Procesal, 1992-1; Roque J. Caivano, *El arbitraje y los procesos de integración (Su futuro en el Mercosur),* en Jurisprudencia Argentina 1996-II, págs. 783/795, entre muchos más.

El *Grupo Mercado Común* es una institución ejecutiva que dinamiza las actividades previstas para el cumplimiento del tratado de Asunción.

La *Comisión de Comercio* es un cuerpo de asistencia comercial que asesora en la puesta en marcha de políticas comerciales comunes.

Finalmente, existe una *Comisión Parlamentaria Conjunta* que es el órgano representativo de los parlamentos de los países que integran el Mercosur.

9.4 Recién con el Protocolo de Brasilia se crea un Tribunal arbitral previsto para resolver los conflictos emergentes. Este puede aplicar un derecho supranacional pero no tiene posibilidades de ejecutar por sí mismo las decisiones que adopte.

En 1995, el protocolo de Ouro Preto incorporó otras reglas de cooperación judicial, y especialmente las referidas a medidas cautelares.

9.5 Lejos estamos de tener un proceso común en el ámbito institucional creado por el Mercosur. El Tribunal Arbitral, por su parte, no posee las características necesarias para alcanzar la fuerza jurisprudencial que tuvo y tiene el Tribunal Europeo ([332]).

En otras regiones americanas, en cambio, coexisten modelos y sistemas de resolución de controversias que, entre sí, tampoco guardan armonía procesal.

Son los casos del "Tribunal de Justicia Centroamericano" con sede en Managua, y el "Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena" situado en Quito.

El primero tiene una serie de garantías de independencia que consolidan la integración. En cambio, el restante, es una unión política forzada que no ha logrado fruto alguno.

9.6 De este cuadro surge una primera conclusión: *No es posible tomar del marco integrador progresivo y constante que tiene el MERCOSUR una fórmula procesal que permita encontrar un proceso único para Latinoamérica, toda vez que, siquiera aún, se han establecido las bases de organización de una justicia reconocida por los Estados partes.*

9.7 Por eso es necesario efectuar una mirada en las legislaciones locales para observar el grado de adelanto entre los países respecto a los códigos que dan vida a cada sistema procesal.

Con la advertencia del federalismo existente en México y Argentina, que como ya hemos dicho, permite contar varios ordenamientos dentro de un mismo país; en el resto de latinoamérica no existe una corriente dominante en las reformas adoptadas.

El Código procesal modelo creado por el Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal ha llevado sus aguas a la República Oriental del Uruguay desde el 20 de noviembre de 1989.

Algunas instituciones (V.gr. audiencia preliminar, sistema recursivo, efectos de las impugnaciones, etc.) fueron insertas en códigos nuevos como el del Perú, que es el sistema que mejor ha incorporado sus principios, aun cuando no los sigue a pie juntillas. Lo mismo puede decirse de Bolivia (V.gr. con su ley de abreviación procesal civil y de asistencia familiar del 28 de febrero de 1997) que transfiere el proceso por audiencias a los asuntos de familia, y el proceso monitorio para las obligaciones documentadas.

En Argentina el código vigente, en materia federal, es del año 1967 con reformas posteriores que no han vulnerado sus líneas maestras (proceso escrito,

---

[332]. Mirta Sotelo de Andreau, *El nuevo paradigma del Estado. Su impacto en el derecho interno,* en Revista Actualidad en el Derecho Público, nº 6, enero-abril, 1997, pág. 36.

iniciativa probatoria de las partes aunque el Juez cuenta con potestades muy poco utilizadas, contradicción permanente que alienta la impugnación de todas las resoluciones judiciales provocando la eliminación casi total del principio de celeridad, escala recursiva demasiado amplia -pueden llegarse a contar cinco instancias-, entre otras características). Debe recordarse que este código rige para la Capital de la nación y en áreas provinciales donde existen justicia federal, por lo cual es el sistema preferente.

No obstante, varias provincias han tomado del código modelo la estructura central de sus procedimientos. De este modo, las provincias de Tierra del Fuego, Santa Cruz, Río Negro (parcialmente) y un proyecto elaborado para La Pampa, siguen la línea desarrollada por aquél instrumento unificador.

Finalmente, Brasil que tiene un código único desde la aprobación del proyecto Buzaid de 1973, ha logrado doce reformas en el sistema que lo aproximan bastante al código modelo.

9.8 En sus grandes líneas, el código modelo esclarece que tiene la intención de proponer puntos de partida para una reflexión a nivel continental, sobre los principales problemas del proceso que son comunes, para llegar a algunas posibles determinaciones, también comunes, o al menos, emanadas de la deliberación de todos.

Reproducimos, con afán de claridad conceptual, algunas ideas sobre el contenido:

➲ El Juez es un sujeto de derecho esencialmente imparcial, que debe reunir particulares aptitudes en el ramo del Derecho y actuar con plena autoridad en el ejercicio de sus funciones.

➲ Sólo el abogado puede asistir o defender ante la Justicia, cualquiera sea la materia o la naturaleza del proceso; su presencia es indispensable en el mismo.

➲ El poder jurisdiccional corresponde a todos los tribunales por igual. La distribución de su alcance ha de inspirarse por razones de división de trabajo, por el número de asuntos especialmente, alguna especialización y, eventualmente, su modo de actuación (oral o escrito).

➲ Todo sujeto debe tener libre acceso al Tribunal; todo derecho alegado ha de poder sustentarse por aquél y definirse y aplicarse por éste. El proceso es el medio fundamental para la afirmación de los derechos humanos y éstos deben también consagrarse en su programación.

➲ El proceso es una estructura de sujetos dispares y en él ha de reconocerse su actividad primordialmente conjunta y solo sucesiva cuando se trate de actos fundamentales y unilaterales de cada proceso (v.gr.: demanda, contestación, sentencia). A pesar de ello, se procurará la mayor coincidencia temporal de los mismos (preferencia de la audiencia sobre la actuación escrita y sucesiva); enfoque sintético y de conjunto.

➲ La instrumentalidad del proceso, al servicio de todo el Derecho sustantivo, no implica diversidad de procesos, sino más bien su unificación; él proceso no tiene preferencia por una u otra materia, ni a ésta corresponde señalar las estructuras procesales, sino meramente sus necesidades (v.gr.: importancia de medidas provisionales o cautelares; necesidad de suma abreviación; etc.). Las soluciones son establecidas y brindadas por el Derecho Procesal. El criterio ha de ser la reducción de las diversas formas, a su mínimo indispensable.

➲ La reforma del proceso debe procurar su apertura a las posibilidades de la época, cuyos logros científicos deben tener amplia aceptación en el mismo;

así, por ejemplo, la apertura de la prueba (todo elemento que sirva para demostrar la existencia de un hecho, ha de ser admitido); la colaboración de técnicos y hombres de ciencia (asistentes sociales, consejeros matrimoniales para la conciliación, psicólogos, etc.); la racionalización del modo de operar de los tribunales como si fuesen modernas empresas; la incorporación de medios actuales de fichaje y registro; etc.

➲ El proceso en los conflictos sociales y colectivos, nacionales o internacionales, se encuentra en este momento en una encrucijada fundamental para la ´lucha por el derecho`. Para ello se hace indispensable su acercamiento a la vida cotidiana, de modo que las partes ingresen a él, como a un medio racional y comprensible para dilucidar sus derechos y sus posibilidades de real comunicación entre los sujetos del proceso, dando mayor flexibilidad y oportunidad para el intercambio entre el Juez y las partes.

➲ Una de las mayores exigencias de nuestra época radica en la abreviación de los trámites, en la obtención de un resultado relativamente rápido. El proceso actual no está a la altura del ´jet` (no hablemos del espacio) y no puede estarlo, porqué en él no se trata de un pensamiento cristalizado en técnica, sino de un pensamiento que debe lograr elementos del pasado, para en base a su estudio determinarlos y realizar la estimación (jurídica) de las situaciones planteadas. Pero cuando se piensa en la abreviación del proceso, se considera especialmente el tramo a seguir para llegar al ´judicio` realizado aquél (salvo en pocas situaciones de hecho muy complejos o en algunos problemas difíciles de derecho) se desprende de dicha tramitación.

➲ Para las partes, el proceso es un tránsito obligado pero que podría, en su mente ser prescindible, para llegar al cumplimiento o a la ejecución de la sentencia. La autoridad del Tribunal desaparece si esto no puede asegurarse y verificarse; el problema de la eficacia de la justicia es otro de los temas básicos de la reforma procesal.

10. Principios elementales para un proceso común

10.1 La confrontación entre sistemas procesales; las circunstancias actuales por las que transita la integración americana; el movimiento continental en materia de justicia constitucional y el desarrollo que tienen las transformaciones judiciales, todo en conjunto, permite proyectar un mecanismo articulado de normas y procedimientos que puedan ser la base de un proceso común latinoamericano.

No se trata, claro está, de provocar desde la legislación interna la toma de disposiciones armonizadas del derecho nacional respectivo, ni de crear por este medio un derecho comunitario nuevo y unificado que sustituya al derecho local, sino más bien, de reconciliar o nivelar las legislaciones nacionales existentes. Quizás precisamente por eso una de sus características sea la flexibilidad ([333]).

10.2 Teniendo en cuenta los modelos informados en el punto 7.4, cualquier intento de unificación necesita partir de un esquema preferente.

Los sistemas procesales tienen, a su vez, proyectos de armonización o unificación como el comentado "Código Modelo" iberoamericano; así como dos estudios más que, brevemente, conviene recordar.

10.3 El "***Proyecto de Code Judiciaire"*** uniforme para la Comunidad Europea, bosquejado en 1993, presenta una serie de disposiciones o reglas elementales para un procedimiento, cuyas líneas maestras son: la conciliación; la demanda u sus

[333]. Girón Larrucea, ob. cit., pág. 97

formas; el objeto litigioso; la prueba documental y el testimonio; la tecnología en materia probatoria; el desistimiento del proceso; los efectos de la ausencia a comparecer o la rebeldía; los gastos procesales; las medidas provisionales; la ejecución de sentencia; las astreintes; y otras disposiciones generales como son los plazos, las nulidades o las potestades y deberes de los jueces.

Este anteproyecto regula parcialmente un proceso tipo, y opera mientras no esté implementado, como un marco referencial del derecho comunitario.

10.4 El más reciente de los ensayos elaborados corresponde a los profesores Hazard y Taruffo, dado a conocer bajo el nombre de '***Transnational rules of civil procedure"*** en el año 1997.

Son 42 reglas divididas en varios capítulos que regulas las etapas del juicio hasta su ejecución.

El proceso adopta la oralidad y el sistema de audiencias. Se dirige por un tribunal colegiado, que algunas veces, puede estar acompañado de jueces legos con funciones de jurado. La demanda se presenta por escrito y con toda la prueba propuesta. Inmediatamente, se abre una etapa de conciliación que, de no alcanzarse, permite reunir a los abogados de las partes para intercambiar pruebas (discovery). Esta audiencia puede repetirse.

El modelo se aproxima bastante al sistema procesal de Estados Unidos de América, pero adolece de regulaciones necesarias para un sistema completo (nada se dice respecto de la jurisdicción voluntaria, arbitral, concursal, monitorio; falta la intervención de terceros, las citaciones en garantía, etc.).

10.5 Basados en los esquemas predispuestos y en vías de formular principios elementales para un proceso común, se puede presentar el siguiente bosquejo preliminar.

Los principios a instalar serían:

➲ *Inmediación* con amplios poderes del Juez para intentar la conciliación entre las partes. La remisión a mediadores o árbitros cuando el problema presente posibilidades de arreglo extrajudicial y el Juez considere que es conveniente la intervención de un gestor de conflictos profesional. Potestades suficientes para el emplazamiento procesal y la imposición de sanciones por desobediencia o incumplimiento de los mandatos dispuestos.

➲ *Concentración* de las etapas de contradicción y probatorias. Es decir que, todas las defensas o excepciones que se interpongan debieran resolverse en la audiencia o asignándoles "efecto diferido"; las pruebas se sustancian en pocos actos y las que habitualmente se presentan por escrito debieran anticiparse a la audiencia permitiendo su complemento verbal cuando resulte necesario (por ejemplo, con el testimonio de peritos). Las partes han de tener posibilidades reales de intercambiar pruebas, convenir pautas de desarrollo, notificarse sin formalidades, es decir, en pocas palabras, eliminar las ficciones reiteradas del proceso escrito, canjeando la técnica por la eficacia y rapidez.

➲ *Disposición sobre el objeto litigioso,* de forma tal que las partes puedan resolver las cuestiones en controversia sobre la base de un modelo simple que no tenga clasificaciones inútiles como la amplitud del conocimiento. Se trata de proponer una técnica de debate que gire alrededor del foco problemático. En este aspecto, la audiencia preliminar es el centro neurálgico del procedimiento.

Dice Véscovi, refiriéndose al código modelo

El *pivot* del sistema es la *audiencia preliminar*, realizada luego de la proposición, a la cual las partes deben asistir bajo pena de severas sanciones

(desistimiento del actor y tener por admitidos los hechos contrarios si el que no comparece es el demandado). De este modo se prioriza el sistema de audiencias, esto es la necesidad de que reúnan las partes y el Juez y en forma dialogal se resuelva el conflicto ([334]).

➲ *Lealtad y buena fe procesal*, porqué un proceso que no respete estos principios no puede tener lógica funcional alguna. La colaboración entre las partes y el ejercicio razonable de la garantía de defensa en juicio, ponderan la eficacia del modelo que se propone.

➲ *Esquema de procedimiento:*

1. demanda, contestación, defensas y excepciones Þ **por escrito**

2. Proceso por audiencias Þ **a) Preliminar:** con cuatro funciones:

i. conciliación

ii. saneamiento

iii. fijación de hechos litigiosos

iv. determinación de la prueba

b) Complementarias: para resolver el proceso en el menor tiempo posible. Apelaciones diferidas. Actuación directa de las partes (cross examination). Poderes sancionatorios del Juez.

3. Sentencia. Ejecución Þ dictada por escrito. Con ejecución provisional. Limitación recursiva o recurso indiferente.

11. Incorporación del modelo al derecho nacional

11.1 La globalización que menta un proceso universal exige la aplicación de un mismo instrumento en regiones diferentes. Por ello la fórmula debe partir conociendo cada situación particular, advirtiendo en el proceso de incorporación, las dificultades provenientes de las circunstancias que cada país atraviese.

Argentina y México son naciones federadas que impiden la unificación general por la diversidad de códigos y sistemas procesales. No obstante, este sería un obstáculo que puede superarse dando primacía al derecho transnacional, eludiendo el dogma de la soberanía.

Lo mismo puede aplicarse al principio de territorialidad y la jurisdicción competente.

11.2 El segundo inconveniente es el factor político. Puede afirmarse que las posibilidades de desarrollo en este momento dependen más de condiciones políticas y sociales que de variables económicas ([335]).

---

[334]. Véscovi, *Nuevas tendencias...,* cit., pág. 467.

[335]. Cfr. Alain Touraine, *Seis hipótesis sobre América Latina,* en "Revista de Derecho del Mercosur", año 1 nº 1, 1997, editorial La Ley, pág. 44.

En América latina, y particularmente en Argentina, ni la economía, ni los grupos sociales son los que dominan la estrategia reformista. Todo lo contrario, son los sistemas políticos los que tienen la fuerza y decisión para impulsar toda renovación.

Esta es una cuestión vital en un intento de asimilación procesal extraña, en la medida que los factores políticos pierden hegemonía decisoria al tener que recibir un modelo consensuado. Por ello, al tener que repensar el político su participación en los cambios copernicanos, difícil resulta que acepte sin desafíos el protagonismo que siempre exige.

11.3 De todos modos, también la armonización procesal es una cuestión de imagen institucional. A un país le interesa estar dentro de un movimiento universal. Hoy las apatías son medidas con gestos certeros, donde no manda la simple indiferencia.

La realimentación que proyectan estos modelos hacia el cambio implican, por lo general, aceptar la necesidad de adaptar los sistemas. Inmediatamente, se estudian los efectos de esos instrumentos comunitarios sobre las realidades económicas, sociales y políticas, y así, como una escala de naipes, la iniciativa de uno da lugar a las modificaciones de otros; o a las presiones de grupos para que el País no quede aislado.

Cada ciclo tiene particularidades, pero en todos ellos no se descalifica el proyecto de unificación o armonización, porqué no es de buena imagen rechazar aquello que la comunidad universal acepta. A lo sumo, se postergan las decisiones y comienzan las etapas de transición.

11.4 Argentina se encuentra, actualmente, en esta etapa. No hay códigos uniformes pero sí esquemas hegemónicos (que soportan la escritura dispuesta por el ordenamiento procesal de la Nación). La influencia del código modelo es manifiesta en los anteproyectos que se conocen, y la doctrina reclama por una justicia comunitaria que esta, por ahora, totalmente postergada.

12. La progresividad del sistema a partir de la armonización gradual

12.1 Por las características descriptas puede colegirse que en América Latina los esfuerzos por conseguir un modelo procesal unificado tiene numerosos obstáculos. En cambio, podría alentarse un sistema armonizado que tome en cuenta los adelantos conseguidos a través de la doctrina, y algunas experiencias particulares como el caso uruguayo y su Código General del Proceso.

La distribución de obligaciones entre los Estados para aspirar a dicha meta debiera partir desde abajo hacia arriba. Esto es, procurando que los órganos y mecanismos locales de cada país vayan armonizando sus fisonomías a las que diseña el derecho supranacional.

12.2 Un punto de partida distinto sería propiciar que, a través del establecimiento de un tribunal comunitario y un método de debate predispuesto, se imponga a los Estados partes a acatarlo.

De este modo, la armonización se realizaría desde la cumbre impuesta hacia abajo, Es decir, obligando a los miembros a adecuar sus procedimientos internos con las normas de carácter transnacional.

Esto último pareciera de difícil construcción, sobre todo, por las peculiaridades que tienen las naciones americanas y su afincado criterio sobre los conceptos soberanos.

12.3 Sin embargo, nada es imposible, en la medida que existen influencias recíprocas que ponen en cabeza de cada uno la necesidad de adaptarse para no quedar fuera del sistema.

Bien ha dicho Cassese que:

> la influencia del derecho público comunitario en los derechos administrativos es doble. Por un lado, es una influencia directa que se desarrolla a través de relaciones "verticales" entre la Comunidad Europea y cada derecho administrativo nacional. Por otro lado, la influencia es "horizontal": el derecho comunitario crea una plataforma que constituye un vehículo para los trasplantes de institutos de un derecho nacional a otro ([336] **).**

12.4 Ahora bien, implementar la armonización requiere de un proceso gradual que solucione, paso a paso, las dificultades locales, la concreción de legislación interna de ensamble y adecuación al integracionismo, y sobre todo, la decisión política de llevar a cabo la transformación a partir de un modelo pensando para todos.

Por eso, *la progresividad supone ir efectuando modificaciones sustanciales en el derecho interno que garanticen la salvaguarda de los derechos previstos para la comunidad o región donde ha de insertarse. Inclusive, la jurisprudencia de sus tribunales debiera seguir esta pauta o idea fuerza, y verse obligados a inspirarse en las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y, por lo tanto, no podrían admitirse medidas incompatibles con los derechos fundamentales reconocidos y afianzados por las normas fundamentales de estos Estados.*

Igualmente, los instrumentos internacionales que conciernan a la protección de los derechos humanos en los que hayan colaborado o se hayan adherido los Estados partes, pueden proporcionar indicaciones que conviene tener en cuenta en el marco del derecho comunitario. Siempre en la línea de crear progresivamente y forzar un cambio metodológico no impuesto, sino consensuado por la gradualidad de su incorporación.

---

336. Sabino Cassese, *L´influenza del diritto amministrativo sui diritti administrativi nazionali,* en Revista Italiana di Diritti Pubblico Comunitario, nº 3, 1993, editorial Giuffrè, Milano, pág. 329.

INDICE GENERAL

SECCIÓN 1ª : DERECHO A LA ACCIÓN Y A LA JURISDICCIÓN

I. La acción y el derecho de tramitar en una instancia útil

II. El derecho a la contradicción

III. Límites de la respuesta en expectativa (art. 356 inc. 1ro)

SECCIÓN 2ª : CUESTIONES DE COMPETENCIA

IV. Declinación de competencia por la Alzada

V. La causal de prejuzgamiento de la Alzada cuando la misma ha ordenado medidas cautelares precedentes

VI. La competencia en los procesos de locación de obra y/o servicios y la calidad de comerciante para determinarla

VII. La competencia en procesos de divorcio cuando existe sentencia anterior que declaró la separación personal

VIII. La regla de especialidad en la asignación de competencia

IX. Determinación de la competencia

SECCIÓN 3ª : ACTOS PROCESALES

X. Facultades del administrador del sucesorio para contestar la demanda

XI. Suspensión del plazo de caducidad de la instancia en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

XII. El derecho a la celeridad en los procesos

SECCIÓN 4ª : EL PRINCIPIO DE BUENA FE EN EL PROCESO

XIII. El abuso del proceso frente a la litigiosidad innecesaria

XIV. El principio de moralidad en el Código de Procedimiento Civil y Comercial de la Pcia. de Córdoba

SECCIÓN 5ª : NULIDADES EN EL PROCESO

XV. La convalidación de la nulidad procesal por el retiro del expediente hecho por el abogado que no es parte

XVI. Notificación por edictos y nulidad de las actuaciones

XVII. Notificaciones, seguridad jurídica e injusticia

SECCIÓN 6ª : MEDIDAS CAUTELARES

XVIII. Las medidas cautelares como censura previa en la libertad de expresión

XIX. Acerca de la posibilidad de extender los efectos de la prohibición de innovar a procesos conexos

SECCIÓN 7ª : PRUEBA Y RESPONSABILIDAD CIVIL

XX. Las responsabilidades emergentes de la pérdida o extravío del expediente judicial

XXI. La carga de la prueba en la responsabilidad médica

XXII. ¿Quién tiene legitimación para reclamar por los disturbios que suceden en el fútbol profesional?

SECCIÓN 8ª : SENTENCIA

XXIII. Iura curia novit

XXIV. Nulidad de la sentencia por defectos de fundamentación

XXV. Nulidad de la sentencia por falta de firma

XXVI. Vicios de la sentencia por remisión a jurisprudencia inapropiada

XXVII. Las mayorías coincidentes en las sentencias colegiadas

XXVIII. Límites objetivos de la cosa juzgada

XXIX. La doctrina del precedente obligatorio (*stare decisis*) y el valor de los pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia

XXX. El principio de congruencia y los límites de la Alzada

SECCIÓN 9ª : RECURSOS

XXXI. Prejuzgamiento en el trámite de admisión del recurso extraordinario

XXXII. Límites del exceso ritual manifiesto

XXXIII. Acerca del deber de fundamentar el auto de concesión del recurso extraordinario federal y las reglas del debido proceso

XXXIV. Improcedencia del recurso extraordinario de apelación ante la Corte Suprema cuando el estado no resulta condenado en costas

XXXV. El recurso extraordinario ante situaciones de urgente resolución

XXXVI. La fundamentación del recurso extraordinario

XXXVII. El depósito previo en el recurso de queja

XXXVIII. Inconstitucionalidad de las limitaciones al derecho de recurrir

XXXIX. Vigencia temporal del fallo plenario

XL. El pedido de aclaratoria en la instancia originaria

XLI. El recurso de casación civil en el proyecto de reformas: El Código Procesal Civil, Comercial y Laboral de la Nación.

SECCIÓN 10ª : EJECUCIÓN

XLII. La informalidad en los procesos de ejecución de sentencias

XLIII. La justicia del caso en las liquidaciones judiciales

XLIV. Las costas en el juicio ejecutivo

XLV. La ejecución provisional en el proceso civil

XLVI. El contrato de mutuo como título ejecutivo

SECCIÓN 11ª : LABOR DE LOS COLEGIOS DE ABOGADOS. ENSEÑANZA DEL DERECHO

XLVII. Sobre la hipotética derogación de las facultades disciplinarias del juez después de la ley 23.187

XLVIII. La enseñanza del derecho y la habilitación profesional

SECCIÓN 12ª : EL FUTURO DEL DERECHO PROCESAL

XLIX. Un proceso civil sin fronteras. Armonización y unificación del derecho procesal

(poner en la conratapa). En las solapas incluir mis libros

RESPUESTAS PROCESALES

SEGUNDA ÉPOCA

Cuando esta editorial publicó la primera serie de trabajos reunidos con el título de *Respuestas Procesales*, estaba entre nosotros Isidoro Eisner. Por entonces, me dijo –con su proverbial ingenio y galanura- *qué suerte que puedas dar respuestas, yo sólo hago planteos* (en referencia a sus dos libros sobre "Planteos Procesales" y "Nuevos planteos procesales" que publicó con la editorial La Ley). Nunca olvidé esa muestra de humildad que seguramente en mí estaba ausente (por esas cosas de la juventud que todo quiere apurar sin frenos ni pausas, pensando que tenemos que llegar mucho antes de lo que el destino tiene fijado).

Al reiterar un nuevo conjunto de trabajos, pensé en la conveniencia personal de modificar el título y darlos a conocer con otra mención; para evitar esa arrogancia que el nombre del libro lleva. Pero debo ser fiel al error de origen e insistir en el mismo, simplemente para que el lector sepa que es la recopilación ordenada de artículos y comentarios a fallos, en un tiempo renovado que comienza en 1994 a la fecha; pero que continúa la línea trazada en 1991 cuando salió la primera edición.

Claro está que me disculpo ante el interesado que llega a estas páginas. No pretendo responder nada, sino reproducir ideas que seguramente están mejor expuestas en otros y que la jurisprudencia que las transcribe consigue iluminar para el mejoramiento de la justicia.

Nuestra proyección se instala desde el primer momento de entrar al proceso (sección 1ª) para concretar la garantía constitucional del acceso a la justicia sin limitaciones ni restricciones. También, para mostrar como funciona el derecho de defensa en juicio en situaciones muy particulares. Inmediatamente abordamos las cuestiones de competencia en sucesivas manifestaciones jurisprudenciales. Después, casos de actos procesales en los que queremos destacar la evolución de la Corte Suprema con su esclarecimiento sobre casos y problemas del instituto de la caducidad de la instancia.

No podíamos olvidar al principio de moralidad (sección 4ª) y otros tangibles sucesos de la vida profesional, como son las nulidades y las medidas cautelares (secciones 5ª y 6ª , respectivamente).

El orden continúa con la prueba, la sentencia los recursos y la ejecución. En cada una de estas secciones hemos condensado jurisprudencia y comentarios doctrinales de segura aplicación en lo cotidiano y de pleno interés para el magisterio de la abogacía y la función jurisdiccional.

Finalmente, expresando la experiencia acumulada desde mi cargo como Decano de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Belgrano, ensayo dos posiciones respecto a la tarea de los colegios profesionales y de las universidades en pos de un mejor resultado en los estudios del derecho.

El final es una síntesis de un tiempo pasado que no ha sido mejor. La esperanza va implícita en el rótulo de la sección.

Este libro no hubiera sido posible si no fuera por la ayuda que me han prestado dos de mis colaboradores casi permanentes, quienes sacando tiempo a sus propias necesidades, han realizado una ímproba tarea de acumulación, corrección, discusión y tantas otras cuestiones que facilitaron mi tarea de mero coordinador de lo que aquí se publica. Gracias por ello a las doctoras Graciela Rosetti y Clarisa Leguer.

OSVALDO ALFREDO GOZAINI

DEDICATORIA

A Patricia Loianno