

Introducción

El proceso judicial de estas horas poco ha variado en su estructura y dinámica desde que implantara el derecho romano la clásica división por etapas. La única evolución destacada consiste en el aumento progresivo de las cuestiones técnicas. El peso y la influencia de las solemnidades fueron cubriendo el espacio originariamente abierto para la discusión, llegando a puntos tan rígidos que obligaron a replantear estas características, cuyas consecuencias hacían del litigio un puro juego de ritos y ficciones.

La habilidad y los conocimientos procesales encumbró a los abogados que hacían gala de sus artificios con el procedimiento; se escondía la verdad, y nadie controlaba este proceso de desatinos.

Hasta que llegó la regla moral, según la cual, nadie podía litigar desconociendo los deberes de lealtad, probidad y buena fe. Nació el principio -también llamado de moralidad- como una necesidad del sistema, antes que como un dilema ético.

La consagración fue difícil, porque un principio como éste -se dijo- afectaba el derecho de defensa en juicio, teniendo en cuenta que en la protección de los derechos, las herramientas que el abogado utiliza son aquellas que dispone en el ordenamiento jurídico. De este modo, siendo el proceso judicial el medio instrumental de realización de los derechos, no se podía limitar y cercenar las bondades que tenía el método dialéctico de debate entre partes.

Esta idea reposó en el argumento de encontrar en el proceso judicial una auténtica lucha entre partes, donde el derecho era el arma que investía al guerrero, siendo así victorioso el que disponía de mejores armas, no siempre vinculadas éstas con el derecho y la razón, propiamente dichos.

En rigor, el principio de moralidad impuso el límite ético de las conductas en el proceso, evitando que el medio sirviera a un fin ilícito, o al menos, inapropiado.

Años atrás (1988) nuestro querido maestro Augusto Mario Morello, prologó una de mis primeras obras jurídicas (La Conducta en el proceso, editorial Platense SRL) destinadas a marcar el contenido de esas reglas morales.

Con este libro, pretendemos actualizar aquellos principios y destacar la evolución jurisprudencial, a cuyo fin he contado con la valiosa colaboración de mis ayudantes en la cátedra de Derecho Procesal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

Sin embargo, el tópico central ahora, no es el principio de buena fe, sino la consecuencia del obrar equívoco de abogados y partes, que conduce a la temeridad y malicia de las conductas.

Claro está que no pensamos que la conducta ética se resuelva penalizando los comportamientos encontrados con la regla de moralidad; tan sólo se trata de advertir a jueces y abogados, que en el duro oficio de abogar y en el ejercicio activo de la magistratura, este aspecto central de la nobleza entre partes, y para la eficacia de la justicia, no puede ser soslayado.

Capítulo I DEBERES DEL ABOGADO EN EL PROCESO

1. El proceso como modelo de debate pacífico

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 sistemas auxiliares de la jurisdicción, o complementarios (también llamados *equivalentes*) trabajan sobre una fórmula diferente a la que lleva a cabo el litigio. Mientras en éste se busca la victoria, en los medios alternativos la idea es pacificar.

Los errores del sistema tradicional afincan en la persecución absoluta de la razón a toda costa, y en la utilización de cuanta herramienta se encuentre para alcanzar ese fin, que no es otro que derrotar al adversario. En un modelo que trabaja sobre la lucha, es evidente la necesidad de reglas, y esencialmente, la consagración de un principio incanjeable para aplicar el sistema: la buena fe entre litigantes.

De igual manera, en los mecanismos paralelos para resolver controversias, como la mediación, la conciliación y el arbitraje, este principio de conducta leal y honesta entre las partes concibe un presupuesto imprescindible para deliberar.

En definitiva, ambos modelos de debate no eluden la relación jurídica que se traba entre personas y derechos, y por ello así lo concibe la teoría general al sostener que, *el proceso es una relación jurídica en donde un sujeto, revestido de poderes determinados por la ley, actúa en vista de la obtención de un fin.*

Fueron muy pocas las disidencias que tuvo esta posición doctrinaria que fuera expuesta por Von Bülow. En contra aparecen Rosenberg, Carnelutti, Kisch y Goldschmidt. En cambio, Couture sintetiza el pensamiento manifestando que, la relación es la unión real o mental de dos términos, sin confusión entre sí. Relación es vínculo que aproxima una cosa a otra, permitiendo mantener entre ellas su primitiva individualidad. Cuando en el lenguaje del derecho procesal se habla de relación jurídica, no se tiende a señalar el vínculo o ligamen que une entre sí a los sujetos del proceso y sus poderes y deberes respecto de los diversos actos procesales. La relación jurídica procesal es un aspecto del derecho como relación. Es la particular condición que asume el derecho en la zona restringida del proceso. Se habla, entonces, de relación jurídica procesal en el sentido apuntado de ordenación de la conducta de los sujetos del proceso en sus conexiones recíprocas; al cúmulo de poderes y facultades en que se hallan unos respecto de los otros.

A partir de esta concepción se observa que el vínculo que se forma entre las partes de un proceso conlleva obligaciones de mutuo seguimiento, provocando al mismo tiempo, una serie de consecuencias jurídicas relevantes.

De acuerdo a su posición en el proceso, la parte adquiere una *calidad* especial, de la que surgen para ella numerosas situaciones activas y pasivas, que constituyen el contenido de la relación jurídica procesal.

Se forman así un *conjunto activo* de poderes jurídicos y de derechos subjetivos procesales; y otro *conjunto pasivo* de cargas, obligaciones o deberes y sujeciones.

Los primeros corresponden siempre a un conferimiento de carácter público, por el cual se otorga a un individuo la posibilidad de reclamar un interés propio. El poder jurídico se expone como una potestad de carácter genérico, atribución de origen constitucional (no procesal) que admite distintas calidades, según la posición que se tenga en el proceso (v.gr.: el actor tiene la potestad de pretender y el demandado de resistir a esa pretensión; es el clásico juego de la demanda y la defensa).

Para Liebman este juego dialéctico se corresponde con derechos y deberes de cada parte; mientras que Carnelutti afirma que estos derechos subjetivos tienen un carácter eminentemente procesal, y se vinculan con la posibilidad de obrar en juicio, es decir, de actuar el derecho (interés) y de fundamentarlo, probarlo y oponerse a un resultado que estime disvalioso. En cambio Devis Echandía sostiene que la naturaleza de derecho público que corresponde al derecho procesal no es incompatible con su carácter de fuente de derechos subjetivos, porque al lado de los derechos individuales privados existen los derechos individuales públicos. Los derechos procesales tienen estas características: a) emanan de las normas jurídicas procesales; b) son derechos públicos y no privados, muchos de ellos de origen constitucional, salvo los de carácter patrimonial como el derecho a cobrar las costas del proceso o los honorarios de los auxiliares de la justicia, como peritos o secuestres; c) son oponibles al mismo Estado y su violación significa una arbitrariedad y un acto ilícito; d) surgen con ocasión del proceso y se ejercen en él para iniciarlo; e) corresponden a las partes y a algunos terceros. Ejemplos: los derechos de acción, contradicción, de probar, de recurrir, de concurrir a un proceso como interviniente.

Las cargas, deberes y sujeciones, provienen directamente del proceso y atienden el modo como se llega a la consagración del interés.

Así, la *carga* es un imperativo destinado a la parte con la promesa de asegurar un resultado cuando ella es abastecida con suficiencia (v.gr.: demanda interpuesta en debida forma; prueba rendida completamente, etc.).

El deber es una regla establecida en favor de la generalidad. Se impone su acatamiento como una forma de observar el normal desarrollo de un proceso.

Sin embargo, dice Couture, los deberes procesales, como en general los demás deberes jurídicos, no pueden ser objeto, a diferencia de las obligaciones y las cargas, de ejecución forzosa. La efectividad en el cumplimiento de los deberes procesales se obtiene, normalmente, mediante sanciones, ya sean de carácter físico o personal como el arresto del testigo que se rehusa a declarar; ya sean de carácter pecuniario, como la multa impuesta al perito que no presenta su dictamen; ya sean de carácter funcional, como la pérdida, la postergación o la suspensión del empleo. Estas sanciones son formas de coacción moral o intimidación. En verdad no hay forma material de hacer cumplir por la fuerza esta clase de deberes.

La sujeción, finalmente, es la situación en la que se encuentra la parte que es constreñida a cumplir los efectos de una providencia del órgano jurisdiccional.

2. Objeto del proceso

Al hablar de los derechos subjetivos procesales, forzoso es referirnos a una distinción previa. La misma consiste en diferenciar el derecho que se hace valer en juicio (derecho subjetivo material), del derecho mediante el cual aquél se hace valer (derecho subjetivo procesal).

Con lentitud se han superado los conflictos doctrinarios, encontrándose un hito de respuesta definitiva desde el reconocimiento de la autonomía de la acción.

Carnelutti advirtió que tan lejos están de confundirse el derecho subjetivo procesal con el derecho subjetivo material, que el uno pueda existir sin el otro. Yo tengo derecho a obtener del juez una sentencia acerca de mi pretensión aunque esa pretensión sea infundada. La distinción entre los dos derechos atañe tanto a su contenido como al sujeto pasivo de ellos: el derecho subjetivo material tiene por contenido la prevalencia del interés en litis, y por sujeto pasivo a la otra parte; el derecho subjetivo procesal tiene por contenido la prevalencia del interés en la composición de la litis y por sujeto pasivo al juez o, en general, al miembro de oficio a quien corresponde proveer sobre la demanda propuesta por una parte.

En este orden de ideas, y aun cuando no este disputada la independencia del objeto litigioso -como un fenómeno de naturaleza procesal-, de la pretensión material, el debate se ha centrado en torno al contenido y esencia de ese concepto procesal.

Resulta así que no concilian ideas dispares como la de ver un resultado concreto, como objeto final del proceso, y aquélla que considera que el objeto litigioso identifica una pretensión propia que afirma un derecho material, que se desentiende del resultado obtenido.

La importancia de estos principios redundan en ver que caminos conducen a la idoneidad del objeto, señalado éste como un conjunto de conceptos lícitos que permiten la efectividad del proceso, a través de una sentencia cabalmente lograda.

La licitud del objeto procesal, sin embargo, no importa la licitud de la pretensión material.

El objeto litigioso, de contenido procesal, se resume en la petición dirigida al órgano jurisdiccional; en tanto que la pretensión material determina un criterio jurídico y no hace al modo de planteamiento, aunque en la sentencia pueda identificarse con el objeto procesal.

En realidad, el objeto material sirve al fundamento, pero no incide en la pretensión material.

Por ejemplo, si le pido al juez que declare la resolución de un contrato por inejecución de sus obligaciones, y en el desarrollo procesal se advierte que

no existe tal convención, aunque sí un arreglo verbal entre partes respecto de una materia determinada; la sentencia (objeto procesal) decidirá sobre la solicitud del actor, descartando la incidencia del objeto material que, en el caso, se encontraría infundada.

Ahora bien, en la consecución de sus objetivos la pretensión procesal se reviste de datos informativos que se acercan al juez y se desenvuelve jurídicamente en actos procesales dirigidos por un interés, y que fundamentan el derecho material invocado.

En tanto así suceda, la pretensión procesal no requiere más presupuestos que los de índole adjetiva, a saber: legitimación, causa y forma de presentación; de manera que la simple petición es ya una pretensión.

En cambio, el objeto material del proceso puede ser desfigurado, mostrándose con un rostro que no es verdadero; o utilizado artificiosamente; o bosquejado en un derecho que se tiene parcialmente procurando obtenerlo en definitiva con engaño, mentiras, fraude, etc.

A veces, el objeto material se confunde con el procesal. Por ejemplo, en la existencia de un proceso inútil (ver Capítulo XIX) donde aun contándose con el derecho de fondo, y presentado en debida forma, el objeto procesal está desvirtuado por la finalidad disvaliosa conseguida. También sucede con el proceso aparente (ver Capítulo XVIII) con el que se oculta un designio malicioso a costa del ejercicio abusivo del derecho.

Es el campo de las obligaciones procesales, que generan no solamente responsabilidades objetivas (v.gr.: las costas, daños y perjuicios derivados del ilícito procesal, etc.) sino también subjetivas, a través de los deberes de conducta amparados en el principio de moralidad procesal.

3. Deberes primarios y secundarios

Por lo general, la presentación de los deberes tiene un aspecto refractario que compone un *todo* de obtención ideal. La reciprocidad entre lo que se tiene y lo que es debido, enfrenta dialécticamente a *lo suyo* con *lo debido*.

La reflexión que plantea Fernández Sabaté se expresa así: "El hacer justicia a los demás parece tener el sentido de la restitución de algo que no es nuestro sino que en realidad es de otro, es *suyo*..., no le damos lo nuestro sino que le damos lo de él, se lo restituimos". En forma similar Josef Pieper decía que "los antiguos...cuando hablan de justicia nunca se refieren primariamente a los acreedores de derecho, sino a los que tienen obligaciones. La preocupación de qué es justo, decían, se ordena a dar a cada uno lo que le corresponde, no a obtenerlo para sí".

Lo primero será un derecho subjetivo; lo restante, la exigencia de respuesta esperada de otro. En el camino está el proceso, con su contenido de cargas, facultades y deberes; así, en el tránsito jurisdiccional hacia *lo debido*, debemos relacionar a la obligación como un deber razonable, resultante de la necesaria conexión de los medios con el fin.

Los deberes procesales se bifurcan en exigencias: las principales (primarias) atienden lo oportunamente dicho sobre el contenido de la pretensión; las secundarias derivan de una obligación moral que condiciona la actuación de las partes en el proceso.

Unas y otras se han de corresponder para que, con sensatez y objetividad, la articulación entre el derecho personal y el reconocimiento jurisdiccional no encubra situaciones enojosas con la "moral del derecho", y fundamentalmente con la "moralidad procesal".

Curiosamente, la obligación moral en el proceso parte de una conducta omisiva. No se permite el actuar deshonesto, abusivo o arbitrario; si ello sucede, se hace efectiva la sanción y se castiga el incumplimiento.

De manera que el principio de moralidad se encuentra en la zona de lo prohibido, aunque con mayor precisión, sería justo decir que lo no permitido es la inmoralidad, dándole a aquél un sentido más concreto que enuncie, con un mejor alcance, el deber secundario de conducta de las partes.

Evidentemente, el sentido del comportamiento está reservado para un plano de identificación ética que reconoce, asimismo, algunas positivas manifestaciones de certeza como cuando se le otorga validez probatoria (art. 163 inciso 5º del Código Procesal).

Importa un deber y no una carga, cuyo ejercicio activo pone en funcionamiento otro principio procesal encumbrado a partir del de moralidad: la colaboración con el servicio jurisdiccional.

Claro está que hay una graduación en los registros del deber de colaboración, diversificados según el compromiso que se tenga con el interés sometido en la causa.

La explicación se entiende a partir de ver en el proceso una lucha de intereses enfrentados, sostenidos y probados bajo la rigurosa dirección de un juez activo y atento, que haga realidad los principios publicísticos consagrados.

Sostienen Morello, Sosa y Berizonce que son varios los fundamentos que convergen para sustentar ese criterio que se cobija en la necesidad de que la compartida empresa judicial arribe a resultados que privilegia el servicio de la justicia: 1º) Ninguna pasividad -desde el silencio y la rebeldía hasta la falta de cooperación para la satisfacción de estos deberes secundarios de conducta- pueden ser estimulados con *premios* en perjuicio de la parte que los ha atendido con puntualidad y franca disposición; 2º) Esos deberes jurídicos se nutren a su vez de motivaciones morales. En un proceso de simulación de un acto jurídico, el accionado se halla constreñido a algo más elocuente y eficaz que la fácil negativa. Lo mismo tratándose de la separación de hecho de los cónyuges y la pérdida de la vocación hereditaria en la órbita del artículo 3575 del Código Civil.

4. Moralidad procesal

Son tantas las relaciones jurídicas que se entablan entre las partes de un proceso, que faltan argumentos para explicar, desde la perspectiva

procesal, los variados encuentros conflictivos que suscitan, con sus extensiones y dificultades.

Para superar algunos de estos inconvenientes, se propicia el establecimiento de una regla de conducta mínima, que amparada en un principio procesal estable determine principios y presupuestos para interpretar el comportamiento leal, probo y honesto.

En realidad, los códigos han establecido sanciones antes que reglas, y por eso no han consagrado el deber de moralidad en el proceso. Solamente anticipan derivaciones y consecuencias para quienes se aparten de las reglas de probidad y buena fe.

Decía Chiovenda que la buena fe procesal recepta un modo de conducta, desplazando la convicción que tiene la parte respecto al derecho con el que pretende fundar su comportamiento.

Esta actitud reglamentaria arriesga la *penalización* del derecho procesal, pero también es cierto, y la experiencia lo ha demostrado, que las fórmulas genéricas, aunque sean tachadas de superfluas por teóricas, han servido de indicadores de ruta para que el litigante, el abogado y el juez no se extravíen.

Justificadamente dijo Furno, que una moralidad obtenida por coacción es dudosa moralidad. Sin embargo, el legislador demuestra proclividad hacia la transformación de los deberes en sanciones, por ejemplo, la pérdida del pleito como sanción del perjuicio en la legislación hispano colonial que, como dice Carnelli, requiere castigo, ciertamente, la alteración voluntaria de la verdad, pero el castigo no puede consistir en la conversión de una prueba.

Encontrar el límite preciso en el deber de moralidad constituye la principal preocupación de la doctrina.

Couture ha destacado, desde la visión del principio dispositivo, que el deber de moralidad no puede llevar al extremo de suministrar al adversario elementos probatorios que obren en contra de su pretensión procesal; sin embargo, el desarrollo del procedimiento consulta un avanzado estadio de normas técnicas y jurídicas que tienden a asegurar la realización del derecho.

La observancia de principios y reglas de comportamiento persiguen legalizar el derecho de acción y dar licitud a las conductas desenvueltas; de modo tal que actuación del derecho y armonía en el proceder relacionan el deber primario con el secundario, antes aludidos.

Más allá de esta consideración, el desvío procesal generado por un comportamiento deviene ilícito, pues, aunque se reconozca en el proceso una lucha entre intereses contrapuestos, su límite está en el derecho de la contraparte, de modo tal que nadie puede superar a otro vulnerando el equilibrio normativo que supone la igualdad ante la ley.

Bajo esta línea argumental, la disciplina procesal se relaciona con la ley misma; y así como del poder (en cuanto derecho potestativo) surge la carga, también de la carga aflora el deber que, al decir de Satta, no es otro sino la carga misma, considerada no en relación al fin general de la regla, y por tanto en primer lugar a la justicia, sino en su proyección subjetiva que es el interés de la contraparte.

5. Contenido del principio de moralidad procesal

El contenido del principio de moralidad está compuesto de imperativos éticos que, a partir de la buena fe (ver Capítulo II), obran como condicionantes de la conducta en el proceso.

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 y se debe señalar dónde y en qué consiste la inmoralidad.

La ausencia de disposiciones expresas obliga a una tarea de interpretación y de valoración subjetiva, a partir de principios generales, costumbres o usos determinados.

Precisamente, nuestra intención es facilitar este trabajo de intelección mostrando los diversos rostros de la mala fe.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y aquéllos que siguen sus aguas, solamente reglan los deberes de lealtad, probidad y buena fe, como provocadores de ciertos tipos de comportamientos; en tanto que, por vía de las sanciones por conductas temeraria o maliciosa, concentran todo tipo de castigo al litigante improbo, como una suerte de represión por su inmoralidad.

Esta faz preventiva del imperativo, no obstante, ha dejado sin aclarar cuál es la naturaleza del contenido. Ello debe atenderse en la medida que, por su deducción, podrán o no derivarse consecuencias por las cuales se habrá de responder.

De lo hasta aquí expuesto surge nuestra interpretación del principio de moralidad como un *deber*, partiendo al efecto de lo antes fundamentado.

Veamos ahora el porqué.

En tren de distinciones, la doctrina ha tratado por separado la moralidad y la buena fe, contemplando desde distintas perspectivas la función del deber de veracidad respecto de cada uno de ellos.

El nudo gordiano de la cuestión se centra en la libertad y disponibilidad de las partes para que, con su proceder, no se vulnere la buena fe.

La dimensión del planteo varía con el sistema procesal que se analice; por eso, en los procesos de corte dispositivo se consideró al principio de moralidad como una *carga*, en tanto la infracción condenaba a una situación desfavorable; empero, tal consideración parte de observar lo sucedido tras el acto, de manera que el acto en sí mismo, tomado como antecedente, no se tiene en cuenta.

Por eso dice Calamandrei que el proceder de buena fe no puede ser una carga procesal, pues no se podría explicar, en tal caso, el espíritu de colaboración y solidaridad que anima todo el proceso moderno. De igual modo, Clemente Díaz afirmó que el principio de moralidad está caracterizado por la implantación de deberes jurídicos procesales, como son la lealtad, la probidad y la buena fe, que integran un conjunto de normas de contenido ético que forman la *norma secundaria*, cuya juricidad es relativa a una norma que establece la sanción aplicada a la conducta contraria.

Por eso es razonable concluir que, al interpretar la moralidad procesal como un deber, no resulta necesario objetivar su contenido, pues la orientación dista de tener una modalidad propia, de manera que hasta sería imprudente reglar el principio cuál si fuera una "regla sagrada", que casi seguramente quedaría prontamente inútil por la transformación del derecho y del sentir comunitario en las valoraciones morales.

En suma, el objetivo final de la regla moral estriba en perseguir un modelo de comportamiento que sea efectivo para todo tipo de proceso, propiciando la realización justa y eficaz del derecho.

La consagración del principio obliga a interpretaciones elásticas en atención a la variedad de casos y circunstancias.

Como dice Liebman, la regla significa, en sustancia, que si bien en el proceso se desarrolla una lucha en la que cada uno se vale libremente de las armas disponibles, esta libertad encuentra un límite en el deber de observar las "reglas del juego"; éstas exigen que los contendientes se respeten recíprocamente en su carácter de contradictores en juicio, según el principio de la igualdad de sus respectivas posiciones; por eso cada parte debe evitar recurrir a maniobras o artificios, que podrían impedir a la otra hacer valer sus razones ante el Juez en todos los modos y con todas las garantías establecidas por la ley.

Bibliografía

- Bidart Campos, Germán J., *Las obligaciones en el derecho constitucional*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1987
- Calamandrei, Piero, *Instituciones del proceso civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, editorial Ejea, Buenos Aires, 1943
- Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, editorial Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944
- Instituciones del proceso civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, editorial Ejea, Buenos Aires, 1973 (tomo I)
- Carnelli, Lorenzo, *En torno al proyecto cordobés de reforma procesal*, La Ley, 24 página 11 y ss.
- Couture, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, editorial Depalma (3ª), Buenos Aires, 1987.
- Estudios de derecho procesal*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1979 (tomo III)
- Díaz, Clemente, *Instituciones de derecho procesal civil*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1968 (tomo I)
- Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, editorial Universidad, Buenos Aires, 1984 (tomo I)
- Fernández Sabate, Edgardo, *Los derechos humanos*, obra colectiva, editorial Idearium, Mendoza, 1985
- Goldschmidt, James, *Teoría General del proceso*, editorial Bosch, Barcelona, 1934
- Kisch, W., *Elementos de derecho procesal civil*, traducción de Leonardo Prieto Castro, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940
- Liebman, Enrico Tullio, *Manual de derecho procesal civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, editorial Ejea, Buenos Aires, 1980

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 I, editorial Platense - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982

Pieper, Josef, *Los derechos humanos*, editorial Revista Mikael, Buenos Aires, 1979

Podetti, J. Ramiro, *Teoría y técnica del proceso civil*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1942

Rosenberg, Leo, *Tratado de derecho procesal civil*, traducción de Angela Romero Vera, editorial Ejea, Buenos Aires, 1955 (tomo I)

Satta, Salvatore, *Manual de derecho procesal civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando De la Rúa, editorial Ejea, Buenos Aires, 1971 (tomo I)

Schwab, Karl Heinz, *El objeto litigioso en el proceso civil*, traducción de Tomás A. Banzhaf, editorial Ejea, Buenos Aires, 1960

Capítulo II

LA BUENA FE EN EL PROCESO

1. Introducción

La buena fe es un principio que reposa esencialmente en el derecho civil estableciendo una regla de interpretación y orientación a las partes sobre el comportamiento que se deben dar al contratar.

Reflexionando sobre la clave y el porqué de la insistencia en un tema tan abundantemente escrito como es la “buena fe”, Salvatore Satta sostuvo que, la ciencia jurídica es una ciencia moral, no solamente en el sentido de la más o menos arbitraria clasificación escolástica, sino porque ella más que cualquiera otra ciencia, exige un empeño moral en quien la profesa.

En verdad, todo el progreso alcanzado en la búsqueda de respuestas a este principio, denuncia la existencia de numerosas conclusiones que parecen mantenerse como certezas imperecederas; sin embargo, muchas veces, el giro de la historia viene a reemplazar lo que se da por cierto, y este devenir conmociona la mistificación de la verdad, al punto tal que nuevas ideas, o nuevas necesidades, demuestran lo impostergable de remover esos principios, asumiendo con realidad el novedoso rol del presente.

Lo que llamamos desmitificación y desideologización es un proceso que no puede desembocar nunca en la sincronía de la plenitud -dice Hernández Gil-. La diferencia entre la situación actual que persigue la descripción y las situaciones pasadas presididas por la normativización radica en que se ha impuesto un criticismo depurador que, sin embargo, en cuanto realizado dentro de un contexto socio histórico, también le llegará la hora de ser reemplazado.

Así es como el proceso moderno contemporáneo asiste al reverdecimiento de los principios de lealtad, probidad y buena fe. La crisis que se manifiesta en las estructuras del procedimiento necesita apoyarse, hoy más que nunca, en los postulados deontológicos.

Estos principios, antaño inspirados en razonamientos religiosos, han propendido a influir en la conducta humana y en el ámbito del proceso se han evidenciado con las viejas penas procesales (*poenae temere litigantium*) del derecho romano.

Modernamente, las normas deontológicas importan la consideración de un sistema de principios éticos que presentan puntos de contacto con las pautas de la costumbre, y tienden a conformarse en normas jurídicas.

La implicancia de éstas en el proceso configura un conjunto de reglas de comportamiento basadas en la costumbre profesional y subraya su carácter moral. De manera tal, que la buena fe tiene su base en cuestiones no sólo morales y sociales, sino también culturales de una comunidad y lo que se va a exigir en el proceso, es una conducta leal y coherente que colabore con la labor jurisdiccional.

Es en este sentido que el derecho no ampara comportamientos reñidos con la buena fe. La buena fe y rectitud son exigibles, en el ejercicio de cualquier acción y de cualquier derecho. Este principio fundamenta todo nuestro ordenamiento jurídico, tanto público como privado, al enraizarlo con las más sólidas tradiciones éticas y sociales de nuestra cultura.

Por eso, ni el individuo que acude al proceso para solucionar su conflicto ni el abogado que dirige esa realización, se pueden mostrar desinteresados de esas notas que vienen a ser constitutivas de una regla de convivencia; y es así que la buena fe procesal destaca el íntimo parentesco que existe entre la moral y el derecho.

2. Concepto de buena fe

La buena fe ha sido objeto de numerosas definiciones, algunos la han entendido como el convencimiento, en quien realiza un acto o hecho jurídico, de que éste es verdadero, lícito y justo. Sin embargo cabe preguntarse si es necesario definir la buena fe, contornearle sus perfiles diferenciales, otorgarle un sentido determinado o, al fin, atribuirle un alcance preciso que delimite su formulación legal.

La duda es resultado de los estudios doctrinarios que aportan, en síntesis, una noción imprecisa, si bien es cierto que, en el pensamiento jurídico moderno, se van alcanzando distintas concepciones que aclaran el concepto de buena fe, según el ámbito y oportunidad de su expresión.

Recuerda Sagüés que, a comienzos de siglo, Erich Danz calificaba como hartamente oscuro el concepto de buena fe, llegando a encontrar múltiples posibilidades de encuadre: sea por considerarla una norma fundamental de convivencia humana, un principio de derecho, un valor jurídico, una regla de interpretación de normas y contratos, un mecanismo de integración del derecho o una fuente de derechos.

Para nosotros, la buena fe propiamente dicha se debe desprender de la consideración de la "*bona fides*" en el proceso, sin importar la desviación de criterios antagónicos.

La buena fe, como las buenas costumbres, comunica el derecho con la moral.

Dice Hernández Gil que el derecho, que a veces no absorbe todas las exigencias éticas del comportamiento e incluso las modifica, permitiendo estimar que algo sea jurídicamente correcto, pero moralmente recusable, en ocasiones, por el contrario, acude de modo expreso a la moral.

Ante ello, se postula la necesidad de esclarecer y delimitar el principio general de la buena fe, como fundamento del ordenamiento jurídico, de los distintos modos en que aparece en el curso del proceso; pues no se trata de buscar su consagración en una norma jurídica positiva, sino de encontrar un rigor conceptual que dibuje los rasgos definitorios, que entrelace los parentescos que se definan y que, en suma, evite el desprolijo entender la buena fe, el abuso del derecho o el fraude a la ley, como figuras de una misma entidad.

De modo entonces que la buena fe puede ser entendida como un hecho o como un principio, aunque del concepto primero se vaya hacia el término jurídico, conforme un desenvolvimiento congruente con el modo y el tiempo en que corresponde analizar la real configuración de la buena fe.

El derecho, en general, tipifica las conductas de los hombres pretendiendo en su verbalización que aquéllos se ajusten a las normas dispuestas amparando, con su protección, a los que coinciden en el cumplimiento y sancionando a los infractores.

Esta lógica de las relaciones jurídicas provoca el natural encuentro de los hombres en el tráfico, en la convivencia diaria y en toda la variedad que produce la comunicación humana. Es natural pensar que estas vinculaciones se ligan bajo el principio de la *buena fe-creencia*, es decir, que el tráfico cotidiano se entrelaza por las mutuas conciencias de actuar conforme a derecho.

Pero además, el principio de la confianza tiene un elemento componente de ética jurídica y otro que se orienta hacia la seguridad del tráfico. Ambos no se pueden separar.

Deviene así conmutable con estas ideas el segundo principio en que se asienta la interrelación social: *la buena fe probidad*, o conciencia de obrar honestamente.

En uno y otro caso se vinculan, respectivamente, las teorías sobre el derecho aparente en primer término y las doctrinas sobre el abuso del derecho, de la imprevisión contractual, de la causa y otras que asumen también la función de criterio interpretativo y valorativo, tanto de la conducta humana como del significado y alcance de los actos jurídicos.

Afirma Larenz que el componente de ética jurídica resuena sólo en la medida en que la creación de la apariencia jurídica tiene que ser imputable a aquél en cuya desventaja se produce la protección del que confió. En cambio, el componente ético - jurídico está en primer plano en el principio de buena fe. Dicho principio consagra que una confianza despertada de un modo imputable debe ser mantenida cuando efectivamente se ha creído en ella. La suscitación de la confianza es "imputable", cuando el que la suscita sabía o tenía que saber que el otro iba a confiar. En esa medida es idéntico al principio de la confianza. Sin embargo, lo sobrepasa, y va más allá. Demanda también un respeto recíproco ante todo en aquellas relaciones jurídicas que requieren una larga y continuada elaboración, respecto al otro, también, en el ejercicio de los derechos y en general el comportamiento que se puede esperar entre los sujetos que intervienen honestamente en el tráfico.

Esta vastedad del principio no se agota en las utilizaciones descriptas. Se ha entendido que también constituye un principio de interpretación e integración del derecho.

El Código Civil reconoce un sinnúmero de normas que destinan su rigor a un acomodamiento de la situación abstracta que regula con las exigencias del tiempo y las circunstancias. Entre ellas encontramos por ejemplo: el art. 1071 que se refiere al ejercicio regular de un derecho propio, también los arts. 2513 y 2618 que remiten al derecho de propiedad y vecindad, como en otras

disposiciones del código que hacen especial hincapié en la existencia de la mala o buena fe.

De modo tal que el amplio espectro que ocupa la buena fe perdona la falta de definiciones precisas, y razona el motivo por el cual su estudio se bifurca en su consideración como hecho y como principio.

Empero debe cuidarse de confundir la buena fe como inmersa en el mundo de los hechos -dice Sagüés-, 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.

En cambio, la buena fe como principio concibe un entendimiento más cabal y toma cuerpo preciso en el problema que interesa a este estudio: su presencia en el proceso.

De manera acertada ha destacado Couture que el principio de buena fe y lealtad procesal debe ser de gran preocupación, que supone pauta ética a la que deben adecuar su comportamiento los sujetos intervinientes en el debate procesal, el hecho de tener instaurado de un determinado parámetro ético es la finalidad del proceso, consistente en hacer justicia en cada caso concreto, procurando que la decisión se ajuste a los hechos y al derecho vigente. Los obstáculos que alteren ese objetivo, aunque sean lícitos jurídicamente, alteran la noción de debido proceso, consagrada como derecho humano.

Por su parte la jurisprudencia también afirma, como una de las derivaciones del principio cardinal de buena fe, que existe un derecho a la veracidad ajena; al comportamiento legal y coherente de los otros, sean éstos los particulares o el Estado.

Al derecho procesal civil no le corresponde calificar la "*bona fides*", pues éste contesta a un concepto de filosofía jurídica que se conjuga con otras ciencias como la del derecho y la historia.

Hemos anticipado como la alternativa de considerar la *buena fe-creencia* y la *buena fe-lealtad* supone respectivas correspondencias con, por ejemplo, el poseedor de buena fe y el contratante que cumple lealmente sus obligaciones.

En el proceso, la buena fe surge bajo los dos aspectos. Estará en la interpretación de la creencia de obrar honestamente, como en la conducta que se desenvuelve en los límites del principio de lealtad y rectitud hacia la contraparte.

Silveira dice que la buena fe en la marcha procesal, esto es en la actividad de las partes dentro del proceso, se refiere a la lealtad u honestidad de los litigantes.

El principio de moralidad que reconocen nuestros ordenamientos procesales, no surge desde el inicio de la ciencia procesal y ha obrado en su instauración una larga trayectoria que estimo oportuno recordar.

3. Evolución histórica

En el *derecho romano*, el principio de la “*bona fides*” era consagrado como un deber divino. Obedecer las leyes era, según Platón, rendir culto a los dioses. Por eso, para los antiguos, más que humana, la de las leyes era obra divina.

La jurisdicción contenciosa -enseña Zeiss- importaba entender en un conflicto de intereses privados, de carácter moral o económico, en el cual, tanto en la época de las *legis actionis*, como en el proceso formulario se establecieron “penas procesales” (*poenae temere litigantium*) cuya finalidad era arredrar a las partes de litigar con ligerezas o valerse de “chicanas”.

La *legis actio sacramento* constituía un mecanismo por el cual las partes debían depositar, en confianza por la verdad de sus afirmaciones, una prenda que sólo retiraba luego el vencedor.

Este procedimiento, denominado “de la apuesta” (*actio per sacramentum*), fue evolucionando y la consignación del valor pasó a suplirse por la exigencia de constituir un *sponsio*, es decir, la acción por la cual un tercero debía garantizar el cumplimiento de la obligación.

En la faz siguiente, la *actio per condictionem* o acción que tiene por fin el cobro de una suma de dinero, el deudor reclamado que negaba su deuda era condenado a una multa igual al tercio del monto debitado (*restipulatio tertia partis*).

Arangio Ruiz entiende que este sistema obedece a la siguiente evolución: 1) Antes de la Ley de las XII Tablas, la estipulación de una suma de dinero se reclamaba mediante el *sacramentum* o apuesta; 2) Por medio de la *iudicis postulatio*, la ley puso a disposición de las partes un medio más lógico para que el promitente cumpliera su obligación de entregar el dinero o cuerpo cierto; 3) Mediante la Ley Silia fue establecido, primero, que la apuesta no sería entregada al tesoro público sino al vencedor y, segundo devolver a éste la suma prometida.

Esta multa podía ser incrementada cuando el demandado obraba con imprudencia o maliciosidad (*litiscrecrescencia por infortitatio*).

Abandonado el sistema de las *legis actionis*, la función de advertencia que cumplían las penas procesales, fue a cumplirse por el “juramento de calumnia”.

Este requerimiento consistía en la promesa de litigar con buena fe, absteniéndose de toda tergiversación o fraude.

El *iusiurandum calumniae*, se encuentra receptado en las Instituciones de Gayo (IV-172): *Quod si necque sponsionis necque duplin actionis periculum ei, cum quo agitur, iniugatur ac ne statim quidem ab initio pluris quam simpli sit actio, permitit praetor iusiurandum exigere non calumniae causa infortias ire* (Pero si no hay peligro con quien se litiga, ni de suspensión ni de acción por doble pago, ni tampoco haya acción desde un principio, entonces el pretor permite exigir el juramento y no replicar por razón de calumnia). Asimismo, en IV-17 se dice: *Liberum est autem ei, cum quo agitur...iusiurandum exigere non calumniae causa agere* (Aquél con quien se litiga tiene libertad para exigir el juramento y no litigar por razón de calumnia).

En la época de Justiniano, el Código establecía que el juramento de calumnia debía prestarse con las manos puestas sobre las sagradas escrituras y afirmar que no se tenían otros medios de inquirir o manifestar el verdadero estado de las cosas hereditarias.

La calumnia cometida por el demandante -explica Zeiss- era penada mediante un *calumniae indicium* que competía al demandado. Este *iudicium* podía oponerse a cualquier demanda, si el demandante sabía que no actuaba rectamente, sino que deducía la acción para vejar al adversario, y esperar la victoria, antes bien del error o de la iniquidad del juez, que por causa de la verdad. La acción contra el demandante artero tenía por objeto que se le pagara al demandado un décimo, y en los interdictos una cuarta parte del objeto litigioso.

Debían también las partes comprometerse a pagar los gastos del proceso en caso de ser vencidos.

Prácticamente, el mecanismo del juramento se extendió a todos los actos del proceso, y perduró incluso hasta llegar al período del proceso común.

Destaca Podetti que a todo lo largo del Fuero Juzgo se encuentran normas concretas que castigan la mentira y el engaño. Lo mismo ocurre en Las Partidas, donde se señala la obligación del actor y del demandado de no obrar con engaño, de no decir mentira.

Se reitera en el texto del Fuero Juzgo el deber de veracidad, consagrando el mismo como un verdadero principio. Todas las leyes debían tener cierto contenido moral, esto en consonancia con la ideología imperante en ese momento, donde se consideraba al derecho y a la moral como arquetipos que iban unidos.

Si observamos la evolución en el Río de la Plata, habría que remitirse a la Real Cédula de Aranjuez de 1794 que, al instituir el Tribunal del Consulado y dar las bases de nuestro procedimiento civil y comercial, estableció el deber de actuar en juicio "*a estilo llano, verdad sabida y buena fue guardada*".

El principio de la veracidad se constituyó, así, en el orden moral que rigió la etapa codificadora del siglo XIX, pero curiosamente, tal deber no se concretó en norma legal alguna.

Explica Couture esta influencia, cuando se inicia la codificación americana, y el legislador se encuentra con todos los textos reales que ponderaban la exigencia de actuar "*a verdad sabida y buena fue guardada*".

Recién con la aparición del Código Austríaco, cuyo art. 178 dispone: "*Cada una de las partes debe, en sus propias exposiciones, alegar íntegra y detalladamente todas las circunstancias efectivas necesarias para fundar, en el caso concreto, sus pretensiones con arreglo a la verdad...*", se va a dar inicio a una etapa de configuración expresa que tiene su punto culminante, en orden a la influencia ejercida en nuestro ordenamiento procesal, en el Código Italiano de 1940.

Se inician entonces dos corrientes en el pensamiento: por un lado, se encontraban aquéllos que sostenían la pervivencia -a falta de norma expresa- del principio de veracidad, cuyo desconocimiento, al no contar con sanción reglada, originaba una disposición abstracta o privada de toda eficacia. En otro extremo, cimentados con el Proyecto del Ministro Solmi de 1937, creían en la

necesidad de establecer normas precisas que castigasen con severidad al litigante desleal o artero.

Goldschmidt afirma que la ausencia de normas expresas impedía que cualquier sanción tuviera eficacia concreta. Pero con la redacción acordada al artículo 26 del Proyecto Solmi las cosas parecieron modificarse: *"Las partes, los Procuradores y los Defensores tienen la obligación de exponer al Juez los hechos según la verdad y de no proponer demandas, defensas, excepciones o pruebas que no sean de buena fe. En caso de mala fe o de culpa grave, al procurador o al defensor, eventualmente in solidum, a una pena que, según la gravedad de los hechos y el monto del valor de la causa, puede extenderse hasta 10.000 liras, sin perjuicio de cuanto dispone el art. 77"*.

Sin embargo, el art. 29 del Proyecto Solmi establecía que "las partes y sus procuradores o defensores, tienen el deber de actuar con probidad y lealtad".

Las feroces críticas que se dirigieron al proyecto cambiaron la inteligencia del enfoque, y se comienza entonces a cuestionar el problema de tener que decir la verdad en el proceso. La pregunta era: ¿debo decir la verdad? o ¿sólo puedo actuar con lealtad y probidad callando lo inconveniente?.

En Italia, por ejemplo, el Proyecto Solmi fue alterado en la redacción definitiva que hicieron Carnelutti, Calamandrei y Redenti, estableciendo en el art. 88 que *"Las partes y sus defensores tienen el deber de comportarse en juicio con lealtad y probidad; en caso de falta de los defensores a tal deber, el juez debe dirigirse a las autoridades que ejercen el poder disciplinario sobre los mismos"*.

El fundamento dado aclaraba que "las ideas que han inspirado el código al ordenar las medidas más eficaces contra la mala fe procesal es ésta: *el contacto directo entre el Juez y las partes debe crear en éstas la convicción de la absoluta inutilidad de las trapisondas y engaños. Los litigantes se darán cuenta de que la astucia no sólo servirá para ganar los juicios, sino que hasta podrá servir para hacerlos perder; y serán conducidos a comportarse según la buena fe, no sólo para obedecer a su conciencia moral, sino también para seguir su interés práctico, el cual les hará comprender que, al fin de cuentas, la deshonestidad no constituye nunca, ni aun en los procesos, un buen negocio"*.

Así es como en Italia se comienzan a desarrollar estas concepciones, focalizadas ahora, en el actuar con buena fe en el proceso, abundando en libros y artículos escritos por autores de ese país, logrando poco a poco que se extendiera al resto de Europa.

Vizoz en Francia comienza refiriéndose sobre los actos culpables de la ejecución civil, Cunha en Portugal sobre la simulación en el derecho procesal civil. Luego en América, en forma paulatina se fueron dando idénticas concepciones, consagrando la necesidad de que el proceso civil se halle inspirado y tutelado por las reglas morales de la buena fe. Como expresión máxima del pensamiento procesal interamericano, en la intención de imponer la regla moral en el proceso, deben citarse las Quintas jornadas latinoamericanas de Derecho Procesal en Bogotá donde se dejó asentado la "necesidad de normas que impongan y hagan efectiva la moralidad del Proceso".

En nuestro país, el Congreso de Derecho Procesal de Córdoba declaró “la necesidad de incluir en forma expresa y con mayor extensión que la actual, la vigencia de los principios morales del proceso”.

Todo esto fue llevando a la necesidad de plasmar legislativamente esta nueva institución.

De esta forma, en la actualidad, las normas legales van a consagrar el poder-deber de los jueces y tribunales de prevenir y sancionar los actos abusivos realizados dentro del proceso.

El cuadrante, como se ve, se ha desplazado y la temática tiende a concentrarse en el principio de moralización procesal, como veremos más adelante.

4. El deber de veracidad en el proceso

Actuar con veracidad es una forma de manifestar la buena fe. La doctrina en general entiende que puede ser subsumido el deber de veracidad dentro de los más generales de probidad y buena fe.

El problema, como hemos anticipado, radica en encontrar la conveniencia de establecer normas que dispongan la obligatoriedad de su pronunciamiento; o si esto mismo resulta innecesario o inconveniente para los fines políticos del proceso.

Las tendencias son explicadas por Couture. En una primera línea, la doctrina alemana encabezada por Kohler y Stein, sostiene que no cabe dentro del ordenamiento jurídico procesal un deber de esta naturaleza.

En esta corriente de ideas puede ubicarse a Chiovenda, quien afirma: *“...lo mismo que cualquiera relación jurídica o social la relación procesal debe ser regida por la buena fe. Pero siempre es prácticamente útil que el derecho provea con sanciones al castigo del que se conduce con mala fe en el proceso, porque al querer reprimir con normas generales (de dudosa eficacia) al litigante doloso, fácilmente menoscabaría también la libertad del litigante de buena fe, mientras que remitiendo al Juez también por regla general, su represión concedería un excesivo arbitrio al magistrado.*

En postura semejante debe destacarse el pensamiento de Adolfo Alvarado Velloso quien expresó que también es incongruente requerir, en virtud del principio de probidad, el deber de no sostener a sabiendas cosas contrarias a la verdad, cuando nada menos que la Constitución consagra el derecho de no declarar contra sí mismo.

Frente a estas opiniones, se sostiene que el planteo de decir la verdad no es una cuestión de postulados, sino un problema de normas. No se trata de que el legislador dé consejos o imponga deberes abstractos, sino de que en sus normas particulares consagre la necesaria sanción para el cumplimiento de esos deberes.

De nada vale que el legislador imponga el deber de decir la verdad si no establece, al lado de ese deber, el castigo necesario para quien lo infrinja, de esa forma impedirá que esas enunciaciones queden vacías, carentes de contenido y por ende se conviertan en una mera conceptualización teórica.

Para terminar las definiciones doctrinarias, una tercera posición estima que el deber de veracidad, con texto expreso o sin el mismo, sancionado o no, puede ser controlado a través de las disposiciones vigentes en los Códigos, en relación a las normas que reprimen la actuación con ligereza, la malicia o el dolo del proceso.

Por su parte, Couture señala el problema en relación con las dos formas que reconoce el proceso: el sistema inquisitivo como el proceso penal; y el sistema dispositivo, donde impera la libertad de las partes. En efecto, en una lógica rigurosa del proceso civil dispositivo, cualquiera sea la consagración, expresa o tácita, de un deber de decir la verdad, esa consagración queda necesariamente subordinada a la concepción sistemática del proceso, y si en éste las partes tienen la disponibilidad de los hechos y de sus pruebas, la verdad real aparece frecuentemente deformada por la verdad formal y subordinada a las imposiciones técnicas de ésta. En el proceso dispositivo se nos aparecen, en consecuencia, dos mundos perfectamente separables: el del querer y el del saber. Nada impide, dentro de este tipo de proceso que el que sabe la verdad la diga y a continuación exprese su querer. Reducida entonces la relación procesal a este sencillo cuadro expositivo, concluye que, siendo el proceso un debate dialéctico en donde imperan los principios del juego limpio (*fair play*), no es necesario, en consecuencia, que un texto expreso del Código imponga el deber de decir verdad, para que ese deber tenga efectiva vigencia. Existe un principio ínsito en todo el proceso civil que pone a la verdad como apoyo y sustento de la justicia, hacia la cual apunta normalmente el derecho.

El deber de decir verdad existe, por cuanto configura un deber de conducta humana, que no puede aparecer distinta o amenguada porque se realiza en el proceso.

Nuestras conclusiones son las mismas, aunque no coincidimos en el camino por el que se llega a esta afirmación.

La buena fe, como principio moral, lejos de cuestionarse en su sanción expresa, parece por demás obvia y siempre presente en las relaciones humanas.

La tendencia hacia lo verdadero, está dentro de nuestro espíritu, no es un simple dato psicológico y gnoseológico: también constituye un principio ético, esto es, una exigencia moral. De modo entonces que relacionar la ética con los principios procesales deviene innecesario, pues tanto en el principio inquisitivo como en el dispositivo, la presencia del Juez permanece ajena a la volición misma, y sólo controla que las partes no se alejen de los principios de lealtad y probidad.

5. El principio de moralidad

De la deducción anterior derivamos las razones por las cuales la buena fe en el proceso significa un principio moral que se caracteriza como un deber de conducta de las partes.

Decía Alsina que la cuestión de saber si las partes están obligadas a conducirse de buena fe en el proceso es todavía materia de controversia y presenta no pocas dificultades. Desde luego,

cualquiera que fuese el concepto que se tenga de la función judicial, no cabe duda que es una exigencia moral que la actividad de los sujetos procesales se desenvuelva con sujeción al principio de lealtad, a fin de que el pronunciamiento que recaiga sea la expresión de justicia. Pero la dificultad está en saber si es posible convertir esa exigencia moral en un deber jurídico. Q

En el proceso las partes tienen el deber moral de contribuir al esclarecimiento de la verdad y a colaborar con el juez para asegurar los resultados inherentes a su función, razón por la cual debe soslayar cualquier actitud que pueda resultar reticente, aun cuando se cobije en principios y presupuestos formales.

La consagración de esta regla moral tuvo su momento culminante con la publicización del proceso.

Superadas las tendencias privatistas que correspondían, de un modo general, a la concepción liberal –individualista abstracta- del Estado y del derecho, en donde la identificación entre moral y derecho determinaba el deber de veracidad en la litis, el paso triunfante de la Revolución Francesa trajo consigo la quiebra de dicha relación unívoca y se estableció una absoluta independencia entre moral y derecho.

También la nueva corriente social importó asistir a los arrebatos de la euforia y la tesis del funcionamiento del derecho absoluto provocó el ejercicio de acciones ilegítimas que los jueces no pudieron controlar, en razón de ser representantes pasivos del Estado, meros espectadores en una lucha de intereses, a la que sólo acudían para arbitrar.

Con esta ideología imperante comienza la ruptura de la ética procesal, que había tenido su máximo reconocimiento en el proceso clásico romanista y en el canónico. La desaparición de las monarquías absolutistas hasta ese momento, trajo consigo la supremacía de valores como la libertad, que en el plano jurídico implicaron que el juez se convirtiera en un mero espectador de los hechos que estaban sucediendo, consagrándose el proceso como una “*cosa de partes*”.

De esta manera el magistrado era un simple árbitro, mientras que las partes podían valerse de todo tipo de engaños y argucias con fines ilícitos, sin que el juez nada pudiera hacer para impedirlo.

Montesquieu, afirmó este mecanismo, caracterizando a los jueces como “un ente inanimado que aplica la ley, sin moderar su fuerza o rigor”.

En este período, el proceso era manejado por la técnica del más hábil. La destreza, el artificio, la dialéctica, superaban al ingenuo respetuoso de la ley.

El principio dispositivo generaba una barrera infranqueable al magistrado, quien debía tolerar los excesos sin mayores posibilidades de sanción.

Recuérdese que en esta etapa se produce la discusión entre la necesidad de contar con una regla genérica que condene la violación al norte procesal de la buena fe y la de sancionar al litigante artero con penas específicas.

Con los estudios destacados para la reforma del Código Italiano de 1865, se avizoran los primeros cambios de rumbo; se advierte otra mentalidad.

El Código derogado -sostiene la Relación de Grandi- se planteaba los problemas desde el punto de vista del litigante que pide justicia; el nuevo se los plantea desde el punto de vista del Juez que debe administrarla; mientras el viejo Código consideraba la acción como un *prius* de la jurisdicción, el nuevo Código, invirtiendo los términos del binomio, concibe la actividad de la parte en función del poder del juez.

Natural consecuencia de este giro, resulta el rol director que asume el magistrado en el proceso; él dirige la contienda dialéctica, impone la ley y preserva el decoro y orden en los juicios. Entre sus nuevas funciones, dedica especial interés a proteger el respeto a la justicia y, en suma, cobran vigencia en esta etapa los principios de lealtad, probidad y buena fe.

De ese modo con la publicización del proceso civil, éste deja de conformar el interés individual de las partes en conflicto, para convertirse en el medio idóneo para lograr la paz y armonías sociales. Se va a tratar de buscar la verdad objetiva por encima de cualquier rigorismo formal y donde el principio de moralidad adquiere una especial importancia, sirviendo para la valoración de las conductas desplegadas por los sujetos de la relación procesal, desterrándose, en consecuencia, la figura de espectador del juez, para cumplir un rol más activo.

Expresa Vescovi que se advierte que tanto el proceso penal como el civil, sirven para asegurar la correcta actuación de las normas legales abstractas en los casos concretos y que dejar librada enteramente a las partes la actividad procesal, podría conducirnos sin lugar a dudas, a un inconformismo social hacia las instituciones del Estado. Es que puede ocurrir, como refiere Devis Echildia, que si se adopta un proceso rigurosamente dispositivo, el juez se limita a protocolizar injusticias.

La fuerza de esta orientación publicística significa un abandono del principio dispositivo y un comprometido interés al servicio de la justicia.

Los poderes instructorios y ordenatorios del Juez abundan en consideraciones que lo erigen en el verdadero director del proceso.

Cuando los jueces sancionan a un profesional por su actuación cumplida ante sus estrados, están ejerciendo una facultad disciplinaria propia, inherente a la función de director del proceso, que le es conferida directamente por el ordenamiento legal. La denominada policía de estrados, ejercida en el marco de una causa judicial, constituye esencialmente un medio de asegurar el correcto desarrollo del proceso y la justicia de la decisión final.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene dicho que "*es facultad y deber inherente al desempeño de una magistratura, la de corregir disciplinariamente a los que intervienen en los juicios, cuando incurren en excesos de lenguaje que impliquen una falta de respeto y consideración a la justicia*" (Fallos 281:241)

El principio de buena fe, que rige en todo el ámbito del derecho, obviamente no podría ser descartado como directiva procesal específica, y ha sido plasmado, con mayor o menor rigor, de acuerdo con el medio social y con las concepciones de las distintas épocas. Desde esta perspectiva resulta imprescindible la conveniencia de que el juez aparezca en el proceso con

poderes suficientes como para disponer de medios más realizadores a fin de impedir las actitudes deshonestas y asegurar el clima ético de la justicia.

Ahora bien, esta nueva perspectiva impone advertir que la realización de la justicia a través de los mentados principios de lealtad, probidad y buena fe, no pretende llevar al irrealismo absurdo de la declaración contra sí mismo, o del aporte de material probatorio inconveniente para los propios intereses del contradictor; sino en entender el proceso como un medio de alcanzar la justicia, esclareciendo los hechos que se encuentran controvertidos, sin que la capacidad de defensa se vea exacerbada por la manifestación elocuente de una habilidad deshonestista.

Este principio moralizador pretende que el proceso se lleve a cabo en una lucha correspondida con la lealtad, que supone ponderar el valor jurídico de la cooperación.

En el XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, celebrado recientemente en la Provincia de San Juan (Junio/2001) se sostuvo que *"uno de los deberes esenciales de los litigantes es la observancia del principio de moralidad, que consiste en que las actuaciones desarrolladas en el proceso no resulten contrarias a Derecho, por abusivas o absurdas. Este principio no puede ser concebido como netamente procesal, pues excede el ámbito de la materia, de ahí que la aplicación de sanciones persigue una finalidad ejemplificadora o moralizadora, procurándose sancionar a quien utiliza las facultades legales con fines obstruccionistas, o más aún sabiendo su falta de razón. Categoriza al principio de moralidad como el deber de las partes de conducirse en el proceso con lealtad, buena fe, etc. apuntando de ésta manera a lo general, persiguiendo proteger la correcta administración de justicia en forma genérica, afectando al penado extraprocesalmente como por ejemplo con multas, de ello se desprende que en general el principio de moralidad está reconocido a los jueces el poder-deber de prevenir y sancionar los actos abusivos perpetrados dentro del debate judicial.*

6. El principio de moralidad en la Argentina.

El Código Italiano de 1940 influyó en el vuelco normativo que venimos comentando, reformas que tomaron injerencia en los distintos ordenamientos procesales de nuestro país, que recogieron esa directriz para plasmarla en mayor o menor medida en sus normas.

La sanción de la Ley 14.237, introdujo sustanciales cambios al Código que proyectara Domínguez. En éste, las partes eran dueñas de los hechos y el juez del derecho; los principios liberales que mantenían el señorío de los contradictores por sobre la autoridad del magistrado van a sufrir una profunda mutación.

El artículo 21 de la ley reformista le dio al Juez la facultad de esclarecer la verdad de los hechos controvertidos, mantener la igualdad de las partes, prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe.

La jurisprudencia de la época caracterizaba el novedoso encuadre en los términos siguientes: "...lo que se persigue con esta disposición, notablemente ampliada en la Ley 14.237, es un propósito de lealtad procesal. Se quiere que cuando dos personas se presentan ante el magistrado a dirimir sus controversias, pongan todas sus cartas sobre la mesa, y eviten toda argucia o sorpresa que sorprenda a la contraparte y la prive de defensa oportuna. El proceso no se ha estatuido para servir de campo de acción a la habilidad más o menos lícita de los litigantes, sino para resolver seriamente el pleito".

Sobre la base de esta norma, la literatura procesal fue incrementándose, advirtiendo que el deber moral de conducta resultaba impreciso y no cumplía su finalidad correctora si no tenía la contrapartida de las medidas de coerción que corrigiesen, con la pena, el desarreglo posible en que se incurriera.

Apurando el paso, vamos a llegar a la Ley 17.454 que organiza un "aparato sancionador", definido en numerosos pasajes de su contenido.

En la Exposición de Motivos, bajo el título "Lineamientos Generales del Proyecto", se destaca dentro de los propósitos orientadores del mismo, el de "reprimir con mayor severidad y eficacia los casos de inconducta procesal".

A diferencia del art. 21 de la Ley 14.237 -dice Palacio-, el Código Procesal de la Nación no se ha limitado a encarecer el cumplimiento del deber de lealtad, probidad y buena fe, sino que ha calificado como temeraria y maliciosa la conducta incompatible con su observancia.

La corrección disciplinaria, vigente en el derogado Código de Procedimientos (art. 52), quedó desplazada como principio de prevención, y la calidad objetiva de la conducta va a ser, en el nuevo ordenamiento procesal, producto de atenciones particulares.

El artículo 34 inciso 5° estableció como deber de los jueces "*dirigir el procedimiento, debiendo, dentro de los límites expresamente establecidos en este Código: d) prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe;...6°) Declarar en oportunidad de dictar las sentencias definitivas, la temeridad o malicia en que hubieren incurrido los litigantes o profesionales intervinientes*".

Por su parte el artículo 45 declara: "*Temeridad y malicia. Cuando se declarase maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por quien lo perdiera total o parcialmente, el juez podrá imponer una multa a la parte vencida o a su letrado patrocinante o a ambos conjuntamente, según las circunstancias del caso*".

En este sentido explica Palacio que las disposiciones del artículo 45 del Código Procesal buscan sancionar aquellas conductas que exteriorizan un obrar malicioso, intención de litigar sin razón valedera, y en general, la utilización abusiva de las actuaciones judiciales obstruyendo el curso de la justicia en daño a las partes en forma contraria a la buena fe y de manera que surja la conciencia de la sinrazón. La temeridad o malicia, establecida en el art. 45 del Código Procesal, se desdobra en dos elementos subjetivos que configuran la "*conciencia de la propia sinrazón*": el dolo, intención de infligir una sinrazón, y la culpa, insuficiente ponderación de las razones que apoyan la pretensión.

Correlativamente, el artículo 163 inciso 8°. previene que la sentencia deberá contener el pronunciamiento sobre costas, la regulación de honorarios

y, en su caso, la declaración de temeridad o malicia en los términos del artículo 34 inciso 6°.

En fin, el nuevo Código introdujo una numerosa cantidad de normas destinadas a consagrar el principio de moralidad, que no va a sufrir modificaciones con las reformas introducidas por la ley 22.434.

Esta ley, agregó un nuevo apartado al artículo 163 y dijo en el inciso 5°: "*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*".

7. Conclusiones

La relación efectuada demuestra cómo la buena fe aparece en dos planos de distinto emplazamiento.

Independientemente de su lectura, la *bona fides* es un principio jurídico que se nutre de postulados éticos y morales que constituyen una finalidad, una razón para el comportamiento social.

En primer término, el principio jurídico se encuentra en una dimensión sobreentendida que impone su consideración por encontrarse en la parte permanente y eterna del derecho, a suerte de informante implícito de las relaciones humanas.

Por eso -dice González Pérez-, aunque La ley no lo consagre de modo concreto, halla su explicación como principio general del derecho a través de la interpretación e integración de las normas, haciendo que el derecho no se maneje de espaldas a su fundamento ético, sino como un factor informante y espiritualizador.

En cambio, para moralizar el proceso, fue necesario enunciar distintas normas que precisaran diversas maneras de expresión de la buena fe, objetivando la prevención del principio, de modo tal que la conducta atípica encuentra su encuadre sancionado según la disfuncionalidad incurrida.

En este sentido, los jueces, en su tarea de decir el derecho, pueden asistir a esos embates contra la buena fe, la moral o las buenas costumbres, contando con mecanismos propios de sanción que condenen al *improbis litigator*, otorgando a las acciones de los justiciables el verdadero sentido que las anima, dentro del concepto de solidaridad que debe presidir la conducta humana.

Esta ubicación de la buena fe en el proceso importa una clara llamada de atención a la manera en que se concreta la conducta de las partes, cobrando el juez un rol activo a partir de la publicización y encontrando en las normas jurídicas, verdaderos "disuasivos potenciales" que obran como preventores del desvío procedimental.

Para Peyrano hoy es innegable el imperio del principio de moralidad en el proceso civil, y también que cuando el legislador se refiere a los deberes procesales de obrar con lealtad, probidad y buena fe no está haciendo otra cosa que materializar el susodicho principio de moralidad. Y ya tampoco hay duda respecto de que el tenor de las

normas legales que consagran dichos deberes es revelador que se está reconociendo a los jueces y tribunales el poder-deber de prevenir y sancionar los actos abusivos perpetrados dentro del debate judicial. Esto no implica que debe desterrarse el principio dispositivo, por el contrario debe permanecer vigente, pero dándole los límites precisos como para que no se convierte en un arma que atente contra la justicia y que haga prevalecer la mentira y el engaño, por sobre la verdad objetiva y la consagración del derecho.

Ahora bien, la creciente preocupación por alcanzar la justicia del modo más rápido y efectivo no puede perder de vista que el proceso es el medio donde se exteriorizan las preocupaciones sociales y que, para que éstas puedan ser menos conflictivas y torturantes, es menester cargar las tintas en el rol ejemplificador que trae el juego limpio de la contienda, característica que debe primar, no solo por su requerimiento legal -moralización- sino también para jerarquizar el alicaído concepto de justicia.

El derecho no puede obviar la realidad que lo rodea, por ello en una sociedad donde se necesita entronizar valores como la lealtad, la justicia, los deberes éticos, el orden jurídico no debe permanecer ajeno.

Sancionando los comportamientos fraudulentos, castigando al litigante malicioso, es también una forma de hacer justicia. El magistrado no puede permanecer pasivo a ello, sino que debe utilizar su poder para corregir cualquier exceso, demostrando de esa forma a la comunidad que por encima de los intereses individuales está el de mantenimiento de la paz y convivencia social.

Por ello, habría que concluir con frases de Satta, como al inicio, y citar con éste que “Nunca como hoy la vida ha sido rodeada de una franja de Van Allen de principios, de leyes, de instituciones: El Estado de Derecho; el principio de legalidad; la Constitución de la Corte Constitucional; el Consejo Superior de la Magistratura; la pirámide judicial; el proceso y la ciencia del proceso...Es cierto que discutir esos principios es, en abstracto, inimaginable: pero hay algo peor, y es hacerlos formales, el desviarlos de su finalidad, el ponerlos en concreto para salvaguardar un fin deshonesto”.

Bibliografía

Alsina Atienza, Dalmiro, *El principio de la buena fe y la reforma del Código Civil*, editorial UMBA, Publicaciones del seminario de Investigaciones de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Buenos Aires, 1942.

Alsina, Hugo, *Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal*, editorial Ediar, Buenos Aires, Tomo I.

Alvarado Velloso, Adolfo, *Comentarios al Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe*, editorial Centro de Estudios Procesales, Rosario, 1978.

Ayarragaray, Carlos A., *La doctrina de la Corte Suprema Nacional y la temeridad*, Rev. La Ley 130

Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1979 (Tomo III).

La Buena Fe en el Proceso Civil, en Revista de Derecho y Ciencias Políticas, Año XI, Nro. I-III, Lima. Universidad Nacional Mayor de San Marcos.

- Cuenca, Humberto, *Proceso civil romano*, editorial Ejea, Buenos Aires, 1957.
- Esclapez, Julio Hugo, *Los tres principios rectores del nuevo Código Procesal de la Nación y de la provincia*, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, año XI nº 22, La Plata, 1969.
- Goldschmidt, James, *Teoría general del proceso*, editorial Bosch, Barcelona, 1936.
- González Pérez, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, editorial Cívitas, Madrid, 1983.
- Grossman, Catalina, *El deber de veracidad de los litigantes en los juicios civiles*, en J.A., 71 sección doctrina.
- Hernández Gil, Antonio, *Problemas epistemológicos de la ciencia jurídica*, editorial Cívitas, Madrid, 1981.
- Laquis, Manuel, *El abuso del derecho y las nuevas disposiciones del Código Civil*, en "Examen y crítica de la reforma del Código Civil", coordinador Augusto M. Morello - Néstor L. Portas, editorial Platense, La Plata, 1971.
- Larenz, Karl, *Derecho justo - Fundamentos de ética jurídica*, editorial Cívitas, Madrid, 1985.
- Lega, Carlos, *Deontología de la profesión de abogado*, editorial Cívitas, Madrid, 1976.
- Libro de Ponencias del "XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal", San Juan, Junio de 2001, Tomo I.
- Montero Aroca, Juan, *Introducción al Derecho Procesal*, editorial Tecnos, Madrid, 1976.
- 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 I, editorial Platense - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.
- Morello, Augusto M., *La litis temeraria y la conducta maliciosa en el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, J.A. 1967-VII, sección doctrina.
- Morello, Augusto Mario - Kaminker, Mario, *Buena Fe en la Colaboración en el Proceso Civil*, Rev. ED 169.
- Ossorio, Manuel, *Diccionario de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales*, Editorial Heliasta, Buenos Aires.
- Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979 (Tomo III).
- Peyrano, Jorge W. - Chiappini Julio, *Informe Actualizado sobre la doctrina de los propios actos en el campo procesal*, Rev ED, 119.
- Peyrano, Jorge W., *El abuso del proceso*, en "Revista de Derecho Privado y Comunitario", Tomo 16, editorial Rubinzal Culzoni.
- Valor probatorio de la Conducta de las partes*, Rev La Ley.1979-B, 877
- Podetti, J. Ramiro, *Algunas consideraciones sobre el principio de moralidad en el proceso civil*, J.A., 38 sección doctrina.
- Consideraciones sobre el principio de moralidad en el proceso*, en Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración, Montevideo, 1940.
- Tratado de la competencia*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1954.
- Sagüés, Néstor Pedro, *Acerca de la buena fe y su problemática en el mundo jurídico - político*, Rev. La Ley 1976-A, 196.
- Satta, Salvatore, *Soliloquios y coloquios de un jurista*, traducción de Santiago Sentís Melendo, editorial Ejea, Buenos Aires, 1971
- Silveira, Alipio, *La buena fe en el proceso civil*, en Revista de Derecho Procesal, año V nº II, editorial Ediar, Buenos Aires, 1947.
- Zeiss, Walter, *El dolo procesal*, editorial Ejea, Buenos Aires, 1979.

Capítulo III

EFECTOS DEL PRINCIPIO DE BUENA FE

1. Presentación del problema

La violación del principio de buena fe no tiene para el derecho procesal la misma trascendencia que adquiere en el derecho privado. La diferencia radica en los efectos que siguen al desvío y en la respuesta que tiene el ordenamiento jurídico para la represión de ese acto contrario a la moral.

Para el derecho de fondo, el principio de buena fe encuentra diversas aplicaciones, presentándose al intérprete como una norma "necesitada de concreción" que oscila entre la equidad y el derecho, y que, en definitiva, aparece como un dato de ordenación natural que sirve para completar el ordenamiento haciendo un precepto flexible o corrigiéndolo de un resultado que, de no aplicarse el principio, sería contrario a la equidad.

En cambio, en el derecho procesal, la *bona fides* tiende a concretar un obrar honesto en el curso de la litis, e incluso las variadas manifestaciones que encuentra, como el dolo, el fraude o la simulación, no coinciden exactamente con los mismos conceptos del derecho civil.

Por otra parte, el proceso es una relación publicística de tres personas: las partes y el juez, hecho que denota otro matiz distintivo.

La consecuencia normal y habitual de toda irregularidad jurídica es la nulidad y la sanción por responsabilidad emergente.

La presencia de mala fe en las actuaciones procesales o el uso abusivo del determinan distintos efectos que es preciso recortar, sea por la gravedad que contienen o por la persona que los provoca.

2. Requisitos

La mala fe también es una noción compleja. Para advertirla en el proceso, es menester atender su componente subjetivo, consistente en la intención o conciencia de perjudicar o engañar, y su elemento objetivo, es decir, la imprescindible manifestación externa de esa conciencia dolosa.

Ambas relaciones coinciden con el concepto ético social que comprende la buena fe. El elemento ético sería la mala intención o conciencia de la propia sinrazón; y el valor social, la actuación de la parte corporizada en actos externos.

Por eso, en el derecho procesal, la intención no es causa bastante para sancionar, aunque debe recordarse que "*la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso podrá constituir un elemento de convicción corroborante de las pruebas para juzgar la procedencia de las respectivas pretensiones*" (art. 163 inciso 5º párrafo agregado por la Ley 22.434).

La buena fe es la justa opinión de que lo que se ha hecho, se tenía el derecho de hacer. La presunción de buena fe, no es más que un principio general, del cual cabe apartarse, no sólo cuando se proporciona la prueba de la mala fe - que puede ser aun de presunciones que reúne los requisitos legales, esto es que sean graves, precisas y concordantes- sino también cuando las circunstancias del caso demuestran que la buena fe no puede haber existido. En realidad la cuestión carece virtualmente de trascendencia práctica ya que por lo general de la propia prueba de las causas que dan lugar a la anulación del matrimonio resulta de buena o mala fe de los contrayentes. Quien contrae matrimonio a sabiendas de la existencia de un impedimento dirimente comete un acto antijurídico. Al cónyuge de mala fe se le imputa o atribuye subjetivamente, por tanto, la obligación resarcitoria por los daños y perjuicios de su obrar antijurídico. Evidentemente en el campo de la responsabilidad civil dentro del derecho de familia, la posibilidad de reclamar la reparación del daño proveniente de la nulidad del matrimonio, no resulta discutible, habida cuenta que tiene expresa consagración legal en el art. 225, Código Civil. La posibilidad de reclamar resarcimientos o reparaciones como consecuencia de la transgresión de una norma jurídica interpretado ello en un sentido amplio, omnicompreensivo de cualquier acto realizado en contravención al derecho vigente, así el ejercicio antifuncional de alguna prerrogativa legal, tiene una de sus más concretas aplicaciones en el ámbito del daño moral respecto de las relaciones familiares. Tal circunstancia, tiene respaldo en la especial naturaleza de esta rama del derecho civil, que conforma una estructura normativa reguladora de las relaciones familiares, donde se otorga preponderancia a un interés social por el individual, razón por la cual la autonomía de los integrantes, se encuentra limitada, habida cuenta que tal institución constituye la célula básica donde se asienta la sociedad toda. De allí la necesidad de preponderar la noción de responsabilidad civil, frente a la comisión de conductas antijurídicas que lesionan actos jurídicos familiares entendidos en su concepción más amplia, teniendo en cuenta, que de tal suerte, más allá de la naturaleza resarcitoria que pueda tener la reparación del daño moral, también debe estar enderezado a sancionar al infractor como medida ejemplificadora frente a la sociedad toda, que habrá de encontrar en tal proceder un acicate para el acatamiento de los deberes éticos que constituyen la esencia de las relaciones familiares (Tribunal Colegiado de Juicio Oral de 3ª Nominación de Rosario, Agosto 6/988; Juris 81-381).

3. Principales efectos

1) *Nulidad del acto*: El principio preventivo del art. 34 establece como deber del juez prevenir y sancionar todo acto contrario a la regla de lealtad, probidad v buena fe (inciso 5-d), debiendo declarar, en oportunidad del pronunciamiento definitivo, la temeridad o malicia en que hubieran incurrido los litigantes o profesionales intervinientes.

La trascendencia de la moralidad procesal conlleva la sanción respectiva.

Por ejemplo, si se trata de *dolo en el proceso* no puede hablarse cosa juzgada, de preclusión, ni siquiera de sentencia, si se prueba que el proceso emana de un proceder simulado, que tuvo más de representación que de honrada disputa.

Es decir, que un pleito que emana no del recto administrar justicia, sino del compromiso y de la obsecuencia, la imposición, el fraude, el peculado, el prevaricato o cualquiera otra irregularidad que despoja al Juez de su augusto carácter de tal, para

convertirlo en instrumento espúreo de gobernantes, como ha dicho el resonado caso "*Campbell Davidson, John, c/ Fisco de la Provincia de Buenos Aires*" (SCBs.As., febrero 19/971, ED, 36-288), determina la nulidad total de lo acontecido.

La presencia del dolo procesal, obviamente, es de exclusiva apreciación judicial, por tratarse específicamente de una cuestión de hecho.

Si el Código Procesal autoriza la notificación por edictos con el solo 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 si se trata de la citación del demandado, acto de trascendental importancia en el proceso, desde que guarda estrecha vinculación con la garantía constitucional de la defensa en juicio (CS, marzo 3/993, in re: "Schneider, Guillermo y otros c. Schneider, Friedrich W.", La Ley, 1993-C, 153).

Problema complejo lleva a decidir, si la *lesión subjetiva* es materia procesal. En este sentido, si ambos litigantes deciden una transacción que no se compromete con la moral y las buenas costumbres, el proceso no puede ser manto de ocultamientos mórbidos, de ahí que el juez esté facultado para negar la autocomposición del litigio así obtenido, por imperio de los arts. 21, 502, 872 v 953 del Código Civil.

En síntesis, la nulidad como efecto directo vinculado con la violación al principio de buena fe procesal, se rige por adecuaciones propias de procedimiento a los encuadres que la ley sustantiva establece para el vicio material de que se trate (error, dolo, fraude o simulación).

Por ello es que hemos dicho que, entre la estructura del acto jurídico y el acto procesal, no hay coincidencias estrictas, aunque su composición óptica sea la misma. En el proceso, la trascendencia del vicio es lo que determina su pervivencia o derogación.

Explica Berizonce que cuando se trata de la falta de discernimiento o del dolo o fraude, la sanción deberá surgir expresa o implícitamente de la ley (especificidad); quien pretende la nulidad del acto acreditará agravio e interés suficiente (trascendencia); la nulidad no podrá decretarse cuando el propio nulidicente haya producido o contribuido a producir el defecto (protección); en caso de duda prevalecerá la validez, lo mismo que si la finalidad del acto se hubiese cumplido (conservación). Hasta aquí no encontramos diferencias. Pero el principio de convalidación no juega tratándose de vicios sustanciales.

2) *Invalidez parcial*: Supuesto que se produciría, por ejemplo, si las partes decidieran llevar adelante una controversia que luego es desistida por quien sólo la intentó con el fin de poner en evidencia alguna duda de su propia correspondencia.

Es el caso de la creación artera de situaciones procesales, que reconoce un pronunciamiento ejemplificador en el fallo dictado por la Cámara Nacional en lo Civil, Sala A, cuando condenó a la empresa Obras Sanitarias de la Nación con una multa procesal, por haber abusado de la institución judicial. Apuntó que el proceso judicial no debe usarse al acaso; esto es, dependiendo de que el pretendido deudor presente o no el comprobante de pago. Un uso de tal naturaleza, instrumentado mediante el ejercicio abusivo de la facultad de emitir certificados de deuda, sustancialmente inexistentes, vale como admitir por el demandante que la accionada puede padecer sin razón absoluta, según la contingencia, de la presentación del recibo. Y esto, amén de invertir la carga de la prueba conforme lo arriba dicho, configura la temeridad que el art. 45 del

CPCC sanciona, menos justificable cuando, como en autos, es una Empresa del Estado, en la especie, quien no obstante la condición ética que debe lucirle, incurre en esta arbitrariedad inexcusable y notoria. (O.S.N. c/ Propietarios Bathurs 3338 s/ejecución fiscal, mayo 13/986).

La invalidez del acto se define como parcial, atento al resultado alcanzado por quien lo promueve capciosamente, y al éxito logrado por quien colaboró en la formación de la relación procesal.

3) *Conservación de los actos*: El principio *favor acti* pretende la atenuación de las consecuencias nulificantes que traen como Consecuencia los defectos formales (provocados) ante el retraso desleal de la pretensión que promueve la anulación de aquél.

La idea es que opere por vía de excepción frente al ejercicio abusivo de la potestad nulidicente.

Por ejemplo, si la nulidad procesal opuesta no sólo es tardía sino también infundada porque en el propio escrito manifiesta que se le notificó el traslado de la demanda que invoca como causal de aquélla, tal petición configura una típica obstrucción al curso de la justicia por lo que procede aplicar de oficio al incidentista la multa pertinente (CNCív. Sala C, octubre 19/968, La Ley 138-953).

4) *Costas procesales*: Es la sanción común y regular para quien ha resultado vencido en el proceso, y también para quien ha obstruido el curso del proceso a través de manifestaciones contrarias al principio de moralidad.

Conviene anticipar que no siempre el vencido debe cargar con la imposición, en razón que puede darse el caso del vencedor obligado -como veremos oportunamente-.

La conducta temeraria o maliciosa está sometida a la libre ponderación judicial. Sin embargo se ha perfilado como la conducta de quien sabe o debe saber que no tiene motivos para litigar, o que carece de los motivos para resistir la acción entablada, no obstante lo cual lo hace abusando de la jurisdicción (CNCív., SalaA, marzo 17/978, La Ley 1979-A, 553).

Asimismo se ha dicho que las conductas procesales, analizadas a la luz del principio de la buena fe, deben interpretarse restrictivamente, desde que es obligación del juez resolver la cuestión en debate en el marco de la legislación aplicable y residualmente, o como apoyo argumental, recurrir a elaboraciones doctrinarias o jurisprudenciales (Ccivil. Com. Santiago del Estero, 2ª Nominación, Junio 25/995, La Ley NOA, 2000-881).

5) *Responsabilidad civil*: Con base en el artículo 1109 del Código Civil que establece la responsabilidad de aquél que ejecuta un hecho que por su culpa o negligencia ocasiona un daño a otro, debe tenerse presente que la violación de la regla moral apareja el deber de reparar los ilícitos provocados con el abuso del proceso.

No es atendible la impugnación que formula el peticionario de la sentencia dictada por la Corte Suprema en la composición que tenía en octubre de 1983 y que pretende fundar en haber aguardado a que se estableciera el tribunal con arreglo a la Constitución Nacional, pues, al margen de otros aspectos que conducirían a igual resultado en el caso es aplicable la doctrina del Tribunal que

ha juzgado contraria al principio general que impone la rectitud y buena fe en el ejercicio de las acciones ante los órganos judiciales, la conducta del litigante que sólo después de haber tomado conocimiento de la resolución que le es desfavorable ; pone en cuestionamiento su validez por haber sido dictada vencido el plazo legal para hacerlo, no obstante haber consentido que el expediente permaneciese a despacho. Además la peticionaria no expuso con anterioridad a aquella decisión ninguna alegación del carácter de la ahora formulada (CS, marzo 184, in re: " Solís, Ramón E. c. Mercedes Benz, S. A.", La Ley 1984-D, 464, con nota de Miguel Angel Ekmekdjian - ED, 108-148)

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual -sea subjetiva u objetiva- la infracción a un deber jurídico, como presupuesto del deber de responder, surge tanto de la confrontación de la conducta obrada con la totalidad del ordenamiento jurídico, como de los supuestos de conductas contrarias a los fines de la norma jurídica que concede un derecho, a la buena fe, la moral o las buenas costumbres (CSTucuman, (Sala Crim. Y Penal, mayo 31/996, in re:" Bessero, Antonio P. c. Elea S. A.", La Ley, 1996-D, 569 - DJ, 1996-2-1098).

Si bien el art. 919 del Cód. Civil preceptúa que el silencio opuesto a actos no es considerado como una manifestación de voluntad sino en los casos en que haya una obligación de explicarse por ley o por las relaciones de familias o a causa de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes, no es menos cierto que la buena fe no tolera que nadie se atrinchere en su silencio cuanto éste puede tener la apariencia exterior del consentimiento (CivConcepcion, febrero 29/980 in re:" Varela, Elsa T. c. Rizza de Mazarella, A.. SP^La Ley, 981-120 (531-SP)

6) Responsabilidad penal: Esta puede derivarse de aquellos procesos en los cuales la conciencia del autor ha sido clara y dirigida concretamente a molestar y pervertir los elementos que se forman en la relación jurídica.

Son los casos de delitos de fraude y estafa procesal, encaminados a concretar un perjuicio económico a la contraparte; o de la desobediencia procesal, que pretende obtener una determinada decisión sobre la base de provocar el error del magistrado; o bien, los supuestos de supresión de medios de prueba, de falso testimonio, de falsedad documental, etc.

7) Responsabilidad administrativa: De aplicación a los profesionales que acusen el desvío y generalmente a cargo de los Colegios Profesionales.

4. Apreciación del principio

La calidad de la conducta sólo puede calificarse por el juez. Esta ponderación es discrecional para el juzgador en la medida que la evaluación del comportamiento indica la pasividad de aplicar multas o sanciones, para lo cual ha de procederse con suma prudencia y teniendo presente, entre otras cosas, que el solo hecho de que las acciones y defensas hayan sido finalmente desestimadas o no tengan sustento jurídico bastante, no son más que demostrativas de un accionar deficiente, pero que no siempre constituyen convicciones de una conducta inidónea que sea pasible de reprobación, toda vez que ello significaría coartar la garantía constitucional de defensa en juicio, que debe ser celosamente preservada.

En la apreciación debe recordarse que dentro del concepto de buena fe se incluye la voluntad de obrar honestamente y la creencia en el propio derecho, aspectos fundamentales de la *bona fides* jurídica, entendida como la convicción de actuar conforme a derecho.

Sobre esta base se fundamenta la presunción de buena fe. La misma se encuentra siempre presente en el debate judicial, y la destrucción del principio requiere de suficientes pruebas que influyan en el ánimo del juzgador.

En otras ocasiones, la alteración intencional de la verdad, la provocación del error o el actuar en la frontera con el dolo requieren de la denuncia por la contraparte y, eventualmente, del aporte probatorio correspondiente.

Algunas veces, la malicia procesal está expresamente tipificada. V.gr.: cuando el deudor niega maliciosamente su firma en los trámites preparatorios del juicio ejecutivo (art. 528); o cuando no se devuelve el expediente dado en préstamo (arts. 129/130); o en el caso de la responsabilidad por exceso o abuso en la traba de medidas cautelares (art. 208); o bien al evidenciarse que el ejecutado ha litigado sin razón valedera u obstruido el curso normal del proceso con articulaciones manifiestamente improcedentes (art. 551); o tratándose del adjudicatario de una subasta pública que plantea cuestiones improcedentes para demorar el pago del saldo del precio (art. 574); o cuando se advierten graves irregularidades en la subasta de modo tal que corresponde su nulidad de oficio (art. 593) o la temeridad expuesta al dilatar el cumplimiento de la sentencia de remate (art. 594), etc.

En síntesis, las reglas de la sana crítica son las que dominan el cuadrante de la interpretación.

Como dice Couture, "son reglas del correcto entendimiento humano, donde interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del Juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (sea cual fuera el género) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas".

Bibliografía

Berizonce, Roberto Omar, *La nulidad en el proceso*, editorial Platense, La Plata, 1967.

Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal civil*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1979 (Tomo III).

González Pérez, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, editorial Cívitas, Madrid, 1983.

Morello, Augusto Mario, *La buena fe en los contratos*, en "Examen y crítica de la reforma del Código Civil", editorial Platense (Tomo III)

Puig Brutau, L., *Fundamentos de derecho civil*, editorial Bosch, Barcelona, 1954 (Tomo II).

Roitman, Rodolfo B., *La fórmula moral y buenas costumbres y la tasa de interés*, La Ley 110-683.

Capítulo IV

CONDUCTA PROCESAL INDEBIDA

1. Caracterización

Hemos preferido utilizar la denominación de conducta procesal indebida para diferenciarla de la inconducta procesal en razón de que esta última expresión no es castellana, sino que se trata de un galicismo proveniente de “*inconduite*”, que significa: *conducta: porte o manera con que los hombres gobiernan su vida y dirigen sus acciones*.

Así lo afirma, también, la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, en la causa “*Iribarne, Juan A. c/ Municipalidad de Maipú*”, del 14 de setiembre de 1982.

Las distintas voces, no obstante, no tienen demasiada importancia para reconocer el objetivo que persiguen. Se trata, precisamente, de indicar la vigencia de un principio incanjeable en el proceso: *las partes deben guiar sus comportamientos procesales sin violar la regla de la lealtad, probidad y buena fe*.

Por eso, los sistemas normativos suelen establecer como norte la regla del principio de moralidad, aplicado como una pauta genérica de absoluto acatamiento para quienes en un proceso intervienen; mientras que, por otro lado, dejan en la interpretación judicial la apreciación de conductas irregulares específicas que se sancionan individualmente.

De esta manera, existe una conducta procesal entendida en sentido genérico (principio general), y proyecciones que se manifiestan, entre otras, en la regla preventiva que contiene el art. 45 del Código Procesal, que sistematiza las sanciones legales destinadas a reprimir las *inconductas* de las partes y sus asesores; o en otras variaciones de conductas procesales indebidas (“*Inconductas*” procesales específicas) que se caracterizan por la disfuncionalidad incurrida, que cuentan en el ordenamiento adjetivo con señalamientos típicos que los regulan.

Con relación a la inconducta procesal genérica ha sostenido nuestra jurisprudencia que: “El art. 45 del Código Procesal sanciona a la parte vencida o a su letrado patrocinante cuando hubieren incurrido en la denominada inconducta procesal genérica, consistente en el proceder contrario a los deberes de lealtad, probidad y buena fe, manifestado en forma persistente durante el transcurso del proceso judicial. Así, sus fines moralizadores, permiten sancionar a quien formula defensas ... con un fin obstruccionista y dilatorio” (La Ley 1997-D, 839; DJ 1998-3-585; La Ley 1999-D, 426).

En las conductas procesales indebidas, específicamente consideradas, existen caracterizaciones propias que son motivo de atención en este capítulo.

Finalmente, se debe tener en cuenta que la calificación de la conducta procesal tiene carácter represivo, lo que conduce a aplicar el principio de la ley penal más benigna ante un posible conflicto de normas (La Ley 1997-C, 1009).

2. Regulación procesal

El Código Procesal establece una variada serie de disposiciones tendientes todas ellas a resguardar la finalidad del proceso, es decir afianzar la justicia y garantizar la seguridad en el caso resuelto.

Otras se destinan al mismo órgano judicial, con miras a proteger al justiciable del incumplimiento en los deberes genéricos que la jurisdicción ha de cumplir.

Algunas más van dirigidas a los profesionales que intervienen en el desarrollo de la litis, y tienen como fin la protección al decoro y buen orden en los juicios.

Todas constituyen tipificaciones características que bien pueden sistematizarse en cinco expresiones específicas, ellas serían las distintas actitudes del comportamiento indebido que se refleja en los siguientes tipos de conducta:

- i. negligencia*
- ii. dilación*
- iii. temeridad*
- iv. malicia*
- v. irrespetuosidad*

2.1 Conducta negligente

La negligencia consiste en no dar cumplimiento a exigencias que obligan a comportarse a través de acciones positivas. Esa omisión trae aparejada la frustración de actos procesales cuya realización era necesaria para una mejor defensa en juicio. Tales conductas no trascienden a la contraparte, ni le provocan un daño, el perjuicio directo lo padece la propia parte negligente no logrando la concreción de lo pretendido.

Agrega Rodolfo Vigo que la ética profesional no aparece desinteresada del tipo de estos comportamientos, dado que exige al abogado que conozca las normas jurídicas y actúe en consecuencia, y en la medida en que nos encontremos con una capacitación inadecuada o con una atención indebida a la causa encomendada estaremos frente a una falta de aquella ética. En definitiva, las conductas negligentes plantean un triple problema valorable éticamente; por un lado está en juego la relación del abogado con su cliente que le confiera la defensa procesal de su interés; en segundo lugar la situación del abogado que carece de la información normativa jurídicamente suficiente o que actúa como tal; y finalmente, la relación del abogado con el juez encargado de la causa, atento a que el orden y seriedad del proceso exige que los pedimentos respondan a la fundamentación del hecho y derecho aconsejable.

La negligencia acusa, en el sentido que venimos marcando, la importancia de advertir cuándo el juego de las “cargas” procesales se convierte en un arma de doble filo, al poder actuarse con apariencia desinteresada y, en

realidad, buscar una trapisonda procesal que cercena, en sí mismo, la calidad moral exigida en el mecanismo de la controversia.

El sentido de la carga, o deber de las partes de producir aquello que hace a su interés (ver Capítulo) deviene como una regla de conducta porque indirectamente está señalando a cada uno cuáles son los caminos para persuadir de sus razones al juzgador.

Según Devis Echandía, la carga es un poder o una facultad (en sentido amplio) de ejecutar libremente ciertos actos o adoptar cierta conducta prevista en la norma para beneficio y en interés propios, sin sujeción ni coacción, y sin que exista otro sujeto que tenga el derecho de exigir su observancia, pero cuya desatención acarrea consecuencias desfavorables.

Ahora bien, como la decisión de provocar incertidumbre a partir de las conductas omisivas, no se puede consentir ni aceptar como pauta para encontrar la verdad discutida, se aplican consecuencias circunscriptas al ámbito de la pérdida, preclusión o caducidad del acto procesal cumplido, logrando de este modo equilibrar el fin con el medio aplicado.

Se observa que esta conducta negligente no tiene como destino causar un daño al contrario ni prolongar indefinidamente el desarrollo de la litis, pues ésta continúa a pesar de la desidia expuesta.

La negligencia aquí se asienta en el *principio de celeridad procesal* que apunta en su directiva a consagrar la rapidez de la decisión judicial, estableciendo sanciones para quienes la postergan sea por la actividad impropia, o por la inactividad provocada en la actitud que manifiestan.

El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación contiene variadas disposiciones en este sentido: el art. 98 que prohíbe la reedición de la tercería cuando se fundare en título que hubiese poseído y conociese el tercerista al tiempo de entablar la primera; art. 69 que veda la articulación de incidentes cuando se encontraren pendientes de pago las costas impuestas en una incidencia anterior del mismo proceso; art. 120 en relación con la cantidad de copias que no se acompañan; art. 402 referido al desistimiento de la prueba ofrecida que no tiene cumplimiento oportuno; art. 384 con la obligación genérica de producir la prueba ofrecida; etc.

2.2 Conducta dilatoria

Con la celeridad en el proceso, se vincula la calidad de la conducta dilatoria.

Si recordamos el nuevo cuadrante de las obligaciones de las partes en el proceso, y nos detenemos en la colaboración que han de prestarse, podemos deducir que es deber de aquéllas la aceleración e impulso constante de la controversia, tendiente a que la labor judicial se desenvuelva en el menor número de actos (*principios de economía y concentración*).

El valor del tiempo en el proceso fue expuesto, con maestría habitual, por Couture, al decir que en el procedimiento, el tiempo es algo más que oro: es justicia. Quien dispone de él tiene en la mano las cartas del triunfo. Quien no puede esperar, se sabe de antemano derrotado.

Quien especula con el tiempo para preparar su insolvencia, para desalentar a su adversario, para desinteresar a los jueces, gana en ley de fraude lo que no podría ganar en ley de debate. Y fuerza es convenir que el procedimiento y sus innumerables vicisitudes, viene sirviendo prolijamente para esta posición.

La reforma introducida al ordenamiento procesal por la Ley 17.454 hizo decir a más de un autor que se había articulado un verdadero “código del infarto” en razón de la perentoriedad de los plazos y términos que se establecieron. Sin embargo, hoy como ayer, la lentitud de los procesos sigue siendo la mayor desventura de la justicia, y la causa del peor desprestigio profesional.

Atento lo expuesto, se pretende corregir el retardo provocado en el devenir del conflicto, a través de la imposición de multas procesales.

La conducta procesal dilatoria se resume en la clara intención de ejercitar abusivamente los mecanismos procedimentales con el fin de postergar innecesariamente el arribo a la solución del pleito.

No existe, propiamente, una voluntad encaminada a provocar daño a la otra parte, aunque indirectamente se provoca. Quien asume un comportamiento dilatorio, por lo general, se vale de lo jurídicamente reglado. El lleva a cabo su finalidad, acometiendo contra el tiempo del proceso.

En cierta forma, la actitud dilatoria se relaciona con la malicia procesal, y cierto es que la jurisprudencia prácticamente las unifica.

Sin embargo, como veremos más adelante, la malicia supone echar mano a cuanto ardid, artificio, o maquinación sea necesario para influir en la decisión judicial, en cuyo caso, la presencia de este “dolo” principal – en los términos de la ley sustantiva – es causa bastante para considerar que existe malicia en el proceso.

De modo tal que la dilación guarda parentesco con la malicia, pero no se identifica.

La pretensión obstaculizante, retardataria que se realiza con el uso de facultades procedimentales debe ser analizada a la luz del principio de economía procesal (art. 34 inc. 5º ap. e), pues no corresponde aplicar sanciones cuando la demora innecesaria es el producto de un legítimo ejercicio del derecho de defensa, y la postergación no responde a la clara demostración de perturbar el desarrollo de la causa.

La trascendencia del acto opuesto determina el módulo de atención para caracterizar la conducta.

El principio es que no son pasibles de sanción, sin perjuicio del estudio valorativo del suceso, como elemento de convicción (art. 163 inc.5º tercera parte). No obstante, la elocuencia del obrar dilatorio encuentra en el Código Procesal una serie de definiciones que, de acuerdo a su magnitud (trascendencia), generan la índole de la sanción.

Por ejemplo, el artículo 21 que permite el rechazo *in limine* de la recusación infundamentada, en relación con el art. 29 que pondera la multa por dicha actividad; art. 128 que prescribe la multa imponible a quien demora la devolución de un expediente otorgado en préstamo; art. 165 inc.5º como pauta

general de valoración para generar un elemento convictivo; art. 127 estableciendo la obligación de entrega del depositario; art. 399 que prevé sanciones para el retardo en la contestación del pedido de informes; art. 446 que castiga con multas a quien entorpeciese la declaración del testigo; art. 574 expresando la condena al adjudicatario que posterga el pago del saldo de precio de una subasta judicial; etc.

2.3 Conducta temeraria

Esta se trasunta cuando existe la certeza o una razonable presunción de que se litiga sin razón valedera y se tiene consciencia de la sinrazón: es la facultad de accionar ejercida arbitrariamente, sea deduciendo pretensiones o defensas cuya falta de fundamento es evidente, y haría que no se puedan alegar merced a la ausencia de una mínima pauta de razonabilidad

Así lo ha entendido nuestra jurisprudencia al sostener que: “Incorre en temeridad el litigante que deduce pretensiones o defensas cuya inadmisibilidad o falta de fundamento no puede ignorar, con arreglo a una pauta mínima de razonabilidad...”. “Lo que la normativa pretende evitar por este medio es la promoción de procesos en los que el actor tiene o debe tener conocimiento de la carencia de motivos para accionar y, no obstante ello, entabla la demanda, abusando de la jurisdicción” (La Ley 2000-B, 103). De lo anterior se deduce que “para su configuración no es suficiente el simple elemento objetivo, representado por la carencia de fundamento o por la injusticia de la pretensión o de la oposición, pues es necesaria la consciencia de la propia sin razón” (La Ley 1998-D, 292).

El debido encuadre de este comportamiento lo veremos *in extenso* en el capítulo siguiente. Sin perjuicio, podemos observar en el código ritual una plataforma definitoria en los arts. 45 y 163 inc.8º, que señalan como obligación de los jueces el pronunciarse sobre la temeridad y malicia advertida en el proceso.

Otras normas del mismo ordenamiento adjetivo singularizan ciertas actitudes que pueden ser consideradas como temerarias. V.gr.: art. 72 que condena en costas a quien incurriere en pluspetición inexcusable, cuando la otra parte hubiese admitido el monto hasta el límite establecido en la sentencia; art. 103 calificando la connivencia entre terceristas y embargado; art. 528 que castiga a quien desconoce su propia firma; art. 551 que impone multas a quien hubiese litigado sin razón valedera en el curso de un proceso ejecutivo; art. 594 que sanciona al ejecutado temerario que dilató innecesariamente el incumplimiento de la sentencia de remate (ubicado en este cuadro en razón del título que acompaña el artículo, dado que pertenece a una expresión de malicia procesal).

Lo que no se debe perder de vista, como ya se mencionó, es que la sanción por temeridad debe aplicarse con cautela para no afectar el derecho de defensa de las partes. Por lo anterior se sostuvo que en caso de duda razonable se debe estar por la no aplicación de estas sanciones (La Ley 2000-C, 228).

2.4 Conducta maliciosa

La malicia, como hemos dicho, se ve insistentemente vinculada con la demora intencional, sea a través de modalidades obstruccionistas, o de peticiones retardatarias, de manera que su relación principal se encuentra referida al comportamiento observado en la ejecución material de los actos procesales utilizándose, así, el proceso en contra de sus fines, obstruyendo su curso y en violación a los mencionados deberes de lealtad, probidad y buena fe.

En este sentido se sostuvo que la malicia es el “empleo arbitrario del proceso en su conjunto, o de actos procesales en particular con el objeto de tratar de obtener una sentencia que no es la que correspondía o demorar indebidamente su pronunciamiento o desbaratar su cumplimiento”(La Ley 2000-B, 103).

En la malicia hay dolo, es decir, intención de causar daño al adversario, y en esto se distingue de la actitud dilatoria.

Para que se apliquen las sanciones del artículo 45 del Código Procesal es necesario que la conducta del litigante pueda ser calificada de maliciosa y que los planteos revelen un claro propósito retardatario de los procedimientos, o aduciendo intencionalmente circunstancias que puedan derivar en perjuicio para la otra parte, no debiendo perderse de vista que la humana inclinación a la defensa del propio interés puede matizar la conducta procesal con un apasionamiento que de ninguna manera podría constituir un motivo legítimo para lesionar, indirectamente, la garantía constitucional de la defensa en juicio.

2.5 Conducta irrespetuosa

Este tipo de comportamiento guarda una estrecha vinculación con la ética profesional.

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

En cuanto al nexo con los principios de lealtad y probidad, va de suyo que aparejan una doble intención: respetuosidad hacia la parte y hacia el órgano jurisdiccional.

El sentido de este comportamiento, pretende la adecuación a las reglas del orden, decoro, corrección y buena educación. Entendiendo por orden a la tranquilidad, armonía y equilibrio que debe existir en el proceso para su normal desarrollo y por decoro, al respeto en sentido estricto que se debe tanto al Tribunal como a todos los intervinientes en el proceso.

Precisamente, para que la obligación sea recíproca entre las partes y cuerpo jurisdiccional, el art. 58 del Código Procesal de la Nación enuncia: “En

el desempeño de su profesión el abogado será asimilado a los magistrados en cuanto al respecto y consideración que debe guardárseles"; mientras que el art. 35 determina que los jueces "...para mantener el buen orden y decoro en los juicios...podrán: 1º) mandar que se teste toda frase injuriosa o redactada en términos indecorosos y ofensivos, 2º) excluir de las audiencias a quienes perturben indebidamente su curso".

De estas normas se desprende el ejercicio del poder de policía en el proceso que tienen los jueces, dirigido a asegurar la marcha regular de la contienda.

Habrà de repararse que la corrección disciplinaria difiere de la contemplada en el artículo 45, pues esta última versa sobre la potestad que tiene la jurisdicción para sancionar la temeridad o malicia de los litigantes.

La intención expuesta de resguardar el *"buen orden y decoro en los juicios"* encuentra en el art. 35 citado el ejercicio normado del poder disciplinario dentro del proceso.

La incorrección exhibida que figure como irrespetuosa en el sentir del Juzgador, tiene que ser deducida o advertida por él mismo; su experiencia en el manejo de la cuestión procedimental echa bases suficientes para poder razonar la falta al decoro.

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.

A este menester, es preciso indicar que la irrespetuosidad se evidencia tanto en expresiones ofensivas como en alegaciones inconvenientes.

Ejemplo de las primeras son las manifestaciones que tienden a herir el honor, el decoro o la reputación de una persona. V.gr.: "Tiene intención ofensiva y sentido peyorativo la frase que imputa al juez haber dictado la sentencia *a ojo de buen cubero* por lo que debe sancionarse al litigante que la formula".

En cuanto a la inconveniencia de ciertas expresiones, se tiene dicho que: "si bien es cierto que en la defensa pueden tolerarse expresiones que trasuntan en cierto grado el empeñoso afán de obtener la satisfacción de sus pretensiones y que la sal de la gracia es un don ponderable, no por esto debe olvidarse que su uso es lícito según la ocasión que se hace de ella. Por tanto, procede testar las frases que no se compadecen con el clima que debe reinar en el proceso" (art.35 inc.1º del Código Procesal) (La Ley 137-773; J.A. 969-I-519).

Asimismo, se ha dicho que la confrontación de opiniones y aún la mayor e irreconciliable discrepancia a las cuales podría dar lugar una decisión de la Corte o de cualquier otro magistrado, debe ser expresada, en el supuesto de ser admisible, con el respeto y la mesura que sólo pueden resultar de un lenguaje llano y frontal, jamás sobre la base de un discurso que pretende antes ridiculizar la decisión que no se comparte, que obtener la rectificación de lo que fundamentalmente se entiende como equivocado o perfectible" (La Ley 1996-C, 538).

En síntesis, los términos empleados en los escritos judiciales que, aun sin llegar a ser injuriosos, indecorosos u ofensivos, menoscaban el nivel de la controversia jurídica, además de ser francamente innecesarios desde que nada agregan a la eficacia con que pudo sostenerse una postura frente a la cuestión surgida, autorizan al Tribunal a aplicar las medidas que les compete en ejercicio de la policía procesal que cumplen.

Recordemos que el abogado, como auxiliar de la justicia, es responsable por el empleo del lenguaje reprochable y, en consecuencia, pasible de las sanciones pertinentes (J.A. 1994-II-595) ya que es su deber la utilización del lenguaje con moderación y corrección (La Ley Córdoba 1997-902).

3. Conducta procesal indebida del órgano jurisdiccional

El principio de seguridad jurídica impone al órgano jurisdiccional una serie de deberes (art.34) y de facultades (art. 36) que determinan obligaciones convergentes en la búsqueda de un mejor servicio.

El derecho procesal moderno quiere una justicia menos formalista, más humana, más auténtica, más noble, y en definitiva, más eficaz. El juez, superando esquemas cuya vigencia remonta a Montesquieu, debe vivir con claridad su misión de no ser el brazo de la ley sino el alma, el corazón, la entraña de esa ley, revitalizándola salutífera y visceralmente en una simbiosis inexcusable con su gente, tiempo y lugar.

La exigencia de eficacia se extiende al modo y al tiempo en que se debe vertir la magistratura sus actos. Así como se requiere de las partes y sus letrados un estilo propio de actuación ante los estrados judiciales que no resulte agravante para el otro, ni insultante o despreciativo hacia el tribunal. Esa misma dignidad y decoro es dable esperar de los jueces.

En este sentido, cabe observar que el artículo 45 del Código Procesal, llave maestra de las sanciones por temeridad y malicia, no encuentra parangón en norma similar que censure la falta de serenidad u objetiva ecuanimidad de los jueces que dirigen en forma impropia los términos de su pronunciamiento.

La magistratura tiene la necesidad y la obligación de ser medida en sus expresiones pues, el desempeño de su cargo, la prudencia, la circunspección, la mesura y la estima respetuosa hacia todos los integrantes de la sociedad que cumplen su misión dentro de un orden republicano, componen el verdadero cuadro de situación de la carrera judicial.

Así, se sancionó: "...al magistrado que, a pesar de haber invocado un pretendido espíritu de razonabilidad y sensatez que lo inhibiere a deliberar sus impulsos, utilizó expresiones impropias para cuestionar lo decidido por el Presidente de la Corte...dejando traslucir un discurso oblicuo e indisimuladamente irónico para dar a conocer sus discrepancias..."(C.S.J.N. 1999-IV, síntesis).

Asimismo, el deber de dictar sus sentencias en término conlleva la sanción consistente en la pérdida de jurisdicción, consecuencia que no excluye que el Juez moroso pueda dar al Tribunal Superior explicaciones al respecto, a

los fines de establecer si ha mediado culpa de parte de aquél, condición ineludible para la aplicación de otras sanciones punitivas.

En este sentido se ha expresado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en los autos "Jacobs Klaus Gunter s. Homicidio" al sostener que "...la circunstancia de que el juzgado en lo correccional, luego de acreditar mediante el informe de práctica, el *status* diplomático de Klaus Gunter Jacobs, haya cursado oficio a la Embajada de la República Federal de Alemania a fin de requerir la conformidad de ese país para someterlo a juicio, en vez de desprenderse de inmediato de las actuaciones y enviarlas a este Tribunal, importó por parte de los magistrados que suscribieron las providencias de fs... un inadmisibles desconocimiento de las previsiones de los arts. 100 y 101 de la Constitución Nacional, 21 del Código de Procedimientos en materia penal y 24 inc.1º del dec.ley 1285/58 con riesgo de que tales omisiones pudieran afectar las relaciones y el trato con potencias extranjeras".

El objeto que persiguen los artículos 167 y 168 del Código Procesal es poner fin al retardo injustificado en la administración de justicia; si ésta tarda en llegar a veces, ya no es justicia y eso es lo que la ley quiere evitar; si se suprimiera el automatismo, volveríamos al sistema anterior y sería necesario, como así lo disponía la ley, que la parte hiciese la denuncia al Tribunal Superior. Así lo declaró el *Plenario de la Cámara Comercial de la Nación, desde el 3 de diciembre de 1970*.

Se ha expresado que el derecho no es una ciencia exacta. Está dominado por la justicia y la moral. Los jueces deben procurar la realización de una justicia sustancial, apegada a la médula de las cosas y no a fórmulas rígidas. Concurrentemente, la solución justa de un litigio no es simplemente, como lo afirma el positivismo jurídico, el hecho de que ella sea conforme con la ley, es decir legal. En efecto, es muy raro que exista una manera de concebir la legalidad de la solución: es, ante todo, la idea previa de lo que constituirá una solución justa, razonable y aceptable, la que guiará al Juez en su búsqueda de una motivación jurídicamente satisfactoria. Pero en este caso, la idea precisa que se forma de una noción social y moralmente aceptable en un medio dado, no es una consideración extrajurídica, como lo quería la teoría pura del derecho que se esfuerza por excluir de la ciencia del derecho todo juicio de valor. Son al contrario, juicios de valor relativos al carácter adecuado de la decisión los que guían al magistrado en la búsqueda de lo que, en la especie, es justo y conforme a derecho, estando normalmente esta última preocupación subordinada al precedente (CNCom., Sala A, junio 23/980, E.D., 90-281)

4. Responsabilidad de los jueces

Brevemente apuntadas, conviene señalar algunas consecuencias que produce la conducta procesal indebida del órgano jurisdiccional. Los efectos procesales de la disfunción se han visto precedentemente; observemos ahora qué derivaciones sustanciales pueden suceder al acto impropio.

Si bien es cierto que la tarea pretoriana de nuestro Superior Tribunal de Justicia, afirmada luego por la Reforma de la Ley 17.711, se preocupó por encontrar en los artículos 33 y 43 del Código Civil los presupuestos para

atribuir responsabilidad civil al Estado, no puede desconocerse la larga lista de argumentos esgrimidos en pos de la irresponsabilidad de aquél.

Compartimos con Mosset Iturraspe su punto de vista cuando señala que: "la amplitud del papel de los jueces en la concreción del Derecho, que ya no se agota en la ley, admitiendo una pluralidad de fuentes, y que aun frente a la norma escrita va mucho más allá de limitarse a *pronunciar sus palabras* hace que el problema siga siendo doble y diferente: responsabilidad del legislador y responsabilidad del juez, cada uno en su esfera de actuación.

Esto se debe a que no existe *poder sin responsabilidad*, al punto que esta ostentación debe encontrar una escala de obligaciones, debiendo desempeñarse correcta, eficaz y oportunamente.

En este sentido sostiene la doctrina que: "...en la evolución del pensamiento científico únicamente se avanzó en el reconocimiento de las responsabilidades por el hecho ilícito, por el riesgo objetivo que ocasiona la realización de determinadas actividades o servicios. Aunque debe admitirse que el progreso no es suficiente, dado que en algunas legislaciones, como en la de España, la responsabilidad amplia del Estado por su actividad judicial no se produce con toda la extensión que manifiesta la norma. En nuestro medio, se admite responsabilizar a los jueces y al Estado por la vía de la aplicación de los arts. 1109 y 1112 del Código Civil, en cuanto establecen el principio de la responsabilidad civil extracontractual.

De modo que, aun cuando al Juez le quepa decir el derecho con sujeción a los hechos aportados por las partes, no puede prescindir de la investigación cierta y de la derivación razonada para converger en un pronunciamiento equitativo ajustado a los principios legales de aplicación al *sub lite*.

Si aquel derecho ha sido mal invocado por el demandante e incluso mal aplicado por el Juez en las etapas inferiores, le corresponde al Superior encarar la tarea de encuadramiento supliendo la norma errónea por aplicación del brocardico *iura novit curia* (art. 163 inc.6º). Pero si en la tarea de enmendar, se modifica el objeto propio de la demanda, no se trata por cierto de una deficiencia en el ejercicio del derecho de acción sino de provocar un verdadero perjuicio que puede contraer consecuencias extraprocesales.

Los principios procesales que mentan la publicidad del proceso y la dirección e iniciativa del Juez, demuestran la relatividad del control que las partes ejercen mutuamente y la posición principal de quien conduce el pleito. Es obvio entonces que si este cometido funcional se desluce por la desidia, el abandono, la negligencia, el esperar todo de las partes (como en el principio dispositivo), el error judicial es causa de sanción, pues el equívoco reconoce un único mentor en su producción.

Esta es la solución que se ha adoptado por la Cámara Nacional Civil al sancionar al juez en aplicación del art. 16 del dec.-ley 1285/58 con el 15% de su remuneración al permitir la comisión de errores groseros en el proceso (E.D. 182-510). También, el Juez puede incurrir en distintas responsabilidades si sus acciones no se ajustan a las normas legales abriéndose así, al decir de Morello "un capítulo de la *responsabilidad de los funcionarios*" pudiéndose estudiar la temática desde sus aspectos políticos, civiles, penales y disciplinarios. Brevemente podemos decir que la responsabilidad política es aquella que asume el Juez ante el Estado estando, en el caso de los

Ministros de la Corte Suprema, la acusación en manos de la Cámara de Diputados (art. 53 CN) y el juzgamiento en poder de la Cámara de Senadores; por el contrario, los demás jueces inferiores serán enjuiciados por el Consejo de la Magistratura mediante sus procedimientos específicos (art.114 CN).

Con relación a la responsabilidad civil, no habiendo normativa específica en el ordenamiento civil, corresponde estar a lo dispuesto en el art. 1112 de dicho ordenamiento que establece: "*Los hechos y las omisiones de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de manera irregular las obligaciones legales que les están impuestas, son comprendidos en las disposiciones de este Título*". Sin perjuicio de ello, se debe tener en cuenta que, por las características de sus funciones, sólo se les podrá atribuir responsabilidad en casos de error inexcusable.

En lo que a la responsabilidad penal respecta, es requisito *sine qua non* para cualquier enjuiciamiento de esta naturaleza – a diferencia de los civiles- desaforar al juez acusado. Con respecto a los tipos, más allá de los generales contenidos por el Código Penal de la Nación, éste regula una serie de delitos específicos de los magistrados, a saber: el cohecho, el prevaricato y la denegación o retardo de justicia.

En cuanto a la responsabilidad disciplinaria, esta se hace efectiva en el orden interno de la propia administración de justicia a través de los poderes de superintendencia otorgados a los Tribunales superiores y tiende a sancionar la violación de normas ético-administrativas regulatorias del comportamiento de los jueces en el desempeño de sus funciones.

Finalmente, pesa sobre el juez la responsabilidad procesal entendida por tal a aquélla que deriva de la inobservancia de los deberes procesales impuestos a los jueces por las diferentes normas (v.gr. el Código Procesal Civil y Comercial; el Reglamento para la Justicia Nacional; etc.).

Claro está que la variedad y complejidad de los compuestos es demasiado extensa para pormenorizarla en esta oportunidad pero no en vano es mencionar, que aunque sea en forma excepcional la jurisprudencia cordobesa se manifestó con relación al tema diciendo que: "Tanto en los actos que ponen fin al proceso, como los de tramitación o procedimiento, el juez responde por el daño ocasionado por su culpa o negligencia si bien la evaluación de su conducta, efectuada en función del art. 512 del Cód. Civil, permitirá atribuirle responsabilidad sólo en casos extremos, en donde el proceder del magistrado exceda el marco de lo opinable, para arribar a la inexcusable ignorancia del derecho o el olvido de pautas elementales a las cuales deba ajustar el ejercicio de su función...." (La Ley Córdoba 1997-2).

Bibliografía

Alvarado Velloso, Adolfo, *Comentarios al Código Procesal Civil y Comercial de la provincia de Santa Fe*, editorial Centro de Estudios Procesales, Rosario, 1978

Cicala, B, *La moralità delle azioni umane*, Firenze, 1934

Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1979 (tomo III)

Proyecto de Código de Procedimiento Civil, editorial Depalma, Buenos Aires, 1945.

Devis Echandía, Hernando, *Compendio de la prueba judicial*, anotado por Adolfo Alvarado Velloso, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1984

Falcón Enrique M, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994 (tomo 1)

Gherzi, Carlos (director), *Responsabilidad Profesional*, varios tomos, en particular tomo 3, editorial Astrea, Buenos Aires, 1999.

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 I, editorial Platense - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982

Mosset Iturraspe, Jorge - Kemelmajer de Carlucci, Aida - Parellada, Carlos A., *Responsabilidad de los jueces y del Estado por la actividad judicial*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1986

Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979 (tomo III)

Rodell, Fred, *Ay de nosotros, abogados*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1966

Sentis Melendo, Santiago, *Comentario al Tratado de Derecho Procesal Civil*, Revista de Derecho Procesal, abril/junio 1965, Madrid

Spota, Alberto G., *El Juez, el abogado y la formación del derecho a través de la jurisprudencia*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1963

Vanderbilt, Arthur T., *La justicia emplazada a reformarse*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1959

Vigo, Rodolfo Luis (h.), *Etica del abogado. Conducta procesal indebida*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979

Capítulo V

TEMERIDAD Y MALICIA EN EL PROCESO

1. Principios generales

Tanto la temeridad como la malicia conforman tipos de conductas disvaliosas que agreden el principio de moralidad procesal.

Ambos comportamientos no se identifican, por lo cual es preciso distinguirlos. La temeridad alude a una actitud imprudente o desatinada, echada a los peligros sin medir sus consecuencias. Es un dicho o hecho sin justicia ni razón y designado, especialmente, a aprender valores morales del prójimo.

La malicia se configura por la omisión deliberada de un acto procesal, o cuando se lo ejecuta indebidamente para que pueda producir el mismo resultado. En general, expresa un propósito obstruccionista y dilatorio tendiente a la paralización o postergación de la decisión final que debe dictarse en el proceso.

Nuestro ordenamiento ritual ha previsto en el art. 45 que: *“Cuando se declarase maliciosa o temeraria la conducta asumida en el pleito por quien lo perdiera total o parcialmente, y no fuese aplicable el art. 4º del decreto 4777/67, el juez podrá imponer una multa a la parte vencida o a su letrado patrocinante o ambos conjuntamente, según las circunstancias del caso...”*.

Como se advierte, la norma procesal no particulariza las figuras, estableciendo solamente la posibilidad de una sanción (multa) para la parte y/o su letrado que niegue la calidad moral exigida en sus actos.

No obstante, la doctrina más caracterizada (Palacio, Morello, Hitters, entre otros) ha individualizado y tipificado ambas manifestaciones, llegando a la conclusión que mientras la temeridad se vincula con el contenido de las peticiones o en la oposición; la malicia se halla referida al comportamiento observado en la ejecución material de los actos procesales.

2. Antecedentes

La evolución operada en el proceso civil a partir de los principios derivados de la publicización, que encuentran en la dirección del proceso a cargo del Juez el objetivo de buscar y obtener la verdad, en lugar de confirmar las versiones que antes las partes argumentaban; significó la transformación de la relación jurídica procesal, y con ello hubo que responder a las nuevas exigencias del encuadre.

La estructura tradicional de las verdades afirmadas que sostenía el principio dispositivo (sostenido a ultranza, es decir, asumiendo que el proceso es solo *cosa de partes*), debió modificarse porque con las facultades ordenatorias e instructorias que la jurisdicción encontró, el proceso dejó de ser

una cuestión de versiones, para buscar la justa decisión de un debate sostenido entre partes que debieron litigar con respeto y mutua lealtad.

Nace así el principio de moralidad que enaltece la conducta leal y honesta de las partes.

En *Italia* el proyecto Solmi de 1937 consideró de especial importancia exigir la obligación de veracidad y de actuación sin subterfugios, a cuyo fin el art. 26 estableció en su parte primera la imposición de exponer los hechos según la verdad de lo sucedido, culminando la norma con la sanción específica: "... En caso de mala fe o de culpa grave, el Juez en la misma sentencia en que decide la causa, condena a la parte, al procurador o al defensor, eventualmente "in solidum", a una pena que, según la gravedad de los hechos y el monto del valor de la causa, puede extenderse a 10.000 liras".

Pero el proyecto no trascendió en este aspecto. La potestad atribuida al Juez era demasiado importante para la época, por lo cual el Código definitivo de 1940 dispuso en el art. 88: "*Deber de lealtad y probidad*. Las partes y sus defensores tienen el deber de comportarse en juicio con lealtad y probidad. En caso de que los defensores falten a este deber, el Juez debe dar cuenta a las autoridades que ejercen el poder disciplinario sobre ellos".

La sustitución era importante en la medida que reemplazaba la sanción económica por la represión que juzgaren correspondiente establecer los colegios profesionales.

Empero, la prevención no agotó allí su contenido.

En el capítulo siguiente se analizaron las distintas entidades del comportamiento anómalo y sus pertinentes atribuciones, sea la imposición de costas o la responsabilidad agravada por daños procesales.

Al respecto dice el art. 96: "*Si resulta que la parte vencida ha actuado o resistido en juicio con mala fe o culpa grave, el Juez a instancia de la otra parte, la condenará, no solo a las costas, sino también al resarcimiento de los daños, que liquida aun de oficio en la sentencia*". "*El Juez declara la existencia del derecho por el que se ha ejecutado una providencia cautelar o se ha transcrito demanda judicial, o inscripto hipoteca judicial, o bien se ha iniciado o llevado a cabo la ejecución forzada, a instancia de la parte perjudicada, condena al resarcimiento de los daños al actor o al acreedor ejecutante, que haya obrado sin la normal prudencia. La liquidación de los daños se hace a tenor del apartado anterior*".

Los estudios destacados para estas disposiciones van a encontrar tres tipos de consecuencias, conceptualmente autónomas, que sirven para separar el problema de las costas procesales, de las responsabilidades por el abuso procedimental.

Dice Chiovenda que este es el resultado a que lleva el desarrollo del derecho procesal; el cual en sus orígenes, no tiene condena en las costas sino para los litigantes de mala fe; posteriormente se pasa por un período intermedio en el cual no viéndose la naturaleza exacta de la institución, se aplican principios propios del derecho civil (culpa) a la condena en costas; después se llega a la condena absoluta.

La inconducta deriva así en:

1º) carga con las costas procesales (art. 370) cuando es vencido en juicio;

2º) asume la responsabilidad agravada del art. 96, cuando ha transgredido el deber de obrar con lealtad y probidad;

3º) responde por los daños procesales, cuando existe mala fe o culpa grave y tiene las características de la responsabilidad civil (ex culpa, aquiliana o extracontractual).

Salvo el primero de los casos, en ambos supuestos de responsabilidad, la sanción opera a petición de parte.

Tratándose de costas procesales, el débito surge consecuente del vencimiento (*soccombenza*); en tanto para la responsabilidad agravada se agrega una valoración de la conducta de las partes, con lo cual la calidad de vencedor no es determinante, si no coexiste la actuación de buena fe. Su violación contrae la imposición de una condena complementaria en costas que no pueden ser repetidas.

En el campo de la responsabilidad civil, destaca Morello dos tipos de comportamientos: El primero se reserva para la litis (más que en la clásica acepción de Carnelutti, para designar la pretensión u oposición a ella) *temeraria*, que consiste en dar vida a una demanda (y por ende, a la pretensión que ella porta) o a una defensa, *a sabiendas de no tener razón* (hay aquí mala fe). El segundo, cuando *sin la normal prudencia* (esto es, con culpa, al menos en una de sus gradaciones: culpa leve) se produce un daño al otro litigante; v.gr.: mediante el bloqueo de parte del patrimonio a consecuencia de un embargo sin derecho, o medida cautelar equivalente. Se trata de actos procesales de parte, intrínsecamente ilegítimos e injustos, de los que se sigue, en relación causal adecuada, un daño resarcible.

En Brasil, el anteproyecto Buzaid se ocupó de los "Deberes de las partes y de sus procuradores", estableciendo principios iniciales de corrección en el uso del lenguaje y en las verdades expresadas. La violación a estas reglas de comportamiento importaban perder el uso de la palabra cuando se tratase de expresiones injuriosas a la parte contraria, o la posibilidad de sufrir sanciones más graves de acuerdo con la entidad e importancia del desatino.

El anteproyecto no descuidó la responsabilidad del litigante que pleitea de mala fe, estableciendo que ello resulta cuando: a) deduce pretensiones o defensas, cuya falta de fundamento no puede, razonablemente, desconocer; b) altera intencionadamente la verdad de los hechos; c) omite hechos esenciales para el juzgamiento de la causa; d) usa el proceso con el fin de procurarse un objetivo ilegal; e) opone injustificadamente resistencias a la marcha normal del proceso; f) observa un comportamiento temerario en cualquier incidente o acto del proceso; g) promueve incidentes manifiestamente infundados.

Tal como ocurría en el proyecto italiano, la idea de aquellos tiempos no era solamente castigar al litigante artero, sino también, imponerle sanciones económicas como era el pago de todas las costas y honorarios devengados a resultas de esas actuaciones inoficiosas.

En nuestro país, el *Código de Procedimientos de la Capital Federal* (art. 52) establecía que: "*Los jueces y tribunales tienen el deber de mantener el decoro y buen orden en los juicios, pudiendo imponer al efecto correcciones*

disciplinarias a los litigantes, abogados y funcionarios que intervienen en aquéllos por las faltas que cometieren, ya sea contra su dignidad en las audiencias o alegatos; ya sea contra la autoridad, obstruyendo el curso normal de la justicia en daño de las partes".

Empero, el verdadero antecedente de la distinción entre *temeridad y malicia* lo constituye la introducción del principio de moralidad en el proceso y el encarecimiento para que dicho principio se cumpla. Primero el artículo 21 del dec/ley 14.237, y luego la reforma del código de procedimientos por la ley 17.454, impusieron a los jueces la facultad de fijar multas a la parte vencida, a su letrado patrocinante o a ambas conjuntamente, en el caso de declararse temeraria o maliciosa la conducta asumida por aquéllos en el pleito.

3. Sistema legal

El ordenamiento procesal vigente categoriza en forma genérica las inconductas incurridas en el proceso y establece sanciones específicas para cada tipo de comportamientos.

Con este encuadre existe:

- a) una inconducta procesal genérica prevista en el art. 45
- b) inconductas procesales específicas, que se vinculan a la policía de proceso ejercida por el órgano jurisdiccional, y tienen un neto carácter procesal (V.gr. arts. 29, 145, 374, 525 inc. 2º, 551, 594, etc.).

Según Palacio, el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación instituye dos sistemas sancionatorios de la inconducta procesal según que ésta se manifieste en forma continuada o persistente a través de las distintas etapas del proceso, consideradas en su totalidad (inconducta procesal genérica) o con motivo del incumplimiento de actos procesales determinados (inconducta procesal específica). Con relación a este último aspecto, sin embargo, conviene anticipar que los poderes del órgano judicial incluyen la represión de cualquier conducta que implique una transgresión al deber de lealtad y probidad, aun cuando no exista una norma expresa que prevea una sanción determinada, ya que el art. 34 inciso 5º ap. d) del CPC faculta a los jueces y tribunales para sancionar todo acto contrario al referido deber.

A la primera prevención se vincula el problema de las cotas procesales, en cuanto a las segundas, existe una buena serie de matices que redundan en la consideración del desvío, al punto de atribuirle una asignada responsabilidad.

En este sentido, Couture recordaba que la derrota no siempre era la demostración objetiva de un litigante carente de razón. Muchas veces, la contingencia procesal determina la suerte del litigio, de modo que, no todo derrotado es un *improbis litigator*. Por eso, agregaba el señero maestro, es necesario admitir algunas discriminaciones que se encuentran en las cosas mismas. La responsabilidad procesal subjetiva (marginada de la objetiva, de la imposición de costas) permite diagramar un esquema en el que se insertan distintas posibilidades que reflejan la conducta de los litigantes.

Existen gradaciones en la conducta. El primer grado es *la buena fe*, la situación de los que, aun en el error, litigan creyéndose asistidos de alguna razón. El segundo grado lo constituye la *ligereza culpable*, consistente en la infracción a los deberes de un buen padre de familia, prudente, razonable y reflexivo, no promovería un litigio injusto, sin antes meditar sobre el alcance de su actitud. La ligereza culpable queda asignada así, a la irreflexión en calcular las consecuencias de los propios actos. El tercer grado de la responsabilidad lo representa la malicia que merece la nota de *temeridad*.

Para Couture, la malicia que merece la nota de temeridad es la conciencia de la propia sinrazón. El litigante temerario litiga sabiendo bien que no tiene motivos para litigar. No es sólo un litigante malicioso, es además un temerario, vale decir, inconsiderado, imprudente, arrojado a los peligros sin meditar sus consecuencias carentes de fundamento, razón o motivo.

Por último dice Couture que, cuando se examinan estos tres grados de la responsabilidad procesal, se advierte que vienen a coincidir de una manera verdaderamente simétrica con los tres grados de la responsabilidad general: la buena fe, la culpa y el dolo. El que actúa con buena fe hace el mal sin saberlo y sin proponérselo; el que actúa con culpa hace el mal sin quererlo pero debiendo haberlo previsto; el que actúa con dolo, hace el mal sabiendo que lo hace y queriéndolo hacer. Y concluía: ¿Qué otra cosa que buena fe, culpa y dolo son el considerarse asistido de alguna razón, la ligereza culpable y la malicia temeraria?.

4. Interpretación de los términos *temeridad* y *malicia*

Anticipado el sentido etimológico de los términos, resta por considerar cómo funcionan en el proceso.

La demanda es temeraria cuando existe la certeza o una razonable presunción de que se litiga sin razón valedera y se tiene conciencia de la sinrazón: *es la facultad de accionar ejercida arbitrariamente*.

A su vez, la malicia se perfila en la actuación –u omisión- durante el desarrollo del trámite, es decir, cuando cualquiera de las partes obstaculiza, retarda, provoca articulaciones manifiestamente improcedentes, mañosas, con el solo propósito de dilatar la tramitación del proceso.

Esta caracterización es tradicional y vincula cada expresión con una etapa determinada del proceso. También se insertan en estos vocablos como sinónimos, la conducta imprudente y la intención dilatoria.

Sin embargo, temeridad y malicia no se agotan en esta comprensión pues, si bien es cierto que el encuadre inicial sirve de base a un estudio sistemático, la presencia de esos comportamientos en el proceso demuestran que pueden seguirse otras interpretaciones.

A nuestro entender, la temeridad se relaciona con una actitud objetiva que se puede segmentar según la gravedad de la mala fe.

Es evidente que, de modo genérico, se comprende con el abuso del derecho (o abuso en el proceso), pero sólo lo integra, puesto que en el abuso

existe además una especulación con la ventaja que otorga un derecho atribuido, derecho que no está presente en la acción temeraria.

Aquella conducta irrazonable que pondera la doctrina tradicional, se puede encontrar presente asimismo ante un comportamiento engañoso, como cuando se ejerce una pretensión simulada; también cuando la petición o defensa demuestra una acción culpable. V.gr.: desconocer una relación contractual para postergar un desahucio; una escrituración, etc.; o en el ejercicio de una demanda posesoria, cuando no se tiene título legítimo.

Decía Carnelutti que la figura del litigio culposo excluye la conciencia de la sinrazón, en cuyo lugar interviene ahora la insuficiente ponderación de las razones que apoyen la pretensión o la discusión. Sin embargo, no todo grado de culpa implica temeridad, que no es sólo imprudencia, sino imprudencia exagerada; sirve también en este punto el principio de *culpa lata dolo aequiparatur*. Por tanto, la temeridad queda excluida de la disputabilidad de las razones y exige, en cambio, que la falta de fundamento de las mismas aparezca en una indagación elemental.

Hay casos en que la acción temeraria es de tal entidad, que se relaciona con la responsabilidad por culpa. Son los casos de pretensiones sostenidas dolosamente, e inclusive, intencionalmente dañosas; por lo cual la responsabilidad no sólo comprenderá los gastos del proceso (costas) sino que importará suficiente fundamento para la acción penal correspondiente.

La calificación contrae cierto emparentamiento con los antecedentes del Código Italiano de 1940, y puede sintetizarse en los siguientes tres grados de actitud inmoral:

- 1) Conducta temeraria, imprudente o engañosa.
- 2) Conducta temeraria, culposa o de exagerada imprudencia.
- 3) Conducta temeraria, dolosa, constitutiva de responsabilidad civil y penal.

El profesor brasileño De Castro Filho, elevó como ponencia a las "Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal", organizadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo (1957), una conclusión semejante, catalogando en la denominación general de abuso del derecho, sucesivas especies de dolo-temeridad; fraude (proceso aparente o simulado); emulación (usar el proceso o su amenaza como medio de coacción); capricho; error grosero; violencia; oposición maliciosa de excepciones; o planteamiento de incidentes con el fin de demorar u obstaculizar la marcha del proceso; deber de decir verdad y su incumplimiento.

En definitiva, conciencia de la propia sinrazón y actitud destinada a agravar valores morales o reales del prójimo, constituyen elementos siempre presentes en la conducta temeraria.

La malicia, por su parte, se ve insistentemente vinculada con la demora intencionada, sea a través de modalidades obstruccionistas o de peticiones retardatarias, de manera que su relación principal se halla referida al comportamiento observado en la ejecución material de los actos procesales.

La malicia supone la condición de malo, maldad, malignidad; presupone dolo y mala intención, designios encubiertos, una propensión al mal moral y material.

Esta vinculación con el dolo nos parece sumamente acertada; pues en la actitud maliciosa existe una clara intención de evitar una consecuencia esperada mediante la utilización de medios rituales o sustanciales que posterguen hasta lo irrazonable la decisión jurisdiccional.

Habría así, *ab initio*, una franca relación entre actitud dilatoria y conducta maliciosa.

Pero además, ésta supone echar mano a cuanto ardid, artificio o maquinación sea necesario para influir en la decisión judicial; en cuyo caso la presencia de este dolo principal, en los términos de la ley sustantiva, es causa bastante para considerar que existe malicia en el proceso.

También la relación procesal puede verse alterada en su funcionalidad normal, cuando el curso de la litis se transforma a consecuencia de actitudes maliciosas que tienden a la provocación del daño a la otra parte (V.gr.: quien retiene indebidamente un expediente sabiendo que el mismo es necesario para la efectivización de una subasta judicial que lo tiene como ejecutado).

En este sentido es menester distinguir que el daño referido no necesita ser trascendente (importante) como lo requiere el art. 932 inciso 3º del Código Civil, que lo establece como indispensable para la anulación del acto jurídico.

Es decir que también la malicia está presente cuando se asiste a pretensiones obstaculizantes, retardatorias, que demoran la marcha del proceso. Estos planteos adquieren distintas expresiones según la forma como se presentan. Por ejemplo:

1.- La defensa sostenida en motivos inocuos o de manifiesta ilegitimidad, conforma un abuso de la jurisdicción toda vez que a lo único que tiende es a postergar una decisión consabida.

2.- Quien reitera un planteo de recusación con causa contra el Juez actuante, insistiendo en que existe la causal invocada y que fuera anteriormente resuelta en forma adversa por la Alzada, demuestra una conducta obstruccionista que persigue un fin meramente dilatorio, tanto más cuanto se la deduce antojadizamente y con deleznales fundamentos, que importan una falta contra la autoridad y dignidad del magistrado; razón por la cual, la recusación debe ser desestimada y calificada de maliciosa.

3.- Cuando la memoria de agravios es técnicamente inatendible pues la quejosa, lejos de enjuiciar críticamente los fundamentos dirimientes del decisorio del Juez, se limitó en seis renglones a verter una mera afirmación dogmática relativa a la razón que se atribuye, recursivamente insuficiente y por lo que corresponde desestimar la apelación concedida. Atento que la conclusión sentada revela superficialidad y ligereza con que la demanda sustentó la queja, debe imponérsele una multa a la accionada –solidariamente con su letrada apoderada- a favor de la contraparte, equivalente al 10% del monto del juicio (cfr. CNCom., Sala D, abril 27/984).

4.- O bien, cuando existe abandono del proceso evidenciado en la desidia para efectuar las pruebas ofrecidas, indicio de íntima admisión sobre la insostenibilidad fáctica de la construcción argumental fundamento de la demanda, y a la desatención de la incomparecencia a la citación personal del juzgador, ocasiones en las cuales los resortes morales de delicadeza y de

pudor hubieran impuesto admitir soluciones simplificadas y expeditivas del conflicto carente de andamio, vía procesal económica que de esa manera fue obstruida.

5.- Si el demandado reconoce la existencia tanto del vínculo jurídico que lo unía al actor como de la deuda, pretendiendo luego, sin ningún apoyo probatorio que ésta fue saldada.

En este aspecto, la malicia estriba en la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto y en el empleo de facultades que la ley otorga a las partes en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y mala fe.

La actitud del demandado consistente en la negativa de la deuda a su cargo cuando ella estaba perfectamente asentada en su propia contabilidad y medió liberación de una orden de pago, constituye un abuso de la jurisdicción que lo hace pasible de ser sancionado en los términos del art. 45 del Código Procesal.

Un segundo grado de la malicia se encuentra en la actuación de la *mentira procesal*.

Se trata de aquellos casos en que los hechos alegados no son de difícil comprobación y la naturaleza del proceso autoriza a presumir que había interés en invocarlos falsamente como medio dilatorio u obstruccionista (V.gr.: quien desconoce su propia firma; o quien niega un crédito que le pertenece o el carácter de locatario en un contrato que lo cuenta en esa condición).

Lo importante es advertir el propósito de engañar de modo tal que requiere, a su vez, cierta actividad procesal destinada a provocar dicho engaño.

La deformación de la realidad puede dirigirse tanto a la contraparte como al órgano jurisdiccional. Por ejemplo: en las peticiones del beneficio de litigar sin gastos, ocultando una determinada situación económica.

Inclusive puede ser bilateral, como en los procesos simulados pero esto es motivo de atención particular y de matices que lo diferencian de la *mentira stricto sensu*.

Es evidente la dificultad para encontrar el límite de la actuación procesal y comprobar cuándo la astucia del adversario se convierte en un acto de mentira, destinado a confundir a la parte y a provocar el error en el órgano decisor.

En este sentido, también es claro el problema de establecer pautas generales cuando el sentir de una sociedad varía con la conciencia colectiva asentada en un tiempo y en un lugar.

Silveira, sin embargo, pudo iniciar una hipótesis de distinción... "La veracidad puede ser concebida en el propio originario terreno moral, con mayor o menor rigor. De la misma forma, en el campo del derecho. Existe, en verdad, el problema de cuando la astucia se vuelve ilícito procesal, análogamente a la cuestión *dolus bonus* y de *dolus malus*, o la cuestión de la simulación fraudulenta y de simulación inocente. Los fines de la mentira (injuriante, dilatorio, decisorio), así como de las consecuencias (ganar una causa, si fuese verdad la afirmación falsa, o incluso ganar parte de la causa) pueden

servir para caracterizar la ilicitud, que no se confunde con la inmoralidad propiamente dicha”.

En el terreno procesal, ciertas mentiras, y no todas las mentiras, son ilícitas. No se trata, por su puesto, de consentir cierto tipo de mentiras, pues tolerar su configuración implica negar la esencia misma del derecho, promoviendo inmoralidad a través del falseamiento de la verdad.

A lo que se tiende es a demostrar que la presencia de afirmaciones falsas (o temerarias) puede tener una distinta entidad, según se pretenda injuriar a su contraparte o a la magistratura; obstruir el desarrollo del proceso con maquinaciones evidentemente dilatorias o perjudicar a su oponente provocándole un daño cierto y dirigido.

A través de la jurisprudencia, se puede advertir una ejemplificación más nítida:

El marido que en el proceso de divorcio imputa a su mujer, al contestar la demanda, graves hechos que lo afectan en su honestidad, y no se preocupa en demostrarlos, mantiene un modo de comportamiento malicioso injurioso (CNCiv., Sala B, marzo 2/973, J.A. 973-IV, 346).

La obstrucción al curso del proceso es múltiple en expresiones, así por ejemplo, “cuando so color de la defensa de derechos se perturba el normal desenvolvimiento de las actuaciones mediante presentaciones inconducentes y manifiestamente improcedentes” (CNCiv., Sala C, diciembre 17/975, ED 67-356).

Finalmente, la provocación del daño intencionado a través del proceso se tipifica cuando la mentira consiste en accionar por una suma mayor a la que se debe (porque existen pagos parciales) y se traban medidas cautelares hasta el monto de la pretensión, entorpeciendo la disponibilidad patrimonial del afectado.

En suma, la malicia requiere dolo, en tanto la temeridad se conforma con culpa grave. De ahí, que ambas conductas, la dolosa y la gravemente culposa, están sancionadas con multa.

5. Límites de la potestad jurisdiccional

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 acogidas, o la observancia de una actitud procesal contraria a sus intereses, pues ello resultaría inconciliable con la garantía de defensa en juicio y la vigencia del principio dispositivo.

De modo tal que para aplicar una sanción por temeridad y/o malicia no es suficiente la calidad de vencido, pues exige además, objetivar y calificar cada una de las conductas desenvueltas.

Espíritu crítico y prudencia en la valoración son los referentes para determinar la cualificación del comportamiento procesal.

Si bien es cierto que con el dictado de la sentencia queda concluida la competencia del Juez respecto del objeto, ello no entorpece a que conforme surge del art. 166 del Código Procesal, el magistrado pueda de oficio o a pedido de parte aclarar algún concepto oscuro, corregir errores materiales o suplir omisiones, siempre que no se altere lo sustancial de la decisión, facultad que no se advierte excedida cuando, en el pronunciamiento aclaratorio se califica como temeraria la conducta del demandado, con la consiguiente aplicación de una sanción pecuniaria, por haber éste ejercido inadecuadamente el derecho de defensa mediante planteos formulados con propósitos meramente dilatorios.

El resguardo del 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 facultad conferida en el artículo 45 del Cód. Procesal debe ser ejercida prudentemente, para evitar menoscabar el principio del derecho de defensa en juicio, por tratarse de una sanción de carácter excepcional y, por ende, de aplicación restrictiva.

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 levadas a los estrados judiciales con la consiguiente imposibilidad de la libre disposición de los bienes afectados (CS, agosto 8/964, J.A., 964-24, 351).

Pero, ¿ como se entiende este principio con la temeridad y malicia en el proceso?

Ha de repararse, inicialmente, en esta pauta visceral: *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 eficaz.*

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 de intereses 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.

Debe obrarse con suma prudencia en la valoración de las conductas para considerarlas temerarias y maliciosas con la consiguiente aplicación de sanciones, de modo de castigar solamente aquellos casos en que se traspasan los límites dentro de los cuales deben actuar los litigantes y profesionales, con el adecuado respeto a los deberes de lealtad, probidad y buena fe.

La aplicación de la multa prevista en el art. 45 del Código Procesal no coarta ni restringe en modo alguno el derecho de defensa del justiciable, quien tiene ocasión de articular todas las que crea pertinentes. Por el contrario, preserva el mencionado derecho en sus justos límites al sancionar el uso abusivo del mismo.

6. Sanciones específicas del código procesal

Como advertimos al inicio, el Código Procesal de la Nación establece en el artículo 45 una sanción para quien litiga en el proceso con temeridad y malicia, identificando la calidad del vencido (total o parcialmente) con el sujeto pasivo de la medida.

La ausencia de distinción entre uno y otro comportamiento, adunado al lugar de su enclave ritual (*Título II - Partes - Capítulo 1º* Reglas Generales), permite deducir que se establece una norma genérica que tiene aplicación en cuanto supuesto de inconducta procesal se incurra.

Pero ha de observarse que esta regla no puede ser interpretada aisladamente del contexto, pues su tésis y sentido axiológico pretende se conjugue con la totalidad de normas destinadas a preservar la regla de moralidad en el proceso.

Por eso es que, no obstante la temeridad y malicia sean declaradas al momento de dictar sentencia, existen otros momentos de perturbación al principio moral que, aun cuando expresen actos temerarios o maliciosos, pueden tener sanciones específicas debidamente encuadradas en el ordenamiento adjetivo.

La demanda es temeraria si, además de carecer de todo sustento fáctico o jurídico, es arbitraria por basarse en hechos inventados o jurídicamente absurdos, de manera que es evidente el conocimiento de la sin razón. En cambio, por malicia se entiende la utilización arbitraria de los actos en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente, si el cuerpo legal los conmina con una sanción especial (inconducta procesal específica). Así, es maliciosa el empleo de las facultades otorgadas por la ley en contraposición con los fines del proceso, en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe, con el objeto de dilatar indebidamente el cumplimiento de las obligaciones reconocidas por la sentencia (CNCiv., Sala M, marzo 24/997, La Ley, 1997- D, 836).

Ahora bien, el artículo 45 del CPC tiene por finalidad sancionar la conducta temeraria o maliciosa de quien, a la postre, resulte vencido en juicio. De modo tal que su aplicación 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.

La demanda es temeraria si, además de carecer de todo sustento fáctico o jurídico, es arbitraria por basarse en hechos inventados o jurídicamente absurdos, de manera que sea evidente el conocimiento de la sinrazón.

En cambio, por malicia se entiende la utilización arbitraria de los actos en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente, si el cuerpo legal los conmina con una sanción especial (inconducta procesal específica). Así, es maliciosa la conducta que emplea facultades otorgadas por la ley en contraposición con los fines del proceso, en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe, con el objeto de dilatar indebidamente el cumplimiento de las obligaciones reconocidas por la sentencia.

En cambio, las inconductas procesales específicas requieren simplemente la observación de un principio moral que, si se encuentra vulnerado, tiene en la norma una tipificación correspondiente que permite su sanción inmediata.

La multa prevista se fija entre el 5 % y el 30 % del valor del juicio; y si éste fuera de monto indeterminado o de índole moral, en una suma que la Corte Suprema de Justicia de la Nación se encarga de actualizar periódicamente.

Esta medida tiene una doble finalidad: por un lado, cumple una función preventiva, a modo de apercibimiento por el desvío provocado; por otro, es una sanción legal con función resarcitoria a favor de la contraparte.

El artículo 551 constituye una disposición especial para el litigante ímprobo, y determina una multa específica para quien “hubiese litigado sin razón valedera” (temerariamente) u “obstruido el curso normal del proceso con articulaciones manifiestamente improcedentes” (malicia procesal).

7. Sujeto pasivo

Para determinar el sujeto pasivo de la multa prevista para quien incurra en temeridad y malicia, es menester atender circunstanciadamente las normas que el código procesal establece.

Por su parte, el artículo 34, inciso 5º apartado d), faculta a los jueces para sancionar todo acto contrario al deber de lealtad, probidad y buena fe en el proceso; con lo cual cualquiera puede ser el posible condenado, si su actitud se corresponde con un obrar deshonesto.

De su lado, el art. 45 con carácter general y los artículos 551 y 594 con referencia a los procesos ejecutivos, determinan que sólo quien reviste la calidad de vencido –total o parcialmente- puede ser sancionado.

Al respecto se repite que el solo hecho de que el demandado en definitiva resulte vencedor en el juicio, no hace que no le sea aplicable lo dispuesto por el art. 45 del ordenamiento procesal.

Del espíritu de esta norma guía (art. 45) se desprende la intención de sancionar a la parte o al letrado que despliega la actividad inmoral, pues interpretar que un ente de derecho público (actuando como entidad de derecho –sea público o privado-) tenga conducta maliciosa es una incoherencia.

La extensión de la sanción a los letrados patrocinantes encuentra justificación al interpretar como función del abogado la de mostrar a su cliente los puntos débiles de su pretensión. Por ello la temeridad o malicia que proviene de la fundamentación insuficiente o contradictoria no está solamente en la conducta de quien pide sin razón sino, también, en la de quien encauza, con manifestar ligereza y atrevimiento, procesalmente la pretensión.

8. Oportunidad de la declaración

La multa contenida en la norma genérica del artículo 45 tiene por finalidad sancionar la inmoralidad procesal expuesta en la conducta temeraria o maliciosa de quien resultare vencido en juicio. Su aplicación, por consiguiente, se subordina al dictado de una sentencia que, en forma definitiva, declare o reconozca el derecho de la parte vencedora.

Asimismo, aunque se esté frente a una litis desenvuelta en los citados términos de incorrección, la legitimación para impetrar el castigo procesal no pertenece a cualquiera que actúe en el proceso, sino sólo a aquél contra quien se promovió la demanda temeraria o fue perjudicado por las demoras originadas en la conducta maliciosa. De lo contrario configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de quien reclama las sanciones sin tener legitimación a esos efectos. Ello sin perjuicio, claro está, de que el Juez aplique sanciones de oficio, pero esto hace a las facultades privativas del juzgador.

9. Jurisprudencia condensada

Temeridad

Incorre en temeridad la parte que litiga, como actora o demandada, sin razón valedera y tiene además conciencia de la propia sin razón. La categoría se integra, por lo tanto, con dos presupuestos: uno, la ausencia de razón para obrar en juicio, es decir un elemento de carácter objetivo que se presenta con el rechazo de la demanda o de la contestación, el otro, de carácter subjetivo, referido al conocimiento del justiciable de lo infundado de su posición.

Se ha calificado de temeraria la demanda o la resistencia del demandado cuando, además de carecer de todo sustento fáctico o jurídico, son ellas arbitrarias por basarse en hechos inventados o sea jurídicamente absurdos, de manera que es evidente el conocimiento de la sinrazón, la conciencia de la indiscutibilidad por parte del que litiga; así, Colombo Carlos J., en "Revista de Derecho Procesal"- Inconducta Procesal, 1968 n°, 1 p.23 y 25.

Temerario, en suma, es quien falsea la exposición de los hechos al juez quien afirma ocupar la vivienda y no vivir en ella, así como también quien expresa con hechos verdaderos pero intencionalmente desvirtúa las consecuencias jurídicas. Por ejemplo, ocupa el inmueble como un mero tenedor, pero alega carácter de locatario.

Del mismo modo se indica que la temeridad consiste en la conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad. (CNCiv, sala M, marzo 28/994, ED159-644)

Nuestra jurisprudencia se ha detenido extensamente en este aspecto calificando de temeraria la conducta de quien, vencido por falta de razón, litiga sabiendo que no cuenta con la protección legal (C2ª Civ.Com., La Plata, Sala I, 11/09/79, DJBA, 118/29).

Así el demandado que reconociendo la autenticidad del contrato y la calidad de locador del actor, pretende que este demuestre que es propietario del inmueble arrendado (C1ª, Civ.Com., Bahía Blanca, setiembre 27/977, La Ley 1978-C, 37), la invocación de defensa sin sustento (CNCom., Sala C, Agosto 4/976, La Ley 1978-D, 809), la oposición de la excepción de falsedad y su posterior desistimiento sin ensayar argumento alguno tendiente a justificar su actitud (CNCom., Sala C, abril 3/981, La Ley, 1981-C, 331), si los hechos expuestos en la demanda son reales pero la pretensión es totalmente insostenible (CNAT, sala III, setiembre 30/980, La Ley 1981-B, 555), quien actúa en juicio sabiendo que no tiene razón y trata de quedarse con un inmueble ajeno (CNCiv., Sala A, julio 24/980, La Ley, 1981-A, 563), aun tratándose del Fisco nacional, si se mantiene una negativa carente de toda razonabilidad y defensa no justificada (TFiscal, octubre 28/980, La Ley, 1981-A, 21), el actor que formula la demanda en hechos inventados (Tcoleg., instancia única Civ.Com., San Nicolás, setiembre 27/977, La Ley, 1979-A, 553), el demandado que después de afirmar enfáticamente que solo a partir de determinada fecha acepta haber caído en mora en el cumplimiento de su obligación, criterio compartido por la actora y el sentenciante, ataca luego el pronunciamiento que le otorga razón en este aspecto y sostiene la improcedencia de determinar la mora como operada de pleno derecho (CNCom., Sala E, agosto 26/981, JL, año 11 n° 29, p.394, fallo 4932) la codemandada que invoca la falta de legitimación sustancial pasiva de su parte en un juicio por escrituración, siendo que es heredera del bien objeto del proceso y había comparecido a la firma del boleto de compra prestando conformidad expresa a la operación de compraventa (CNCiv., Sala E, marzo 11/981, JL, año 11, n° 30, p. 500 fallo 5135).

La CNCom., Sala C, ha resuelto: "Importa actitud maliciosa, la conducta de la compañía de seguros que litigo sin razón valedera y sin causa alguna, incurriendo en incumplimiento injustificado y voluntario de una obligación, forzando así al acreedor a seguir un trámite judicial de mas de dos años para lograr la legítima satisfacción de su derecho. Las compañías de seguros deben actuar con seriedad y presteza en el cumplimiento de las obligaciones con los asegurados, tanto mas si se trata de un seguro de vida" (La Ley, 120-818). Caso similar por haber alegado un pago que a la demandada le constaba que no se había efectuado y no se sometido a la decisión del perito con arreglo a las condiciones de la póliza (CNCom., Sala A, JA, 967- IV, 24).

A otra compañía de seguros se le formularon cargos semejantes (CCom., Sala B, DJ, 4-1-66). La Sala A considerando que constituye conducta maliciosa la sinrazón evidente de las defensas. (JA, 1697-IV, sec. Reseñas, p.461 n° 24). La CNCiv., Sala D, ha expresado: "El litigante es temerario cuando es inconsiderado, imprudente arrojado a los peligros sin meditar sobre sus consecuencias, carente de fundamento, razón o motivo. Es el que tiene conciencia de la propia sinrazón. La aplicación de una multa al litigante temerario no puede dar lugar a la invocación del principio del enriquecimiento sin causa, ya que esa multa a favor de la contraparte esta establecida por la ley, de modo que existe causa jurídica que legitima la adquisición y, como es sabido, la ausencia de ese requisito es condición para la viabilidad de la acción de *in rem verso*". La conducta temeraria o maliciosa puede producirse en cualquier tipo de juicio (CNCiv., Sala B, ED 47-610). No es suficiente el solo litigar sin razón valedera es necesario también la temeridad de su conducta. (id., Sala D, ED 46-159).

El pago total con recibos que no coinciden, demorando el procedimiento (id., Sala B, ED 46-172), aun por una versión de los hechos dada por los demandados desprovista del correspondiente respaldo probatorio (CNCiv., Sala C, RED 7-818, sum. 39). Si bien la conducta sancionada por el art. 45 del Código Procesal suele manifestarse procesalmente a través de actuaciones notoriamente dilatorias o tendientes a obstruir el trámite regular del juicio, perjudicando a la parte contraria y entorpeciendo la administración de justicia, queda configurada en otros casos por la actividad expresada en la demanda en relación con el desarrollo ulterior de la causa y muy especialmente, con el ofrecimiento de prueba y su producción (CNCiv., Sala B, marzo 2/973, ED 47-610), pudiéndose citar como ejemplo: quien reconoce originalmente la deuda y desaparecido el expediente, la niega en su reconstrucción (CNCiv., Sala F, ED 54-232, sum.1), procede cuando se trata de abrir a prueba en segunda instancia, con un argumento inconsistente y baladí (CNCiv., Sala E, ED 66-324), pues los litigantes no pueden convertir el proceso en juego de mentiras (CNCiv., ED 76-203), así procede la multa cuando en la confesional se reconocen hechos fundamentales negados en la demanda (CNCiv., ED 73-403).

El desconocimiento de la autenticidad del sello bancario, no excusa el error de naturaleza contable y/o administrativa en que incurrió la actora, ya que con anterioridad a la promoción de la ejecución fiscal, debieron llevarse a cabo todos los controles necesarios para evitar un inútil despliegue jurisdiccional. Por lo tanto, esa conducta resulta temeraria en los términos del art. 45 del Código Procesal, si la ejecutada acredita, mediante el respectivo comprobante, haber cumplido en su oportunidad con el pago que se reclama (CNCiv., Sala H, diciembre 18/995, La ley, 1998-B, 929, J.Agrup., caso 12.583)

Asimismo resulta aplicable la sanción prevista para el supuesto de temeridad y malicia (art.45 Código Procesal) toda vez que el fallido con el objeto de dilatar el trámite de quiebra solicitó la suspensión de todos los incidentes de revisión hasta que se encontraran en condiciones de dictar sentencia lo que es improcedente si en el caso se trata de situaciones independientes en cuanto al *"thema decidendum"* y a la prueba a producir (del dictamen del fiscal que la Cámara hace suyo) (CNCom, Sala D, febrero 23/2000, La ley 2000-D, 869 (42.867-S)

La temeridad puede configurarse en el acto mismo en que las partes sustentan sus pretensiones, pues, lo que la normativa pretende evitar es la promoción de procesos en los que el actor tiene o debe tener conocimiento de la carencia de motivos para accionar y, no obstante ello, entabla la demanda, abusando de la jurisdicción (CNCiv., Sala B, mayo 30/997, in re: Municipalidad de Buenos Aires, c. Suiffet de Aliano, María, DJ, 1997-2-1153)

La conducta temeraria, conforme lo dispuesto en el art. 551, párr. 2º del Cód. Procesal, se produce cuando se deducen pretensiones o defensas cuya admisibilidad o falta de fundamento no puede ignorarse con arreglo a una pauta mínima de razonabilidad. Por tanto, para su configuración no es suficiente el simple elemento objetivo, representado por la carencia de fundamento o por la injusticia de la pretensión o de la oposición, pues es necesaria la conciencia de la propia sin razón (CNCiv., Sala B, marzo 23/998, in re: Atmadjian, Elisa E. y otro c. Ros, Luis E. y otro, DJ, 1998-2-1187).

Temeraria es la conducta de quien sabe o debe saber que no tiene motivos para litigar y, no obstante, lo hace. La malicia, en cambio, se configura por el empleo arbitrario del proceso o de actos procesales, utilizando las facultades que la ley otorga a las partes en contraposición a los fines de la jurisdicción, obstruyendo o desplazando el curso del proceso (CNCiv., Sala E, agosto 20/996, in re: Ducassou de Bordes, Marguerite, suc. y otros c. Gerber, Marcos, DJ, 1996-2-1326, SJ. 1183).

La temeridad se configura por la conducta de quien sabe o debe saber que no tiene motivos para litigar y, no obstante, lo hace, de modo que abusa de la jurisdicción. La malicia, a su vez, por el empleo arbitrario del proceso o de actos procesales, a través de la utilización de las facultades que la ley otorga a las partes en contraposición a los fines de la jurisdicción, de modo de obstruir o desplazar el curso del proceso (CNCiv., Sala E, diciembre 16/996, in re: Steinmuller, Gabriela c. Palais, León, DJ, 1999-2-362 SJ. 1711).

La temeridad se configura por la conducta de quien sabe o debe saber que no tiene motivo para litigar y, no obstante, lo hace, abusando de la jurisdicción (CNCiv., Sala E, febrero 22/996, DJ, 1996-2-710).

El art. 34 inc. 4º y el art. 45 del Cód. Procesal prevén y reprimen el abuso de la defensa y la jurisdicción, quedando sujeta su apreciación a la libre ponderación judicial (CNCiv., Sala E, octubre 10/997, DJ, 1998-2-626).

La temeridad consiste en la conducta de quien sabe o debe saber que no tiene motivo para litigar y, no obstante, lo hace, abusando de la jurisdicción. La malicia, en cambio, se configura por el empleo arbitrario del proceso o de actos procesales, utilizando las facultades que la ley otorga a las partes en contraposición a los fines de la jurisdicción, obstruyendo o desplazando así el curso del proceso (CNCiv., Sala E, abril 29/998, DJ, 1999-2-39).

Temeraria es la conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas cuya injusticia o falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad; es, por tanto, la conciencia de la propia sin razón. Maliciosa es la conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación de peticiones exclusivamente destinadas a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o a retardar su decisión (CNCiv., Sala M, marzo 24/997, DJ, 1998-3-1084, SJ. 1596).

La demanda es temeraria si, además de carecer de todo sustento fáctico o jurídico, es arbitraria por basarse en hechos inventados o jurídicamente absurdos, de manera que es evidente el conocimiento de la sinrazón. En cambio, por malicia se entiende la utilización arbitraria de los actos en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente, si el cuerpo legal los conmina con una sanción especial (inconducta procesal específica). Así, es malicioso el empleo de las facultades otorgadas por la ley en contraposición con los fines del proceso, en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe, con el objeto de dilatar indebidamente el cumplimiento de las obligaciones reconocidas por la sentencia (CNCiv., Sala M, marzo 24/997, DJ, 1998-3-1084, SJ. 1596).

La temeridad a que se refiere el art. 45 del Cód. Procesal consiste en la conducta de la parte que deduce pretensiones o defensas cuya falta de fundamento no puede ignorar de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad. De allí que no sea suficiente para calificar a una conducta como temeraria, el elemento objetivo representado por la falta de fundamento de la demanda; es además necesario el factor subjetivo que se manifiesta a través de la conciencia de que tales circunstancias concurren en el caso concreto y que la actuación haya sido malintencionada, grave y manifiesta (CNFed.CC, Sala II, Julio 17/992, DJ, 1993-2-334).

Malicia

La malicia consiste en utilizar el proceso en contra de sus fines, obstaculizando su curso, actuando el justiciable de mala fe con el objeto de obtener una sentencia que no es la que corresponde, demorando su pronunciamiento, o ya dictada, entorpeciendo su cumplimiento. Colombo, en su Código Procesal, entiende por malicia "la utilización arbitraria de actos procesales y el empleo de las facultades que la ley otorga a las partes, en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe, con el objeto de dilatar indebidamente el cumplimiento de la obligación o deberes cuya existencia reconoce la sentencia" (CNCom., Sala A, julio 22/980, JL, año1, nº 1, p.50, fallo 86, CNCiv., Sala E, marzo 11/981, JL, año11, nº 30, p.500, fallo 5135).

Con el paso de los años la jurisprudencia mayoritaria mantuvo la noción de malicia en el concepto siguiente: "es la conducta procesal que se manifiesta mediante la utilización de facultades procesal con el deliberado propósito de obstruir el desenvolvimiento del proceso o retardar su decisión" (CNCiv.Com. Rosario, Sala II, octubre 4/996, La Ley Litoral, 1998-1052), agregando que "actúa maliciosamente quien utiliza o pretende utilizar el proceso en contra de sus fines, con ciertas, notorias y evidentes articulaciones improcedentes (CNCom., Sala A, agosto 14/995, La ley, 1996-A, 44), " es la conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación e peticiones exclusivamente destinadas a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o retardar su decisión (CNCiv., Sala M, marzo 28/994, ED 156-644), esta norma procesal otorga a los tribunales un delicado instrumento que trasciende el mero interés individual de quien triunfa en el pleito y apunta a una mejor administración de justicia, por lo que exige un uso cauto, y prudente, teniendo en cuenta en cada caso el beneficio de la duda(CNCom., Sala B, febrero 3/995, La ley 1995-C, 691, J. Agrup., caso 10.415).

Puede presentarse a través de una conducta procesal genérica o específica y se concreta con propósitos obstruccionistas y dilatorios (CNCiv., Sala E, mayo 23/979, La Ley, 1979-A, 553), por medio de improcedentes apelaciones (SCBA, mayo 23/979, Acuerdos y Sentencias, 1982-1-540), supuesta falta de legitimación pasiva para luego consentir que se es la persona demandada (CNCom., Sala B, agosto 4/981, JL, año 11, nº 27, p.201, fallo 4570), negar la calidad de locatario consagrada en un fallo (C1ª Civ.Com., San Martín, marzo 19/981, JL, año 11, nº 31, p.608, fallo 5414).

Por malicia debe entenderse la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto (inconducta procesal genérica) o aisladamente cuando el cuerpo legal los conmina con una sanción específica (inconducta procesal específica), y el empleo de las facultades que la ley otorga a las partes, en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe.

Para configurar la conducta maliciosa que haga aplicable la sanción del art. 45 no es suficiente un acto aislado. En el mismo sentido la CNCom., Sala B dice: "La malicia resulta de

la apreciación de toda la conducta procesal, y no se elimina por el hecho de no haber recurrido a un determinado ardid, que en otros casos resueltos se señaló como revelador de la malicia en ese supuesto específico" (La Ley,130-55)

Las dos formas de exteriorización de la inconducta procesal pueden combinarse o entrelazarse cuando la obstrucción sistemática al curso del proceso permite inferir con fundamento que un litigante trata de postergar la sentencia porque sus pretensiones carecen en absoluto de fundamento. En otros términos, la malicia puede ser un indicio de temeridad, por ejemplo: lo dicho por la CNCiv., Sala A, (agosto 31/991): "Muy pocas consideraciones bastaran para mostrar la absoluta sinrazón de la acción entablada que según se advierte ha sido promovida para dilatar la permanencia de la familia de la tercerista en el inmueble de que se trata, durante la tramitación del juicio"; i cuando se agrega: "El juzgador debe imponer sanción a quien no procede con buena fe lealtad en el proceso y ello podría consistir en deducirle de esa circunstancia una presunción que le permita apreciar la prueba de acuerdo con las reglas de la sana critica" (La Ley,130-757).

Se perfila a su vez la malicia como el accionar que persigue la finalidad de obstruir y retardar el tramite del proceso, injuriando a la contraparte y a la propia autoridad del órgano jurisdiccional, pues aquel ve retardada la satisfacción de sus pretensiones, y este insatisfecho el fin social de administrar justicia (CNPaz, Sala VI, setiembre 15/971, La Ley,147-92), o sea que ofende al contrario, a quien perjudica, y al órgano judicial, al querer complicarlo en el juego retardatario (CNCiv., Sala D, noviembre 19/968, JA1969-2, 335; Rev. Der. Proc., 1969-2, 244).

En suma, la malicia requiere dolo, la temeridad se conforma con culpa grave. De ahí, que ambas conductas, la dolosa y la gravemente culposa están sancionadas con multa (CNCiv.,Sala D, octubre 16/975, ED 68-184).

La malicia consiste en la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto y el empleo de las facultades otorgadas por la ley a las partes en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe, con el objeto de dilatar indebidamente el cumplimiento de las obligaciones y deberes cuya existencia reconoce la sentencia (CNCiv., Sala B, Mayo 5/998, in re: Sabbatiello, Gabriela B. c. Cipullo, María, DJ, 1998-3-1191).

Si ha quedado absolutamente en claro que la presentación realizada por el demandado -donde no sólo se pidió el rechazo de la demanda, sino que se ofreció prueba que obligó a proveerla, designar y celebrar audiencias, y aguardar plazos para el libramiento de oficios-, carecía totalmente de fundamento y no tuvo otro propósito que dilatar el trámite para seguir usufructuando el inmueble, se configura un típico caso de malicia procesal que debe ser sancionado conforme al art. 45 del Cód. Procesal (CNCiv., Sala F, marzo 30/990, DJ, 1991-1-463).

La inconducta procesal evidenciada por la demandada y su letrado, pretendiendo que la primera no fue intimada de pago antes de iniciarse el juicio a pesar de que las constancias de autos demostraban lo contrario, así como la insistencia en dicho planteo en esta instancia, dilatando la entrega del inmueble sin abonar el cánon locativo y sus gastos, constituye una actitud temeraria y maliciosa (art. 45, Cód. Procesal) que justifica la aplicación a ambos de una multa equivalente al 10 % del monto total del alquiler correspondiente a un año, a favor de la contraparte (CNCiv., Sala F, agosto 28/992, DJ, 1993-2-294).

La finalidad del art. 45 del Cód. Procesal es moralizadora pues sin coartar el derecho de defensa, tiende a sancionar a quien formula defensas o afirmaciones temerarias a sabiendas de su falta de razón, es decir, al litigante cuyo desconocimiento de la situación no puede serle admitido de acuerdo con las circunstancias del caso (CNCiv., Sala F, julio 12/995, DJ, 1995-2-1082).

El art. 45 del Cód. Procesal, en cuanto contempla la inconducta procesal genérica, tiene fines moralizadores pues, sin coartar el derecho de defensa, tiende a sancionar a quien formula defensas o afirmaciones temerarias sabedor de su falta de razón, es decir al litigante cuyo desconocimiento de la situación real no puede ser admitido, de acuerdo a las circunstancias del caso (CNCiv., Sala F, agosto 15/996, DJ, 1997-1-927).

El art. 45 del Cód. Procesal permite la aplicación de multas en los casos de malicia -- esto es la intención de dañar-- o temeridad, configurada por una culpa agravada que se

aproxima al dolo, aunque sin evidenciar la referida intención de dañar (CNCiv., Sala G, marzo 12/1993, DJ, 1994-1-486).

La malicia es la conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación de peticiones exclusivamente destinadas a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o a retardar su decisión. Este tipo de conducta radica en la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto y el empleo de facultades que la ley otorga a las partes, en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe (CNCiv., Sala H, setiembre 9/1997, DJ, 1998-2-785).

Cuando resulta manifiesto el exceso en el ejercicio del derecho de defensa o evidente y manifiesto el propósito obstruccionista, el juez se encuentra plenamente facultado para sancionar la conducta contraria a los deberes de lealtad, probidad y buena fe procesal (CNCiv., Sala H, marzo 3/1999, in re: Sacchero, Guillermo E. c. Chou Chieng Hong y otro, DJ, 1999-3-693).

La actuación judicial que obstaculiza el curso normal del proceso, en cuanto importa litigar sin razón valedera, no puede ser ajena a quien tiene la dirección letrada, lo cual hace pasible al profesional de una sanción, en forma independiente o conjunta con su cliente -en el caso, el letrado estampó su firma en un escrito en el que las firmas de sus clientes habían sido falsificadas- (CNCiv., Sala H, marzo 3/1999, DJ, 1999-3-693).

Sujetos pasibles de sanción

Incumbe al letrado asesorar debidamente a quien patrocina mostrándole los puntos débiles de la defensa; por eso se ha sostenido que corresponde sancionar a las partes y a su letrado que ensayaron defensas infundadas y antinómicas, introduciendo así mismos obstáculos curialescos y ostensiblemente en caminados a dilatar el proceso y aplazar el dictado de la sentencia condenatoria (Cám.CC, San Isidro, Sala II 19/6/79, SPLL, 980-697, 490-SP).

No debe entenderse, sin embargo, que la prudencia y buena fe procesal que guarda el letrado en la defensa de los intereses de su parte, sea óbice para el pleno ejercicio de la función, y es legítimo un máximo esfuerzo para lograr el resultado favorable. En tal sentido la jurisprudencia decidió que no configuraba malicia la sola interposición de los recursos extraordinarios de nulidad e inaplicabilidad, máxime si el último de esos medios si el último de esos medios de impugnación versa sobre la interpretación de una norma que, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, no es clara y ha podido dar lugar a distintas opiniones.(SCBA 14/3,78, Ac 24.770 DJBA 114-241). Del espíritu de esta norma, surge que son sujetos pasibles de sanción la parte vencida misma o el letrado que interviene por ella en el pleito, sin determinar exclusividad o prelación alguna y debe tomarse en consideración para este juzgamiento de la conducta, la actitud personal observada en el proceso en cuanto obstruya o lesione el buen orden, la ética, el decoro y la normalidad en los juicios, lo que atañe y puede producirse tanto por el titular como por el letrado interviniente, siendo factible que la falta sea exclusivamente imputable al letrado. El juez tiene siempre la facultad privativa de determinar quien es el sujeto autor del obrar temerario o malicioso y, por consiguiente, pasible de multa.(SCBA, Ac. Y Sent., 1974, v. III, p.650).

Aunque se este frente a una litis temeraria o a una conducta procesal maliciosa, la legitimación para impedir que ellas se apliquen no pertenece a cualquiera que actúe en el proceso, sino solo aquel contra quien se promovió la demanda temeraria o fue perjudicado por las demoras temerarias en la conducta maliciosa. De lo contrario se configurara un enriquecimiento sin causa a favor de quien reclama las sanciones sin tener legitimación a esos efectos, ello sin perjuicio, claro esta, de que el juez aplique sanciones de oficio, pero esto hace a las facultades privativas del sentenciante.

Distinta podría haber sido la solución, si el art. 45 del Código Procesal dijera que las sanciones ingresaran a rentas generales-acordándole solo función moralizadora y no resarcitoria- pues en ese caso, si cualquiera de los que tuvieran legitimación para actuar en el proceso, la tendría también para solicitar la aplicación de sanciones por temeridad y malicia (C. 2ª, CC, La Plata, Sala II, causa B-40.877, reg. Int. 285/75).

El fin moralizador de la norma contenida en el art. 45 del Código Procesal es la de sancionar las actitudes obstruccionistas sin que ello pueda, válidamente, conducir o coartar el ejercicio del derecho de defensa. Ello importa admitir que la disposición tiende a reprimir a quien formula defensas o aseveraciones temerarias o abusa de los procedimientos creados para garantizar los principios de bilateralidad y defensa en juicio.(CNEsp.CC., Sala V, agosto 9/982, ED 102-373).

La malicia es la conducta procesal que se manifiesta mediante la formulación de peticiones exclusivamente destinadas a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o retardar su decisión (CNCom., Sala D, agosto 23/982, ED 103-437).

Para aplicar multa por temeridad o malicia, los propósitos obstruccionistas o dilatorios han de ser evidentes, manifiestos, de manera que no todo desconocimiento del derecho de la contraria ha de reputarse malicioso, siendo el pago de las costas la sanción habitual del litigante que ha promovido una demanda injusta.(CNCiv., Sala B, marzo 9/982, ED 100-388).

La temeridad y la malicia suponen una conducta nañosa y articulaciones de mala fe sin apoyo jurídico, fáctico, máxime si son reiteradas y no hay duda de que no obedecen a un simple error, a distintas posibilidades que brinda la jurisprudencia divergente sobre el punto o a nuevos enfoques, sino que trasuntan claramente dolo procesal (CNCiv., Sala M, marzo 24/997, La Ley, 1997-D, 39-638-S).

La procedencia de la sanción por temeridad y malicia requiere de la ausencia de fundamentos razonables, o bien una actuación retardatoria mediante la promoción de incidencias, planteos, recursos (CNCivCom. de Concepción Uruguay , diciembre 8/999, LL litoral, 2000-732).

La multa procesal pro temeridad o malicia solo es aplicable cuando una parte ha litigado ha sabiendas de su ausencia de razón o con falta de fundamentos que no pudo ignorar(CNCom., Sala C, abril 26/984, ED 109-656)

Es temeraria y maliciosa la conducta de quien inicio acción judicial conociendo o debiendo conocer la sinrazón de sus planteos actuando en consecuencia de mala fe ya que solo es comprensible que los litigantes recurran con lealtad a las exigencia del servicio de la justicia (CNCiv. Sala B, octubre 30/981, ED 98-162)

La aplicación de lo dispuesto en el artículo 45 del Código Procesal exige obrar con suma cautela para no afectar el legítimo derecho de defensa en juicio, y solo es viable cuando los propósitos obstruccionistas o dilatorios sean evidentes, manifiestos de manera que todo desconocimiento del derecho de la contraria ha de reputarse malicioso siendo el pago de las costas la sanción habitual al litigante que ha promovido una demanda injusta o se ha opuesto al progreso de una demanda justa (voto del Dr. Collazo- CNCiv., Sala B, octubre 13/981, ED 97-570).

La amplitud de apreciación resulta un criterio de invalorable prudencia para sancionar solo aquellos casos graves que transgredan los deberes de lealtad probidad y buena fe, impliquen manifestaciones injuriosas o provoquen una obstrucción deliberada o reiterada al curso del proceso (CNCiv., Sala G mayo 13/9/84, ED 112-449).

Así, la sola circunstancia de defensas finalmente desestimadas no puede llevar a la aplicación automática de sanciones (CNCom., Sala B, setiembre 26/984, ED 112-547).

Ante la duda razonable respecto de la configuración de la temeridad o malicia, debe optarse por la amplitud de defensa, recordando que el juez esta obligado a proceder con cautela, porque al vencido ya se le aplican las costas (CNCiv., Sala D, agosto 18/983, ED 107-637).

Es discrecional para el juzgador evaluar si la conducta de la parte se ha hecho pasible de la calificación de temeridad o maliciosa, para lo cual es menester proceder con suma prudencia y tener presente que la imposición de sanciones no puede obedecer al solo hecho de que las acciones y defensas hayan sido finalmente desestimadas, ni siquiera a que las pretensiones carezcan de sustento jurídico, dado que ello significaría coartar la garantía constitucional de defensa en juicio, que debe se celosamente preservada. (CNCiv., Sala D, agosto18/983, ED 107-637)

Así tiene dicho la jurisprudencia que en los siguientes casos no se configura la conducta del art. 45, cuando la actividad procesal de la parte recurrente se limita a alegaciones que, si bien ineptas para modificar lo resuelto en la instancia originaria, no revelan propósito doloso ni meramente obstruccionista. Se requiere, pues, conciencia de la propia sinrazón, que debe apreciarse con suma prudencia para no coartar el derecho de defensa. (CNCiv., Sala G, agosto 4/986, Massacessi, Horacio A. C/ Municipalidad de la ciudad de Bs.As.).

Las medidas sancionatorias por presunta malicia o dilaciones procesales deben aplicarse con criterio restrictivo para que, al pretender remediar supuestos excesos en la defensa, no se conspire contra la plenitud de su ejercicio. (CNCiv., Sala C, setiembre 14/982, ED 102-669).

Si la actitud asumida por la parte, lejos de resultar obstruccionista o dilatoria, aparece como negligente, volviéndose con ello perjudicial para sí, no es acreedora de la sanción del art. 45 del Código Procesal (CNEsp. CC., Sala V, agosto 9/982, ED 102-373).

La sola circunstancia de que una de las partes no acreditara la verdad de su posición por medio de la producción de pruebas, no puede sustentar la imposición de la sanción del art. 45 del Código Procesal (CNEsp. CC., Sala V, agosto 9/982, ED 102-373.)

La actuación en el proceso según los deberes de lealtad, probidad y buena fe tiene como contrapartida la temeridad y malicia, cuando se actúa sin medir las consecuencias, con el objeto de causar un perjuicio. Así se ha calificado temerario al litigante inconsiderado, imprudente carente de fundamento, razón o motivo (CNCiv., Sala H, junio 6/997, La Ley 1998-B, 928).

La ausencia de temeridad o de malicia deja sin sustento la imposición de sanciones disciplinarias, que no pueden tener como único fundamento la discrecionalidad del órgano con facultades para sancionar.(CS., agosto 20/996, La Ley, 1996-E, 533).

Es improcedente la sanción por temeridad y malicia (arts. 31, inc. 5 y 42, Código Procesal de la Provincia de Entre Ríos) si no media una conducta deliberadamente maliciosa - en el caso, el actor práctico liquidación por una suma mayor a la debida por el demandado- que la justifique (CApel. Concepción del Uruguay, Sala Civil y Com., Junio 3/2000, La Ley Litoral, 2000-1361).

La sola deducción de una demanda que en definitiva no prospera, si su trámite no revela conciencia de la propia sinrazón y se circunscribe a ejercitar lo que el actor cree su derecho, no es suficiente para configurar una conducta temeraria o maliciosa (CNCiv., Sala G, marzo 22/996, La Ley, 1994-D, 459).

Dado que la falta de conocimientos médicos del abogado bien pudo llevar a creer que su cliente padecía de otras afecciones no puede reprochársele conducta maliciosa ni plus petición inexcusable, si en su demanda manifestó que la determinación final de la incapacidad surgirá de la pericia a realizarse en autos (TSCordoba, Sala Laboral, marzo 30/994, LLC, 1994-706).

Dirección letrada. Casos

La crítica atinente a la posibilidad de revisar la procedencia de la sanción procesal a quien ha retardado en producir un informe requerido mediante la prueba correspondiente, remite a cuestiones de derecho procesal, ajenas como principio, a la instancia extraordinaria federal (CS, febrero 27/990, DJ, 1990-2-241).

Procedencia de las sanciones

En el juicio ejecutivo, los principios del art. 45 del Cód. Procesal se complementan con la previsión del art. 551 del mismo ordenamiento, que comprende no sólo la conducta temeraria y maliciosa pues, además, establece sanción para quien obstruya el curso normal del proceso

con articulaciones manifiestamente improcedentes o, de cualquier manera, demore injustificadamente el trámite (CNCiv., Sala A, setiembre 9/996, DJ, 1996-2-1387).

La insistencia en mantener el debate sobre cuestiones que el propio recurrente ha admitido como imponibles en los juicios ejecutivos y con prescindencia de la insignificancia o no de la demora que tal actitud haya irrogado al trámite del proceso, importa deliberado propósito de dilatar innecesariamente el procedimiento, con la consiguiente subsunción de la situación en la previsión normativa del art. 558 del Cód. Procesal (CNCCom., Sala C, mayo 4/990, in re: Semikian c. Córdoba, DJ, 1991-1-505).

Los fines del art. 45 del Cód. Procesal son moralizadores pues, por su medio, se procura sancionar a quien formula defensas o afirmaciones temerarias, sabedor de su falta de razón, utilizando las potestades legales con una finalidad obstruccionista y dilatoria (CNCiv., Sala A, setiembre 9/996, DJ, 1996-2-1387).

Los principios contenidos en el art. 45 del Cód. Procesal se complementan, en el proceso ejecutivo, con la previsión del art. 551 del mismo ordenamiento, que comprende no sólo a la conducta temeraria o maliciosa, sino que, además, sanciona a quien obstruye el curso normal del proceso con articulaciones manifiestamente improcedentes o, de cualquier manera, demora injustificadamente el trámite. A su vez, se establece idéntica previsión en el art. 594, cuando el ejecutado dilata innecesariamente el cumplimiento de la sentencia de remate (CNCiv., Sala A, abril 29/997, in re: Emprendimiento Recoleta S.A. c. Muñiz, Gladys E. y otro, DJ, 1997-2-856, SJ. 1380).

El art. 45 del Cód. Procesal sanciona a la parte vencida o a su letrado patrocinante cuando hubieren incurrido en la denominada conducta procesal genérica, consistente en el proceder contrario a los deberes de lealtad, probidad y buena fe, manifestado en forma persistente durante el transcurso del proceso judicial. Así, sus fines son moralizadores, pues se procura sancionar a quien formula defensas o afirmaciones temerarias, sabedor de su falta de razón, utilizando las potestades legales con un fin obstruccionista y dilatorio (CNCiv., Sala A, abril 29/997, in re: Emprendimiento Recoleta S.A. c. Muñiz, Gladys E. y otro, DJ, 1997-2-856, SJ. 1380).

Cuando el juez debe sancionar el hecho de litigar sin motivo, debe analizar con amplitud la conducta del litigante, pues si bien es su deber sancionar aquella conducta que deba reputarse maliciosa o temeraria, ello debe hacerse sin coartarse el ejercicio de la defensa en juicio (CNCiv., Sala J, noviembre 5/998, in re: Philips Argentina S.A. de Lámparas Eléctricas y Radio c. Municipalidad de Buenos Aires, DJ, 1999-2-560).

Improcedencia de las sanciones

Si el Código Procesal autoriza la notificación por edictos con el solo 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 si se trata de la citación del demandado, acto de trascendental importancia en el proceso, desde que guarda estrecha vinculación con la garantía constitucional de la defensa en juicio (CS, marzo 2/993, in re: Schneider, Guillermo y otros c. Schneider, Friedrich W., DJ, 1993-2-145).

El pronunciamiento que aplica una medida disciplinaria ante la existencia de conductas que no configuran temeridad o malicia carece de fundamentación suficiente y constituye una seria ofensa a la garantía de defensa en juicio, pues implica un reproche por el solo hecho de litigar, insuficiente como fundamento de la sanción impugnada (CS, agosto 20/996, DJ, 1997-1-214).

La ausencia de temeridad o de malicia deja sin sustento la imposición de sanciones disciplinarias, que no pueden tener como único fundamento la discrecionalidad del órgano con facultades para sancionar (CS, agosto 20/996, DJ, 1997-1-214).

No constituyen temeridad o malicia la simple negativa de un hecho luego comprobado en el juicio o la mera articulación de defensas luego rechazadas, en la medida en que no importen un deliberado retraso del trámite de la causa o una consciente resistencia a pretensiones en las que se advertía una clara sinrazón (CNCiv., Sala E, octubre 14/997, DJ, 1998-2-626).

La aplicación del art. 45 del Cód. Procesal está subordinada a la sentencia que en forma definitiva declara o reconoce, incluso parcialmente, el derecho de la parte vencedora. En todo otro supuesto, tal como la transacción, no corresponde la aplicación de la multa en cuestión (CNCiv., Sala H, setiembre 9/997, DJ, 1998-2-785).

Dado que el art. 45 del Cód. Procesal se refiere a la conducta asumida en el juicio por quien lo pierde total o parcialmente, corresponde pronunciarse sobre la procedencia de la multa en el último momento, es decir, cuando se cuenta con la visión completa, no sólo del resultado final de las pretensiones, sino también de lo sucedido a lo largo de la tramitación. Ello, pues tal es la mejor oportunidad para realizar una valoración acertada y, asimismo cuando se conoce quién es el vencido, requisito que torna procedente la sanción (CNCiv., Sala H, setiembre 9/997, DJ, 1998-2-785).

La calificación de la conducta del litigante que implica aplicar el art. 45 del Cód. Procesal es una facultad privativa del juez, razón por la cual no se le puede obligar "ab initio" en ese sentido, como resultaría de aplicar el art. 12 de la ley 24.573 de mediación, en el caso de ejecución del acuerdo (CNCiv., Sala H, setiembre 9/997, in re: S., E. A. c. Consorcio de Propietarios Ruiz Huidobro 3657/67, DJ, 1998-2-785).

La inconducta profesional del abogado que justifica la imposición de sanciones debe ser realmente grave, pues no puede llevarse su responsabilidad al límite de hacerlo cargar con toda falta de veracidad de su patrocinado. Tampoco basta una mala interpretación de la prueba o las impugnaciones del criterio judicial encuadradas dentro del límite de la defensa de patrocinio (CNCiv., Sala H, setiembre 9/997, DJ, 1998-2-785).

Para la procedencia de la multa prevista por el art. 45 del Cód. Procesal no basta que una o varias pretensiones sean desestimadas o que un incidente sea declarado improcedente, pues las normas que castigan la inconducta procesal están destinadas a los casos de real gravedad en los que el obrar revela un propósito indudablemente malicioso. De lo contrario, se afectaría la garantía de defensa en juicio (CNCiv., Sala H, setiembre 9/997, DJ, 1998-2-785).

Hechos de demora justificados

La dilación innecesaria prevista en el art. 594 del Cód. Procesal no se configura si la dilación en el cumplimiento de la sentencia de remate no se debió a la conducta de la ejecutada, pese a la manifiesta inadmisibilidad de su recurso de apelación, sino a la frustración de la subasta (CNCiv., Sala A, Noviembre 28/995, in re: Gabrielli, Mario y otros c. Parrado, María E. y otro, DJ, 1996-2-492).

No compromete la conducta profesional del letrado que su cliente, que actuó por derecho propio y a quien él solamente patrocinó, haya afirmado hechos que hacían a su defensa y que luego no se ocupó de acreditar (CNCiv., Sala C, febrero 8/990, DJ, 1990-2-820).

Los letrados tienen a su cargo evitar que las partes incurran, bajo su conducción y patrocinio, en el abuso de jurisdicción que significa la injustificada dilación del trámite (CNCiv., Sala F, marzo 30/990, in re: Erlich, Darío O. c. Bustos, Carlos D., DJ, 1991-1-463).

Defensas o excepciones

La sola deducción de defensas que no prosperan, o de recursos que en definitiva no son admitidos, no es configurativa de la conducta procesal temeraria y maliciosa asumida en el pleito prevista en el art. 45 Cód. Procesal Civil y Comercial (CNCiv., Sala A, marzo 13/998, in re: Banco Credit Lyonnais c. Cohen, Salvador L., DJ, 1999-1-1050, SJ.1683).

La sola interposición de un recurso de apelación que se desestima no resulta suficiente para configurar la inconducta procesal prevista en el art. 45 del Cód. Procesal (CNCiv., Sala A, abril 7/998, DJ, 1998-3-585).

Si bien el contribuyente, por el mero hecho de pagar sus tasas y contribuciones, tiene derecho a un correcto sistema de control de sus pagos para evitar infundados reclamos

judiciales o administrativos, ello no es suficiente para imponer a la ejecutante la multa del art. 45 del Cód. Procesal si la actuación del órgano jurisdiccional resultó necesaria para permitir la ejecución fiscal por el período impago (CNCiv., Sala H, agosto 13/997, in re: Municipalidad de Buenos Aires c. Lavacoy, Roberto C., DJ, 1998-2-785).

La falta de producción de una prueba o la existencia de pruebas adversas al derecho de la parte configuran contingencias propias de toda contienda judicial, susceptibles de causar su derrota, mas ello es inidóneo para aparejar la aplicación al vencido de una sanción adicional a favor de su contraria, máxime cuando del examen del expediente surge la existencia de dificultades en la realización de la prueba (CNCom., Sala C, febrero 13/998, in re: Federación Argentina de Comunidades Terapéuticas A.C. c. Organización Coordinadora Argentina, DJ, 1998-2-1005).

Potestades sancionatorias del Colegio profesional

No existe incompatibilidad alguna entre las facultades sancionatorias de los jueces y las que corresponden al Colegio de Abogados sobre sus matriculados, aunque ambos pueden referirse al obrar en juicio, pues las disposiciones de la ley 23.187 no derogaron las facultades disciplinarias que reconocen a los jueces los ordenamientos procesales y el decreto 1285/58 (CNCiv., Sala E, diciembre 16/996, in re: Steinmuller, Gabriela c. Palais, León, DJ, 1999-2-362, SJ. 1711).

El art. 43 de la ley 23.187 establece que las facultades del Tribunal de Disciplina del Colegio Público de Abogados para sancionar a los profesionales son independientes de cualquier responsabilidad civil, penal o administrativa. Asimismo, la posterior ley 24.289 prevé la facultad sancionatoria de los jueces a los profesionales (CNCiv., Sala M, marzo 24/997, DJ, 1998-3 1084, SJ. 1596).

El proferir un insulto en contra de un colega es conducta violatoria del art. 14 del Cód. de Etica, en cuanto éste impone "abstenerse de expresiones indebidas o injuriosas respecto de sus colegas", sancionable en función de los arts. 25 y 28 del mismo Cód. y del 45 de la ley 23.187. (Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados), sala I, Abril 17/990, DJ, 1991-1-313).

Si bien la libertad y la dignidad de la profesión (art. 1º, ley 23.187 y art. 5º, Cód. de Etica) se verían menoscabadas o restringidas ilegalmente si se privase al abogado de ejercer, con independencia del criterio de sus pares y dentro de los límites de la razonabilidad, la decisión sobre el mejor modo de encarar y conducir la actividad procesal y extraprocesal que le es encomendada, no es ajeno a la función del Tribunal de Disciplina expedirse sobre la conveniencia y eficacia de los actos procesales y demás diligencias cumplidas cuando se evidencia en éstos una actividad no idónea (CNFedContenciosoadministrativo, Sala II, febrero 6/992, DJ, 1992-2-345).

Aun de considerarse repudiable la actitud de un abogado que insulta a otro, no parece que la infracción sea de "trascendental importancia" para el correcto ejercicio de la abogacía como para considerarla falta "grave" en el concepto del Código de Etica, aunque así pueda estimarse en un concepto social (Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados, sala I, abril 17/990, DJ, 1991-1-313).

No corresponde revocar la sanción disciplinaria aplicada al abogado por ineptitud profesional, a raíz de su persistencia en recusar a los jueces de la Corte Suprema por causas no comprendidas en las normas procesales y plantear con tal fundamento reiterados pedidos improcedentes de reposición y nulidad (CNFedContenciosoadministrativo, Sala III, julio 31/990, DJ, 1991-1-239).

El letrado matriculado queda facultado a pedir la protección jurisdiccional del Estado si la sanción impuesta por el Tribunal de Disciplina puede producir una lesión en los derechos subjetivos de aquél, habilitando a los jueces para valorar si se han respetado durante la sustanciación del los principios y procedimientos establecidos en la reglamentación vigente y, por ende, si la sanción ha sido aplicada de acuerdo a derecho (CNFedContenciosoadministrativo, Sala IV, marzo 9/998, in re: M. O., L. y otro c. Colegio Público de Abogados de la Capital Federal, DJ, 1999-3-402).

Bibliografía

Arazi, Roland – Fenochietto, Carlos E., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1983.

Cabanellas, Guillermo, *Diccionario de derecho usual*, tomo III, editorial, Viracocha, Buenos Aires, 1954.

Carnelutti, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II, traducción de Alcalá Zamora y Castillo y Sentís Melendo; editorial Ejea, Buenos Aires, 1944.

Colombo, Carlos, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969.

Couture, Eduardo J., *Fundamentos del derecho procesal civil*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1987.

Chiovenda, José, *Principios de derecho procesal civil*, tomo II, traducción de José Casais y Santaló, editorial Reus, Madrid, 1977.

De Castro Filho, "Jornadas Latinoamericanas de Derecho Procesal", organizadas por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de Montevideo (1957) (vide: Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales", Uruguay, 1958, nº 1, p. 90)

Hitters Juan Carlos, *La litis temeraria y la conducta maliciosa*, revista JUS nº 11/12 editorial Platense, 1968.

Morello, Augusto Mario, *La litis temeraria y la conducta maliciosa en el nuevo Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Jurisprudencia Argentina, 1967-VII, sección doctrina, 904 y ss.

Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, tomo III, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979.

Sentís Melendo, Santiago, *Comentario sobre el anteproyecto Buzaid*, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, nº 14 - 228.

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

Vigo, Rodolfo Luis, *Ética del abogado. Conducta procesal indebida*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979.

Capítulo VI

LOS DEBERES DE LEALTAD Y PROBIDAD

1. Caracterización

Los deberes de lealtad y probidad en el proceso son manifestaciones del principio de buena fe.

Constituyen expresiones de la conducta que se dan en el campo de los hechos, por eso su consideración es objetiva.

Responden a estándares jurídicos y su valoración depende, con mayor o menos rigor, del momento en que se producen en el proceso, y del tiempo cuando el Juez atiende ese comportamiento.

La buena fe comprende la lealtad y la probidad con lo cual *ab initio* advertimos el error de señalar los deberes de comportarse conforme a aquéllos cuando la regla es el principio de moralidad.

Ocurre que la conducta leal y honesta cumplida en el curso de las actuaciones procesales supone la transferencia de “evidencias” de conductas o actitudes, que como tales, se valoran en conjunto para resolver la calidad del comportamiento.

Obviamente, dice Silveira, dicha actitud contiene un elemento objetivo que sirve de base a la conciencia individual, pero que es variable con las exigencias sociales y mutable de acuerdo a la relación jurídica que se entabla. Si recordamos que la buena fe en el derecho es una integración compleja de elementos ético-sociales, advertiremos que, en el proceso, el primer elemento atañe a la buena intención que acompaña la conducta leal, honesta; en tanto el segundo, se compone de elementos accesorios que dependen de política y técnica jurídica.

En opinión de Sagüés, tanto en la lealtad como en la probidad, lo esencial es la consideración del componente volitivo, por eso puede definirse su concreción como un estado del espíritu o, más bien, como una actitud psicológica de actuar correcta y honestamente, aún mediando error o ignorancia, sin dolo, con buena disposición y de acuerdo a normatividad y usos vigentes.

2. El comportamiento procesal conforme los deberes señalados

Concebido el proceso como una lucha entre partes, resulta atendible considerar que este enfrentamiento debe guardar ciertos límites de compostura.

El paso del tiempo ha permitido observar una transformación en el proceso.

Acentuado en una primera época el principio dispositivo, la habilidad, la astucia, la disposición oratoria, la aptitud de tolerancia, etc., constituían presencias inevitables en la litis la que, a la postre, encontraba vencedor a

quien hubiera hecho gala de mayor destreza; claro está, muchas veces a costa de la inmaculación del proceso y amparado por una estrategia compleja donde la verdad quedaba solapada.

En opinión de Augusto Morello, esa libertad de acción de las partes para sostener sus respectivas afirmaciones, no obstante, no toleraba un ataque directo a la buena fe, la ética o el empleo deliberado del dolo o 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 del Juez como director de la controversia y en la solidaridad de las partes para litigar con razones y de buena fe. Por eso, 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 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.

Silveira destaca que la buena fe puede ser entendida como la convicción o conciencia de no perjudicar a otro. Pero esta noción ético-social transportada a la esfera jurídica no puede dejar de conectarse íntimamente a su nuevo objeto: al mandato jurídico. Esto significaría que esa convicción o conciencia de no perjudicar tendrá por objeto, no solamente las personas individualmente consideradas, sino también las instituciones jurídicas que tienen por base una idea directriz fundamental orientada para el bien común. Así por ejemplo, en el matrimonio putativo, la buena fe podrá ser configurada como la convicción de practicar un acto legalmente válido.

Partamos entonces de una base: la buena fe se presume en todos los actos de los hombres.

La presunción es *juris tantum* y se asienta en que la *bona fides* alude a un estilo moral de la persona que le recuerda la palabra empeñada y la hace fiel a los compromisos adquiridos, representando el espíritu de recíproca lealtad y positivo respeto a los intereses ajenos que es costumbre observar, y legítimo esperar, en las relaciones entre hombres de honor.

Por eso decimos que la buena fe no es ya un puro elemento de un supuesto de hecho normativo, sino que engendra una norma jurídica completa, que además se eleva a la categoría de principio general de derecho.

En suma, recíproca confianza y actuación conforme a la firme convicción de obrar asistido de derecho implican las razones en que se sustentan la presunción de buena fe.

Pero la concreción en los hechos de la voluntad de obrar honestamente y la creencia en el propio derecho, pueden incurrir en desvíos que conmueven el criterio mencionado. Es entonces cuando la buena fe se encuentra

vulnerada: sea por error, dolo, fraude, conducta deshonestas; abuso de derecho; retaceos desleales, etc.

De los Mozos y González Pérez expresan que estas aplicaciones tipificadas suministran criterios objetivos para configurar la actuación del principio contrario a la buena fe y, en el ámbito del proceso, pueden importar agravios a la lealtad y probidad exigida.

Corresponde al Juez la calificación del acto, para lo cual debe apelar a su sensibilidad social y a su obligación de atribuir a las acciones de los justiciables el verdadero sentido que los anima dentro del concepto de solidaridad que debe presidir la conducta humana.

El magistrado asume función de intérprete y debe preocuparse de ver cómo entiende el común de la gente una determinada conducta, ya consista ésta en pronunciar palabras, ya en ejecutar ciertos actos, ya en guardar silencio. Su misión es observar qué sentido se atribuye al negocio de que se trate, y la intelección permitirá arribar a una justa composición.

En opinión de Morello, Sosa y Berizonce, es bueno recordar al efecto que las misiones del abogado y del juez moderno son cada vez más complicadas. Difícilmente ninguna decisión importante pueda hacerse sin una cuidadosa evaluación de los valores e intereses antagónicos que se hallan en juego. Es imposible alcanzar un conocimiento infalible o una respuesta cierta para todos los problemas jurídicos. Lo que importa es la percepción de los problemas de la sociedad contemporánea y la aceptación del peso de las decisiones que ninguna suma de conocimientos técnicos puede quitarnos de encima.

Volvamos al inicio; la buena fe importa aseverar el principio de la conducta procesal honesta.

Coincidiendo con una cita de Da Cunha hecha por Silveira, la honestidad puede asimilarse a la lealtad en el ámbito del proceso, pero constituye sólo una parte pues aquélla representa la definitiva sedimentación doctrinal, en una forma sintética y consagrada, de todo un conjunto de nociones, de prescripciones y de aspiraciones jurídicas –más o menos difusas y dispersas en el sistema legal, pero siempre vivas o incontestables- que la jurisprudencia y la doctrina desde hace tiempo tienen acogido y sancionado como otras tantas manifestaciones de una necesidad colectiva fundamental.

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.

En definitiva, 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.

En la actualidad, desde los estudios de Peyrano en adelante, se viene fogueando con gran fervor y suficientes fundamentos como para darles razón, la idea de encontrar un nuevo principio procesal que, sin derivar del de "moralidad", pero vinculado con el mismo, se posiciona en el análisis del abuso del proceso. La premisa de evitar comportamientos deshonestos o sin lealtad hacia la parte contraria se

observan desde la dinámica funcional conforme al cual sería abusiva la conducta -más allá de toda injerencia de un proceder culposo o doloso- cuando se desvía del fin que le asigna el ordenamiento, siempre y cuando dicha desviación haya causado un "daño procesal"

3. Actuaciones contrarias a la buena fe

De lo que venimos diciendo se desprende que la tésis del principio de buena fe radica en afirmar la conducta procesal idónea mentada en el obrar con lealtad y probidad.

La problemática pretende encontrar una caracterización más o menos flexible de los grupos de actitudes –individuales o colectivas- que muestran la inconducta, para lo cual es menester cultivar la prudencia judicial como elemento gravitante, núcleo de cualquier definición.

Este llamado a la prudencia permanente y discreción de los jueces, no puede ser único si no se lo complementa con la exigencia de la responsabilidad profesional del abogado.

La jurisprudencia ha dicho que una actuación contraria a la buena fe se puede observar en cualquier conducta del proceso. Así como el legislador es soberano en la sanción de la ley, el juez no lo es menos en la apreciación y valoración de los hechos y si éste no puede, en principio, juzgar de la equidad de la ley, no sólo puede sino que debe juzgar con equidad en los casos particulares sometidos a su decisión. De lo contrario, aplicar la ley se convertiría en una tarea mecánica, reñida con la naturaleza del mismo derecho (ED 96-766).

En la relación procesal todo legitimado tiene un deber primario que observar: *la realización de la justicia*. En el camino al resultado final, los deberes y obligaciones, las facultades y cargas imponen determinadas calidades de comportamiento, cuya exigencia será mayor cuanto más importante sea el interés general que conlleva el proceso. Por ejemplo, son de distinta entidad (prioridad social) los juicios en que se debaten cuestiones familiares (filiación, divorcio, etc.) respecto de aquéllos en que la controversia es patrimonial.

Olvidar el fin social que cumple la justicia supone la contradicción del hombre a su propio espíritu. Razonabilidad y moderación en las exigencias parece ser el punto de equilibrio exacto, hoy representado ese justo medio en el agregado inciso 5º al artículo 163 del código procesal.

La ley 22.434 resuelve el agregado en estos términos: "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". De todos modos, como dice Colombo memorando un pronunciamiento de la Corte Nacional, si no queremos construir un derecho procesal con olvido de la sabia sentencia que recordó que las leyes no se hacen para santos, mártires o héroes, no podemos cerrar los ojos a la realidad, que no siempre nos ofrece un debate judicial desarrollado con altura académica. Sin magnificar la cuestión no podemos comprender cómo alguna oposición a las sanciones que el Código Procesal contiene, aunque inspirada en loables propósitos, descuida la perniciosa incidencia que la inconducta procesal puede ejercer

para malograr la satisfacción jurídica que el litigante de buena fe procura a través del proceso.

Conforme los lineamientos trazados, que asientan las bases para una interpretación armónica, pensamos que la buena fe sirve de camino para conseguir un comportamiento en el proceso que no se aparte de la actitud honesta y recta.

El principio general de la buena fe, cuando se aplica al litigio, tiene un matiz que lo diferencia, sobre todo, en el aspecto vinculado a la confianza. Quizás, precisamente, porque el proceso surge como una etapa patológica de la relación humana, y su término de enlace, puntualmente es el contrario: la desconfianza.

Dicho en otros términos, el principio general de la buena fe juega, en el orden de las relaciones humanas, como el elemento esperado en otra persona, es decir, su conducta leal, honesta y estimada.

En gran medida, el eje de la gravitación moral se desplaza a los deberes de lealtad y probidad que se exigen para defender las respectivas posiciones de un pleito.

Aquí la confianza -dice Silveira-, asume la calidad de "forma de actuación", de modo tal que la buena fe, esa noción fundamental que los romanos concebían como un sentimiento e íntimo convencimiento de lealtad, honestidad y justicia de la propia conducta, ha de actuar activamente en el cuadro de las relaciones jurídicas procesales, moldeando la estructura y la mecánica de las mismas, inspirando y animando su funcionamiento.

Además la confianza, o sentido de cooperación procesal, intima la relación entre la exigencia de recabar el deber moral y la obligación de actuar con veracidad.

Desde un punto de vista formal, pueden encontrarse distintas manifestaciones de la actuación contraria al principio de buena fe

1º) *con 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

2º) *en el proceso:*

- litis temeraria
- litis maliciosa
- obrar en contra de conducta anterior
- creación artera de situaciones procesales (engaño procesal)

conducta negligente
proceder dilatorio
mentira procesal
ocultamiento de hechos o pruebas
faltas a la ética
cosa juzgada fraudulenta

En cuanto a los deberes de lealtad y probidad que debe guardar el abogado en su actuación profesional, es importante rescatar distintos aspectos éticos que conforman un cuadro de diferentes consecuencias respecto de la actuación contraria a la buena fe. V.gr.:

- 1) el cliente de mala fe
- 2) el aporte de material probatorio cierto
- 3) la dignidad y el decoro profesional
- 4) los principios de diligencia, corrección y desinterés
- 5) los principios de información y reserva
- 6) la actuación leal y honesta
- 7) el deber de fidelidad
- 8) las relaciones con la magistratura

A cada uno de estos referentes dedicaremos oportuna atención.

4. El fundamento de los deberes de lealtad y probidad

El cumplimiento del principio moral es el objetivo al que debe responder el comportamiento con lealtad y probidad. Este es un fin genérico, omnicompreensivo, 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, dicen tanto Calamandrei como Montero Aroca, la justicia aparece como un servicio público que no puede ser vulnerado por el exceso de las partes a través del abuso procedimental. Ambos términos ponen de relieve, nuevamente, el contacto entre el derecho y la moral.

Pero estas coincidencias no surgen naturales; más bien aparecen como 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 que la relación entre derecho y moral supone un entrelazamiento entre el derecho “correcto” y la moral “correcta”. La lealtad y la probidad son propiciadas por el poder estatal a punto tal que obtienen una suerte de institucionalización y se convierten en un deber externo, indiferente al sentir interno del individuo que puede o no conformarse al principio.

Si la parte incurre en comportamientos desleales, el fundamento moral corre el riesgo de perderse, si no cuenta con elementos coactivos que lo impongan.

En este juego dialéctico entre lo bueno y lo malo, lo correcto y lo incorrecto, lo moralmente exigible y lo socialmente repudiable existe una franja muy extensa de situaciones híbridas que sólo el juez puede ponderar y calificar según su ciencia y conciencia.

Quizás sea este aspecto el que mayor trascendencia adquiriera, 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 y es por eso que otros deberes 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.

Dice Theodor Geiger que “...en la realidad predomina una confusión moral y derecho, tanto a nivel general como de grupo. De esta manera la moral misma se vuelve inadecuada para la regulación de las relaciones interhumanas. ¿Cómo puede constituir entonces el fundamento del orden jurídico? La moral general que supuestamente constituye un núcleo común en las morales autónomas de los individuos, resulta ser una ficción. Ciertamente, la mayoría está de acuerdo en que el homicidio y el robo son inmorales. Pero, en primer lugar, esto no es suficiente para basar sobre ello un orden jurídico. La legislación tiene que ordenar un número considerable de otras cosas con respecto a las cuales los juicios morales distan mucho de ser coincidentes. En segundo lugar, existe también divergencia de opinión acerca de cuándo la muerte de otra persona es homicidio, y cuándo es robo, la apropiación de un objeto que pertenece a otro. En todo caso, el orden jurídico existente contiene prescripciones que directamente contradicen las concepciones morales de grupos amplios o pequeños... A pesar de todos estos hechos, la filosofía y la teoría del derecho, por una parte y los órganos de aplicación del derecho, por otra, pretenden que el contenido del derecho positivo es objeto de un deber moral y que lo antijurídico en lo injusto es un sentido moral. Las normas jurídicas positivas se presentan pues como una moral jurídica “oficial” que desplaza a las concepciones morales divergentes de los individuos. Una consecuencia de este tipo es coherente en la medida en que el poder estatal en su totalidad adopte una posición dogmática-unitaria y condene a todas las formas de pensar divergentes. Sin embargo carece de todo sentido si se la coloca al lado del reconocimiento de la autonomía de la conciencia y de la libertad de pensamiento y de la protección de estas libertades en tanto bien jurídico...”.

5. El principio deontológico de probidad

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

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

Dice el artículo 1º de las Normas de Ética Profesional: *“El abogado debe tener presente que es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración; que su conducta ha de estar caracterizada por la probidad y la lealtad..”*. Por su parte el artículo 4º nº 9 del Código Deontológico forense de Palermo, reza textualmente: *“En todo acto profesional, el abogado debe comportarse según conciencia, pero también de modo tal que su corrección pueda aparecer en tutela de su honorabilidad y de la clase a la que pertenece”*.

Estas disposiciones constituyen –a guisa de ejemplo- el resguardo preventivo al cumplimiento ético, y su transgresión distingue diferentes posibilidades de sanción de acuerdo a la gravedad de la conducta reñida con el principio de probidad (V.gr.: correcciones disciplinarias como apercibimiento o multas), o sanciones específicas por actuar con temeridad y malicia que reconocen también distintas gradaciones (culpa, dolo, fraude, etc.).

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

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

Como dice Lega, constituyen 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 estos comportamientos desdorosos reflejan la calidad profesional.

Conforme lo expresan Morello y Berizonce, con criterio finalista, podría significarse 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 tan sólo en forma directa e inmediata esos valores, ya que es primordial y relevante el escarnio que se hace de los derechos del contrario.

La magnitud de la incorrección puede derivar en consecuencias penales, por ejemplo, si se trata de la falta contra la dignidad y decoro de la justicia que, además de la ofensa al magistrado puede constituir desacato.

6. El principio deontológico de lealtad

Desde este punto de vista (naturaleza y fin del principio), la lealtad puede asumirse como una regla de costumbre que no tiene sanción jurídica fuera del proceso, pero sí una grave reprimenda ética, relevante, de desestima y reprobación de la mayoría de los miembros de la colectividad, respeto de quienes no observan tales reglas.

En tanto, para una interpretación político-jurídica, el deber de lealtad impone aseverar la cooperación y solidaridad que alienta el sentido publicístico del proceso.

Conforme lo expresa Lega, en uno y otro caso, la consideración se refiere a todos los comportamientos que el abogado suele tener en sus relaciones intersubjetivas y que tienen un cierto nexo con el ejercicio profesional, en armonía con el sentimiento de autorresponsabilidad que resulta del deber de mantener la palabra dada, de obrar abiertamente, sin tortuosidades o equívocos, honestamente y respetando las reglas del juego (fair play).

Nos interesa observar el desenvolvimiento de este principio en el proceso. El comportamiento desleal tiene múltiples manifestaciones que operan desde el fraude hasta el simple equívoco (error inintencional).

Según Silveira, por lo general, la deslealtad se apareja con la mentira procesal, aunque se pueda mentir para un fin bueno sin llamar desleal sino a quien miente en perjuicio ajeno.

Como en el deber de probidad, la violación a la lealtad puede originar consecuencias penales (fraude procesal, desobediencia procesal fraudulenta, estafa procesal, etc.).

El problema de la lealtad está íntegramente vinculado también al de la responsabilidad procesal, y la violación al deber en cita, importa una consecuencia agravada.

Couture ha distinguido cuatro grados de responsabilidad: 1) responsabilidad procesal propiamente dicha, que es la condena al pago de los gastos del juicio; 2) responsabilidad civil del litigante malicioso cuyo acto ilícito se proyecta más allá del proceso mismo; 3) responsabilidad por el litigio fraudulento, que alcanza al orden penal; 4) responsabilidad administrativa de los profesionales que actúan en el litigio.

En suma, la habilidad y la astucia con que compone el marco de exposición y/o defensa un abogado, son valores que deben prestarse a ponderación cuando constituyen virtudes propias de la destreza en la utilización de los mecanismos procesales.

Para Palacio, la conducta de la parte deja de ser la manifestación de su propia habilidad o capacidad de defensa, cuando coloca a la otra en la necesidad de sufrir una pérdida inútil de tiempo, o de desplegar una actividad superflua y onerosa; aquí la cooperación procesal pierde su sentido axiológico positivo y desaparece, por lo tanto, la base que brinda sustento al deber de lealtad... ya que éste no se compadece con la conducta disgregante de una de las partes.

La Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, en reiterados fallos ha dicho: "Cuando la conducta desplegada por el abogado deja de ser una manifestación de la capacidad de defensa y coloca al contendiente en la necesidad de sufrir un dispendio de

tiempo inútil y oneroso, se violan los deberes de lealtad y buena fe procesal configurándose el supuesto de temeridad, que surge frente a la conciencia de la propia sinrazón, elemento subjetivo de la parte que deduce pretensiones o defensas con argumentos jurídicos poco serios cuya injusticia y falta de fundamento, elemento objetivo, no pueden ignorarse de acuerdo con una mínima pauta de razonabilidad”.

7. Orientación e interpretación jurisprudencial

7.1 Objeto de las sanciones procesales

El art. 45 del Cód. Procesal contempla la imposición de sanciones a la parte vencida o a su letrado patrocinante cuando han incurrido en la denominada conducta procesal genérica, consistente en el proceder contrario a los deberes de lealtad, probidad y buena fe, manifestado en forma persistente durante el transcurso del proceso judicial. Sus fines son moralizadores y, por este medio, se procura sancionar a quien formula defensas o afirmaciones temerarias, sabedor de su falta de razón, utilizando las potestades legales con una finalidad obstruccionista y dilatoria (CNCiv., Sala A, abril 4/998, DJ, 1998-3-585)

El art. 45 del Cód. Procesal prevé la imposición de sanciones a la parte vencida o a su letrado patrocinante cuando incurren en la conducta procesal genérica. Esta consiste en el proceder contrario a los deberes de lealtad, probidad y buena fe, manifestado en forma persistente durante el transcurso del proceso judicial (CNCiv., Sala A, abril 5/998, in re: La Torre, Dante c. Bergantiños o Bergantiños y Martins, Nelly M. E., DJ, 1998-3-1107).

Mediante la sanción prevista en el art. 45 del Cód. Procesal se procura sancionar a quien formula defensas o afirmaciones temerarias -esto es, conociendo su falta de razón-, utilizando las potestades legales con una finalidad obstruccionista y dilatoria (CNCiv., Sala A, mayo 4/998, DJ, 1998-3-1107).

Las sanciones por temeridad y malicia deben aplicarse con suma cautela para no afectar el derecho de defensa de las partes (CNCiv., Sala E, diciembre 30/993, DJ, 1994-2-976).

La temeridad y la malicia suponen una conducta mañosa, y articulaciones de mala fe sin apoyo jurídico o fáctico, máxime si son reiteradas y no hay duda de que no obedecen a un simple error, a distintas posibilidades que brinda la jurisprudencia divergente sobre el punto o a nuevos enfoques, sino que trasuntan claramente dolo procesal (CNCiv., Sala M, marzo 24/997, DJ, 1998-3-1084, SJ. 1596).

Los fines de la multa prevista en el art. 45 del Cód. Procesal son moralizadores y procura sancionar a quien formula defensas o afirmaciones temerarias, sabedor de su falta de razón, utilizando las potestades legales con una finalidad obstruccionista y dilatoria (CNCiv., Sala A, marzo 2/999, DJ, 1999-3-477).

Los principios contenidos en el art. 45 del Cód. Procesal se complementan, en el proceso ejecutivo, con el art. 551 del mismo ordenamiento que comprende no sólo la conducta temeraria y maliciosa sino que prevé la sanción a quien haya obstruido el curso normal del proceso con articulaciones manifiestamente improcedentes o que haya demorado injustificadamente el trámite, pues por las características del proceso ejecutivo tendientes a asegurar la mayor celeridad y sumariedad, el análisis de la conducta de los litigantes debe efectuarse con mayor severidad (CNCiv., Sala A, marzo 2/999, DJ, 1999-3-477).

Los letrados pueden ser sancionados en forma independiente o conjunta con sus clientes y en la medida en que hayan afirmado circunstancias o hechos acerca de los cuales se puede advertir fácilmente que no son verdaderos y que tienden a confundir maliciosamente al juez (CNCiv., Sala E, abril 16/996, DJ, 1996-2-684, SJ. 1082).

No debe llevarse la responsabilidad del abogado al límite extremo de hacerlo cargar con toda la falta de veracidad en los planteos de su patrocinado, pues no puede exigírsele que se transforme en un investigador exhaustivo de los hechos que aquél le narra y que, generalmente, no son de su conocimiento personal (CNCiv., Sala E. mayo 30/996, in re: Ersu S.A. c. A., L. A. y otro, DJ, 1996-2-820).

Sólo si existe certeza de que el letrado patrocinante de la parte conocía la falsedad o inexistencia de los hechos decisivos alegados, y siempre que las circunstancias demuestren que la conducta es compartida con su cliente, podrá ser pasible de responsabilidad conjunta en orden a la sanción por temeridad o malicia (CNCiv., Sala E, mayo 30/996, DJ, 1996-2-820).

7.2 Generalidades

El Código contiene sanciones de tipo genérico para castigar la conducta procesal del *improbis litigator* en los artículos. 45, 551, 2ª parte y 594. En otros supuestos ha incluido disposiciones específicas para actos determinados (artículos 29, 145 y 374). Mientras que las sanciones del artículo 45 y sus concordancias se aplican en la sentencia.

El juez tiene distintas armas para dirigir el procedimiento de manera preventiva (artículo 34, inc. 5 d]), sanciones que puede aplicar en todo el curso del proceso, y las que ahora consisten en una pena frente a la actividad consumada y calificada.

El artículo 45 del Cód. Procesal, se refiere a la conducta procesal genérica que es la observada a través de la sustanciación del litigio e impone una multa que obedece exclusivamente a la actitud temeraria o maliciosa asumida por el vencido o por su letrado patrocinante. Esa doble causa se observa cuando se tuvo o debió tener conocimiento de la carencia de motivos para accionar y, no obstante ellos se entablo o resistió la demanda abusando de la jurisdicción (temeridad), o cuando se utilizaron arbitrariamente los actos procesales en su conjunto, así como las facultades que la ley otorga a las partes, obstruyendo su curso y en violación de los deberes de lealtad, probidad y buena fe, con el objeto de dilatar indebidamente el cumplimiento de las obligaciones y deberes cuya existencia reconoce la sentencia (malicia).

La existencia de sanciones específicas para el caso de incumplimiento de cargas procesales no resulta óbice sino, por el contrario, es una pauta muy significativa para resolver en definitiva, valorando la conducta asumida en todo el proceso y la incidencia de su desarrollo en los términos del artículo 45 (CNCiv, Sala F, ED 50-462); las sanciones del artículo 45 son estándares jurídicos cuya interpretación y adecuación corresponde al poder judicial (id. Sala F, RED 7-816, sum. 16; id., sala B, ED 46-412).

Tratándose de un proceso de carácter específico, con fines ejecutivos, integrado por un número menor de actos y reducidos en sus dimensiones temporales y formales, para asegurar la mayor celeridad y sumariedad, el análisis de la conducta de los litigantes debe efectuarse en forma más severa. Estos principios se complementan con la previsión del artículo 551 del Código Procesal, que comprende, no sólo la conducta temeraria y maliciosa, sino que, además, prevé la sanción a quien haya obstruido el curso normal del proceso con articulaciones manifiestamente improcedentes o, de cualquier manera, haya demorado injustificadamente el trámite.

Las sanciones por conducta procesal que han sido establecidas con un propósito moralizador de la intervención de las partes ante la jurisdicción, no se aplican con un criterio meramente objetivo, es decir, por la sola circunstancia

de que no hayan prosperado los requerimientos de la parte. Estas normas permisivas de sanciones por conducta procesal deben ser aplicadas "*cautissimo modo*" vigilando la normalidad del proceso y salvaguardando su buen orden, pero sin afán de convertir al juez en un aplicador mecánico de las penalidades por todo aquello que no concuerda con la estrictez de lo que una de las partes puede entender por buena fe o lealtad procesal.

Propone Arazi que ni el juez ni las partes, por acción u omisión, abusando de sus prerrogativas o de su situación procesal, impidan el conocimiento cabal de los hechos controvertidos en el proceso, aun cuando se amparen en normas legales que lo autoricen; propiciando que se destierre el abuso exagerado de "procesalismo", evitando caer en un ritualismo sin sentido. Pensamos -agrega- en jueces y abogados apasionados por su labor, luchando porque la verdad salga a la luz, considerándose partícipes de la gran causa de la justicia; no olvidemos -concluye- que la palabra "sentencia" deriva de "sentir". Quizá sea una utopía; pero como se ha observado con agudeza, las utopías son inalcanzables pero sirven para hacernos avanzar hacia ellas.

Es discrecional para el juzgador evaluar si la conducta de la parte es pasible de la calificación de temeraria o maliciosa, debiendo proceder con prudencia y tener presente que el criterio para la determinación de tal conducta debe ser restrictivo, a fin de no comprometer y operar en detrimento del derecho de defensa, que debe prevalecer por su jerarquía constitucional. Es así que solamente en circunstancias de inequívoco exceso en las articulaciones de forma o contenido puede entenderse configurada la malicia o temeridad a través de elementos que permiten aseverar que una parte ha litigado a sabiendas de su ausencia de razón o con una falta de fundamentos que no pudo ignorar.

La apreciación de los hechos, escritos o palabras susceptibles de originar sanciones, queda librada al prudente criterio judicial y a los recursos correspondientes. Si bien dichas facultades deben usarse con suma prudencia -para no coartar el derecho de defensa-, tienen que ejercitarse en todos los casos en que se incurre en las faltas previstas, para mantener el decoro y buen orden de los juicios, así como la dignidad y autoridad de la justicia (CNCiv., Sala E, diciembre 16/996, DJ, 1999-2-362 SJ. 1711).

El Código Procesal establece la posibilidad de que el juez al sentenciar califique la actuación de las partes e inclusive sancione la conducta procesal genérica observada a través de la sustanciación del litigio, imponiendo una multa que obedece exclusivamente a la actitud temeraria y maliciosa asumida por el vencido, que consiste: a) en el conocimiento que tuvo o debió tener de la carencia de motivos para accionar o para resistir la acción, no obstante ello prefirió hacerla, abusando de la defensa y de la jurisdicción (temeridad) o b) en la utilización de facultades procesales con el deliberado propósito de obstruir el desenvolvimiento del proceso o retardar su decisión en violación a los deberes de lealtad, probidad o buena fe (CNCom., Sala C, julio 29/988, DJ, 1990-2-80, SJ. 227).

Habrá de repararse que esta sanción supone la calidad de vencido, total o parcialmente. La misma constituye el presupuesto esencial para aplicarla (Cám. 1ª, sala III, La Plata, causa 166.079, reg. Sen. 154/1976).

Y en definitiva, las sanciones a la conducta procesal, mientras sean razonables, sin afectar sustancialmente el derecho de propiedad, son constitucionales (arg. Corte Suprema, La Ley, 128, p. 453).

7.3 Límites de la potestad jurisdiccional

La norma del artículo 45 y sus concordancias, se funda en el propósito de adecuar el proceso a la naturaleza de sus fines, evitando dilaciones arbitrarias o artificiales. La doctrina, desde hace tiempo, ha puesto de manifiesto la necesidad de moralizar el proceso; la incompatibilidad de la conducta temeraria o maliciosa con el sistema procesal resulta también de razones técnicas vinculadas a la función del proceso: *la obstrucción sistemática al curso de la justicia es un contrasentido, en cuanto coloca el proceso en viceversa, en oposición a sus fines.*

Si el propósito ético, por un lado, y la misión del proceso, por otro, son los fundamentos de la posibilidad racional de sancionar la conducta, resulta evidente que, cuando un acto procesal o un conjunto de actos se realizan en concordancia con los principios de lealtad, probidad y buena fe, sería absurdo que se los reprimiera: faltarían los presupuestos de legitimidad de la sanción.

Es aquí donde se produce el encuentro de la potestad jurisdiccional con la inviolabilidad de la defensa en juicio. No debe ser coartado su ejercicio cuando la defensa se ejerce en el sentido querido por la constitución y por la ley.

La aplicación de sanciones que autoriza el Código Procesal, requiere una obstrucción del curso de la justicia manifiesta y sistemáticamente, maniobras desleales o articulaciones de mala fe sin apoyo fáctico o jurídico, en forma reiterada, que traduzcan una conducta procesal genérica, adunándose que debe ser impuesta con suma cautela para no afectar legítimos derechos de defensa de las partes.

O lo que es lo mismo, para aplicar una multa por temeridad, la resistencia del demandado debe ser arbitraria por basarse en hechos inventados o ser jurídicamente absurdos; no debiendo olvidarse que este tipo de sanciones debe graduarse muy cautelosamente, para no afectar el legítimo derecho de defensa, así como que no todo desconocimiento del derecho de la contraparte ha de reputarse temerario, siendo el pago de las costas la sanción habitual a quien se ha opuesto al progreso de una demanda justa (Cám. 2ª, sala III, La Plata, causa B-38.843, reg. sen. 162/74; B-40.740, reg. sen. 157/75).

Para evaluar si se verificó conducta procesal, se impone precisar los conceptos de “temeridad” y “malicia” comprendidos en el artículo 45. La primera denota la conducta de quien deduce pretensiones o defensas cuya falta de fundamento no puede ignorar, de acuerdo con pautas mínimas de razonabilidad. La malicia, consiste en la utilización de facultades procesales con el deliberado propósito de obstruir el desenvolvimiento del proceso o de retardar su decisión.

Así también, en 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 acogidas, o la observancia de una actitud procesal contraria a sus intereses, pues ello resultaría inconciliable con la garantía de defensa en juicio y la vigencia del principio dispositivo.

Importa destacar que la amplitud del derecho de defensa no debe impedir ni coartar las observaciones, las reflexiones, las actitudes opositoras, naturalmente, cuando pretenden ser una defensa y no una actitud perturbadora. En principio, la temeridad o malicia no deben suponerse. Constituyen un estado subjetivo, pertenecen a la esfera ontológica de la persona. Para su comprobación, es necesaria la existencia de hechos ciertos con entidad suficiente para demostrarlos.

7.4 Objeto y finalidad de las sanciones

Las sanciones impuestas por inconducta, sea el ordenamiento procesal o las leyes de fondo quien las prevee, tienen por objeto sancionar a aquél o aquellos litigantes que han accionado o promovido incidencias con consciencia cabal de su imposibilidad de andamiento.

La ley ritual tiende a reprimir a quien formula defensa o aseveraciones temerarias o abusa de los procedimientos creados para garantizar los principios de bilateralidad y de defensa en juicio. Bajo tales presupuestos, no basta para la aplicación de la multa la sola circunstancia de que una o varias pretensiones no sean acogidas, de que una de las defensas sean desestimadas, de que un incidente sea declarado improcedente para que automáticamente se impongan sanciones. Los preceptos que sancionan la inconducta procesal están destinados exclusivamente a los casos de real gravedad.

Las sanciones contempladas por nuestro ordenamiento procesal, tienen como finalidad el evitar maniobras dilatorias del trámite del pleito, con el fin de no cumplir con la obligación a cargo de la parte (CNCiv., Sala C, agosto 25/992, in re: De Mazzeo, Hensel c. De Mazzeo, Lucius, DJ, 1993-2-211).

Las sanciones por inconducta procesal no deben ser aplicadas con criterio meramente objetivo. En efecto, no basta la sola circunstancia de que una o varias pretensiones no sean acogidas, una defensa sea desestimada o una petición sea resuelta en forma desfavorable para que automáticamente se impongan dichas sanciones, sino que están destinadas a sancionar casos de real gravedad, pues de lo contrario se haría peligrar la garantía de la defensa en juicio (CNCiv., Sala B, Mayo 5/998, in re: Sabbatiello, Gabriela B. c. Cipullo, María, DJ, 1998-3-1191)

Las sanciones contempladas por nuestro ordenamiento procesal, tienden a evitar maniobras que no tengan otro objeto que el de prolongar el pleito, actuando en el proceso con malicia y temeridad. Ello significa litigar "sin razón valedera" y oponer defensas manifiestamente improcedentes. Sin embargo, no toda articulación de una defensa ni toda excepción improcedente, autoriza a dar por sentado que han existido aquellos propósitos (CNCiv., Sala C, Junio 13/991, DJ, 1992-1-560).

El resistir una acción que luego es declarada procedente no basta para encuadrar tal conducta en la norma del art. 45 del Cód. Procesal, sino que es necesario que se actúe con malicia, es decir con el conocimiento de la falta de razón para hacerlo (CNCiv., Sala B, octubre 20/998, DJ, 2000-1-495)

La insistencia del demandado en la aplicación de un determinado e improcedente régimen jurídico evidencia un ánimo dilatorio y la conciencia de la propia sinrazón, de la que participa su letrado, quien no puede obviar su responsabilidad respecto del régimen legal aplicable, que es esencialmente de su conocimiento. En consecuencia, debe calificarse dicha conducta según lo establecido por el art. 45 del Cód. Procesal (CNCiv., Sala K, octubre 2/997, DJ, 1998-2-277).

Si las argumentaciones introducidas en la expresión de agravios no son otra cosa que tergiversaciones de los hechos fehacientemente constatados en la causa, el ejercicio del derecho de defensa no enerva el efecto sancionatorio, pues el recurrente y el letrado tenían conocimiento de la falta de motivo para deducir el recurso, procurando, sólo a costa del dispendio jurisdiccional, dilatar la indebida permanencia en el inmueble ocupado (CNCiv., Sala B, febrero 18/999, in re: A., N. c. Intrusos y/u ocupantes Z., DJ, 1999-3-674).

No compromete la conducta profesional del letrado que su cliente, que actuó por derecho propio y a quien él solamente patrocinó, haya afirmado hechos que hacían a su defensa y que luego no se ocupó de acreditar (CNCiv., Sala C, febrero 8/990, DJ, 990-2-820).

Del juego armónico de los textos de los arts. 581 y 45 del Cód. Procesal surge que la multa prevista por el primero para sancionar al adjudicatario que demora el procedimiento en la subasta puede serle impuesta al letrado, por cuanto éste debe apreciar la viabilidad de las cuestiones antes de proceder a su planteo (CNCiv., Sala C, marzo 1/994, in re: Torossian, Jorge c. Benayas, María C., DJ, 1994-2-1083).

La deducción por el litigante de defensas o excepciones notoriamente improcedentes, fundadas en cuestiones formales e irrelevantes, debe ser considerada imprudente o efectuada a sabiendas de su propia sinrazón, lo cual impone la aplicación de una multa procesal (CNCiv., Sala C, agosto 29/995, DJ, 1996-1-526).

La temeridad y la malicia, elementos necesarios para que se apliquen las sanciones que prevé el art. 45 del Cód. Procesal, suponen algo más que haber planteado cuestiones o deducido pretensiones que resultaron desestimadas. Así, requieren que, excediendo los límites razonables del derecho de defensa que puede ejercer cualquier litigante llevado por la natural inclinación de resguardar sus propios intereses, actúe en forma inequívocamente dirigida a obstaculizar la marcha del proceso planteando cuestiones abiertamente improcedentes o acudiendo a maniobras dilatorias (CNCiv., Sala M, octubre 21/997, in re: Cecchi c. Cía. de Automotores, DJ, 1998-3-1128).

Las sanciones que contempla el art. 45 del Cód. Procesal están destinadas exclusivamente a casos de real gravedad. Así, la amplitud de apreciación resulta un criterio de invalorable prudencia para sancionar sólo aquellos casos graves, que transgredan los deberes de lealtad, probidad y buena fe, impliquen manifestaciones injuriosas o provoquen una obstrucción deliberada o reiterada al curso del proceso (CNCom., Sala A, mayo 16/996, DJ, 1996-2-372, S.J. 1055).

Si el demandado elude la verdad o la deforma, obviamente falta a los deberes de lealtad y buena fe y por tanto resultará de aplicación lo dispuesto por el art. 163, 5° Cód. Procesal (CNCom., Sala B, marzo 27/991, in re: Diners Club Argentina S. A. c. Mizrahi, Isaac., DJ, 1991-2-496).

Las multas impuestas como sanción ante el incumplimiento de deberes formales del funcionario tienen carácter disciplinario. No tienden a resarcir perjuicios, sino a condenar conductas (SCBA, B 51303, S 27-6-95; DJBA t. 149, p. 135 – AyS t. 1995, II, p. 674).

Las sanciones previstas por el artículo 45 CPCC, sólo apuntan a punir la conducta temeraria o maliciosa y no la mera falta de derecho de quien reclama (JUBA. CC0203, LP, B 65735, RSD-268-89, S 19-12-89).

El propósito a lograr mediante esta vía es sancionar la utilización de los recursos procesales con el único objeto de prolongar un pleito o provocarlo a los efectos de no cumplir con lo debido; es decir, lo que vulgarmente se conoce el el *argot* jurídico como *chicana*.

Las sanciones que prevé el Código Procesal, o de otras normas análogas tendientes a la moralización del proceso obedece a la necesidad de sancionar la conducta procesal dilatoria y obstruccionista del litigante. El interés social requiere que las garantías que la ley acuerda para la defensa de los derechos en el proceso, no se conviertan en medios eficaces para prolongar el goce de estados y situaciones ilegítimas en perjuicio de quienes deben aguardar más allá de lo razonable, la hora de la justicia .

La multa del artículo 45 del Cód Procesal para sancionar la inconducta de las partes, debe aplicarse restrictivamente, con la finalidad de resguardar el ejercicio del derecho de defensa en juicio, debiendo interpretarse –en supuestos de duda- que el justiciable ha hecho un ejercicio natural del derecho de defensa. Los jueces deben ser parcos en la aplicación de tales sanciones, pues si bien es necesario arbitrar los medios que permitan salvaguardar los deberes de lealtad, probidad y buena fe, ello no puede significar que el sólo hecho de oponer defensas lleve indefectiblemente a merecer sanciones, porque de ser así podría vulnerarse la garantía de defensa en juicio que reviste jerarquía constitucional (CS, marzo 24/993).

Imponer una sanción en los términos del artículo 45 del CPCC no significa un menoscabo al principio de defensa en juicio, o a otros protegidos por la Carta Magna, sino que trata de reprimir los casos de inconducta procesal utilizando los poderes deberes otorgados por el legislador, cuyo propósito es evitar el inútil uso de la actividad jurisdiccional en la que el primer agraviado es el juez, a quien se trata de desviar en su tarea destinada a pronunciar una sentencia justa, mediante el planteamiento de cuestiones infundadas.

La sanción estipulada en el artículo 45 sólo podrá ser aplicada en el momento en que el juez dicte sentencia; sólo allí se establece la otra condición de dicho artículo ya que la inconducta genérica sancionable corresponde a la parte vencida, es decir, a aquella que pierde total o parcialmente el pleito.

Queda en claro que, si bien, y aún en ausencia de petición de parte, resulta innegable la facultad concedida a los jueces para sancionar los abusos de sus litigantes y profesionales cuando éstos hacen un malicioso y torcido uso de los instrumentos de defensa en juicio, en dicho ejercicio, de carácter restringido y excepcional, el magistrado debe proceder con suma prudencia, apreciando adecuadamente la actuación de las partes, con el fin de resguardar la garantía constitucional de la defensa en juicio.

Ello es así, pues el rechazo de una defensa o articulación no permite, en general, calificar necesariamente de temeraria, obstruccionista o maliciosa la conducta del oponente, salvo que se trate de un planteamiento poco serio que trasunte el inconfesado fin de demorar la tramitación del pleito, que es lo que la ley ha tratado de sancionar; si se fuera muy estricto, a la postre todo perdedor que esgrimiera defensas que no se juzguen procedentes, debería ser sancionado, habida cuenta entonces que podría atentarse contra el derecho de defensa en juicio.

La declaración de inconducta procesal maliciosa debe reservarse para casos de real gravedad, donde exista una verdadera obstrucción al curso de la justicia (CS, marzo 24/993 ya citado).

La multa procesal es de carácter esencialmente punitivo que no se desvirtúa por el destino dado a la misma, ya que, como sostiene Colombo, la razón de que sea a favor de la otra parte, obedece a que éste es el directamente perjudicado por la indebida demora y porque quien incurre en la inconducta debe saber que en definitiva no perjudicará al adversario tanto como se propone hacerlo. La incidencia psicológica no sería exactamente la misma si el importa de la multa se destinara al estado o a una institución de beneficencia, cumpliéndose así su primordial función preventiva.

Lo que se tiende a evitar y se sanciona es el agravio a la justicia configurado por la inconducta temeraria o maliciosa seguida en el proceso por quien lo, perdiere total o parcialmente, al haber ocasionado con ella una injustificada demora en su sustanciación.

Lo expresado hace que resulte totalmente improcedente alegar que la aplicación de la multa implica un enriquecimiento sin causa con sustento en que el resarcimiento al acreedor se cumplimenta con los accesorios legales y costas (CNCom. Sala A, Junio 17/982).

7.5 Procedencia de la declaración

Una actuación judicial cuyo medular andamiaje obstaculiza de manera innecesaria el curso normal del proceso, en cuanto importa litigar sin razón valedera, no puede ser ajena a quien tiene la dirección letrada, lo cual lo hace pasible de igual sanción, multa procesal, impuesta a la parte. El letrado, en virtud de su investidura profesional, no puede alegar que las explicaciones dadas por sus patrocinados lo convencieron de la sinceridad de su conducta, si a través del análisis de tales extremos debió persuadirse de la inutilidad de un planteo notoriamente inconducente.

Es procedente aplicar una multa procesal a los letrados de la parte accionante, por haber mediado en la promoción de proceso una conducta temeraria y maliciosa, quienes –en el caso– pretenden que la responsabilidad total recaiga sobre su cliente, cuyas directivas acataron, planteo que desnaturaliza la función del profesional en la causa, pues si advierten que su cliente les propone una cuestión desamparada por el derecho, o reñida con todos los principios éticos de la profesión que ostentan, su obligación es asesorarlo y disuadirlo de su actitud, y no embarcarlo en una aventura jurídica que será condenada, no solamente al fracaso sino a la sanción (CNCom. Sala A, agosto14/995).

7.6 Articulaciones manifiestamente improcedentes

La conducta maliciosa ha sido conceptualizada como la utilización arbitraria de los actos procesales en su conjunto y el empleo de las facultades que la ley otorga a las partes, en contraposición con los fines del proceso, obstruyendo su curso en contradicción con los deberes de lealtad, probidad y buena fe, con el objeto de dilatar indebidamente el dictado de la sentencia o, ya dictada, obstaculizando el cumplimiento de las obligaciones que la misma le ha impuesto.

A continuación podemos observar algunos ejemplos concretos:

a) Desconocimiento de documentos y de firmas

La malicia consiste en utilizar el proceso en contra de sus fines, o en observar conductas dilatorias e incidentes obstruccionistas al oponer defensas notoriamente infundadas a fin de dilatar el proceso. El desconocimiento de las firmas por parte de los demandados que motivó la designación de un perito calígrafo, y la fijación de una audiencia para la formación del cuerpo de escritura, y la no concurrencia al acto dio lugar a que se les tengan por reconocidas las firmas, generando un inútil dispendio de actividad jurisdiccional y un atraso infundado en el trámite del proceso que configura una conducta procesal y los hace pasibles de la sanción prevista en el artículo 45 del Cód. Procesal.

Si la firma del apelante y de su letrado han sido falsificadas, no sólo se está ante un acto inexistente (artículo 1012, CC), que conduce a la declaración de deserción del recurso de apelación, sino que, ante la falsedad en que incurrieran ambos al argüir que aquéllas eran auténticas, lo que ha sido verificado a través de la prueba pericial, se tipifica un supuesto de conducta temeraria. En efecto, sabiendo a ciencia cierta, o debiendo saberlo, que no tenían razón valedera, puesto que las firmas son falsas, generan un daño a la contraparte, frente al lapso que insumiera la tramitación del procedimiento en segunda instancia –aproximadamente un año–, con la particularidad de que esa conducta encierra un menoscabo hacia el propio órgano jurisdiccional. Queda así aprehendida esa situación irregular por el contenido del

artículo 45 del ordenamiento procesal –se aplicó una multa del 10 por ciento del valor del juicio- (Cám. 2ª, Sala I, La Plata, causa B-44.081, reg. sen. 144/78).

Cabe considerar como conducta reprochable el haber el demandado negado la firma de un instrumento que documentaba una deuda, demostrándose luego que la signatura le pertenecía, lo que determinó un extenso trámite judicial, por lo que cabe establecer la sanción por temeridad (artículo 45 CPCC).

Si la firma del apelante es falsa, debe aplicársel;e una sanción por evidente falta de lealtad procesal (CNPaz, Sala III, 26/4/67, LL, 129, p. 993, 16.446-S).

El categórico desconocimiento de los elementos aportados por una de las partes en cumplimiento de lo dispuesto por el inc. 2º del art. 129 del Cód. Procesal, sin aportar prueba alguna para desvirtuar dichas constancias, se contrapone con el deber de lealtad, probidad y buena fe procesales (CNCiv., Sala A, setiembre 25/995, in re: Giardino, Vicente c. Ríos, Norberto R., DJ, 1996-1-300).

Aun cuando cupiera algún reproche en orden al deber de lealtad, probidad y buena fe, por estimarse abusivo el concreto ejercicio de la facultad procesal de negar los hechos afirmados en la demanda (en el caso, se negó que el actor hubiera ascendido al colectivo y obtenido el boleto), tales desconocimientos quedan obviamente sometidos a la prueba que se produzca. Siendo ello así, atento el principio de eventualidad no puede entenderse que a raíz de esas negaciones fuera improbable la excepción de prescripción, identificando el precepto aplicable según la calificación jurídica correspondiente a los hechos invocados en la demanda (CNCiv., Sala C, octubre 8/991, in re: Pérez Filimón y otra c. Dadona, Donato y otro, DJ, 1992-1-1077).

Constituye paradigma de las llamadas conductas obrepticias, esto es, el desconocimiento malicioso de una calidad procesal, el no reconocimiento de una firma que luego resulta verificada en el curso de la litis, supuesto que se encuentra legislado específicamente para el juicio ejecutivo en el art. 528 del Cód. Procesal, que prevé la imposición de una multa del 30 % de la deuda, y que no puede escapar a la hipótesis genérica descripta en el art. 45 del mismo Código (CNCom., Sala C, mayo 19/992, DJ, 1993-1-650).

La circunstancia de haber dado lugar el ejecutado a una tramitación adicional como es la pericia caligráfica para establecer la autenticidad de una firma, provocando de tal forma una indudable dilación en el tiempo de duración del proceso ejecutivo, autoriza la aplicación de la multa prevista en el art. 551 párr. 2º del Cód. Procesal de la Nación (CNCom., Sala C, febrero 4/2000, in re: Cerámica General Pacheco c. Prado, Rubén O., DJ, 2001-1-303).

La invocación artificiosa de la letra de un dictamen contable sobre libros, pretextando ignorar la existencia en la causa de la invocación de permanecer insoluto el cheque recibido por la actora de aquella misma, argumentando con el empleo de sofisma y atribuyendo al juzgador una factura deficiente de la sentencia, para abrir ocasión a un cuestionamiento improcedente, reprochándose defecto profesional al servidor público como artificio para mantener la propia conducta omisiva de los débitos convencionales, constituye conducta maliciosa que merece el reproche del art. 45 del Cód. Procesal (CNCom., Sala D, julio 4/997, in re: Corrugadora Alvear S. A. c. Laboratorios IPA., DJ, 1992-1-142, SJ. 496).

b) Recursos improcedentes

La conducta obstruccionista –por medio de improcedentes apelaciones- no configura el caso del artículo 52 del ordenamiento ritual, y sí el de malicia que sólo puede ser castigado mediante una sanción apoyada en el artículo 45 de dicha legislación.

Se justifica la sanción aplicada ante el grado de malicia con que obró la demandada, patentizada a través de la conducta observada durante el desarrollo de la causa y (temeridad) la falta total de razón para oponerse al pago de lo que justamente reclamara la actora.

Incorre en temeridad el litigante que deduce pretensiones o defensas cuya inadmisibilidad o falta de fundamento no puede ignorar, con arreglo a una pauta mínima de razonabilidad. En cambio, se reputa maliciosa la conducta que se exterioriza a través de peticiones o articulaciones exclusivamente destinadas a obstruir el normal desenvolvimiento del proceso o a retardar el pronunciamiento de la decisión final (CNCiv., Sala B, mayo 30/997, in re: Municipalidad de Buenos Aires, c. Suiffet de Aliano, María, DJ, 1997-2-1153).

La inconducta procesal de la Comuna consistente en la emisión de certificados de deudas inexistentes, para hacer depender el éxito de la acción de las defensas que pueda invocar y probar el demandado, debe ser analizada con mayor rigor, pues dadas las facilidades otorgadas a la entidad ejecutante para la conformación de títulos ejecutivos, debe determinarse minuciosamente la deuda cuyo cobro se llevará a cabo por el procedimiento previsto en el art. 604 del Cód. Procesal. Por tanto, es temeraria la actitud de la ejecutante, pues ha obrado con culpa grave, tanto en la emisión de un certificado incorrecto como en su incorporación al proceso (CNCiv., Sala B, mayo 30/997, in re: Municipalidad de Buenos Aires, c. Suiffet de Aliano, María, DJ, 1997-2-1153).

Debe corregirse la conducta del profesional, con arreglo a las facultades otorgadas por el art. 35 del C. P. y art. 18 del decreto-ley 1285/58, cuando el escrito por el que se pretende promover la jurisdicción de la Corte no sólo posee una extensión desproporcionada a las cuestiones que se le someten, sino que en su mayor parte resulta ininteligible y lógicamente inconexo, y en lo que resulta inteligible aparece desprovisto de toda relación fundada en normas legales y evidencia desconocimientos del derecho por parte de los letrados que lo patrocinan, demostrando con ello una insistencia en reiterar planteos por completo inadmisibles, estorbando de ese modo la labor del tribunal (CS, setiembre 25/990, DJ, 1991-1-777).

Descartada la malicia como motivo de la multa y no demostrada la necesaria correlación entre la imputada falta de seriedad de los agravios y el propósito especial que tipifica dicha causal, al sustentar la multa, en un propósito manifiestamente dilatorio, caracterizado sobre la base de la inconducencia de los argumentos desarrollados al expresar agravios, el pronunciamiento carece de fundamentación suficiente -que hace procedente el recurso extraordinario-, y constituye una seria ofensa a la garantía de defensa en juicio, pues al no referirse a conducta precedente alguna, configura sólo un reproche por haber apelado la sentencia de primera instancia, insuficiente como presupuesto de la sanción impugnada (CS, mayo 5/992, in re: Espinosa, Néstor R. c. Inter Rutas S.A., DJ, 1993-1-986).

La persistente recurrencia en la pretensión de habilitar por la vía judicial, mediante presentaciones en distintos tribunales del fuero, una nueva reelección del actual Presidente de la Nación, con sustento en argumentaciones que resultan antojadizas frente a las claras y expresas disposiciones constitucionales y a los fallos plenarios dictados al respecto, constituye una inadmisibles conducta generadora de dispendio jurisdiccional, que recarga en extremo a los jueces con tareas inútiles que distraen recursos del Estado, temeraria y contraria al deber de probidad y buena fe con que se debe actuar ante la justicia (CNElect. Agosto 7/998; Caillet, Carmen del Rosario, DJ, 1999-2-503).

Habiendo dictado la Cámara Electoral ocho fallos plenarios definitivos en materia de reelección del actual Jefe de Estado, garantizando la seguridad jurídica que salvaguarda las instituciones del estado de Derecho, vale decir la supremacía constitucional, la acción instaurada por quienes pretendan ignorar la doctrina sentada en ellos, debe ser declarada temeraria por abuso de jurisdicción y aplicarse la pertinente multa (CNElect, agosto 7/998; Caillet, Carmen del Rosario, DJ, 1999-2-503).

Así como no es excusable la ignorancia de la Constitución y de las leyes en general - art. 20, Cód. Civil-, tampoco puede serlo para quien litiga ante el fuero electoral, el desconocimiento de la jurisprudencia plenaria de la Cámara Nacional Electoral (CNElect, agosto 7/998; Caillet, Carmen del Rosario, DJ, 1999-2-503).

La persistente recurrencia en la pretensión de habilitar por la vía judicial, mediante presentaciones en distintos tribunales del fuero electoral, una nueva reelección del actual presidente de la Nación, con sustento en argumentaciones que resultan antojadizas frente a las claras y expresas disposiciones constitucionales y a la reiterada jurisprudencia de carácter obligatorio en relación al mismo tema, constituye una inadmisibles conducta generadora de dispendio jurisdiccional, que recarga en extremo a los jueces con tareas inútiles que distraen

recursos del Estado, a la vez que contraría el deber de probidad y buena fe con que se debe actuar ante la justicia. Ello así corresponde declarar temeraria la acción por abuso de jurisdicción, aplicando la sanción de multa, la que en atención a la inexistencia de contraparte, tendrá el destino establecido en el art. 1º de la acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 20/12/67. (Del voto del doctor Orlandi (CNElect, agosto 7/998; Caillet, Carmen del Rosario, DJ, 1999-2-503).

c) *Hecho falso*

Corresponde declarar temeraria y maliciosa, y sancionar con multa la conducta del demandado y su letrado que partiendo de una premisa falsa denuncian como violados las más nobles normas que tutelan la defensa en juicio y la moral y las buenas costumbres.

La creación de apariencias, la preconstitución de elementos probatorios tendientes a justificar una relación inexistente constituyen una conducta temeraria o maliciosa, procediendo la aplicación de multa conforme el artículo 45 del CPCC(CNCom. Sala D, marzo 31/993)

Corresponde la aplicación de la sanción de multa a quien plasmó en un escrito judicial una cita doctrinaria que no se corresponde con la realidad, pues no se trata de una simple interpretación errónea de la misma sino lisa y llanamente de su dolosa tergiversación (CNCom., Sala E, abril 13/2000, DJ, 2000-3-884).

Las multas procesales -en el caso, se aplicó multa en forma solidaria al actor y su letrado por haber plasmado en un escrito una cita doctrinaria que no se corresponde con la realidad- deben ser aplicadas extremando la prudencia, en tanto lo actuado permita sentar inequívocamente una presunción acerca de la conciencia que tuvo la parte o su letrado de la sinrazón de la causa o de la torpe instrumentación del proceso para una finalidad distinta de la sentencia justa y oportuna (CNCom., Sala E, abril 13/2000, DJ, 2000-3-884).

Es improcedente la sanción por inconducta procesal pedida por uno de los litigantes contra el letrado del contrario -en el caso, se le atribuyó haber esgrimido argumentos artificiosos-, si la cuestión debatida se resolvió sin que mediara discusión concreta entre las partes y habiendo resultado totalmente ineficaz la prueba producida al respecto (CNCom., Sala E, abril 25/2000, DJ, 2001-1-304).

Corresponde imponer sanción de apercibimiento (art. 45, Cód. Procesal) al letrado que; como fundamento de sus argumentaciones, menciona jurisprudencia que no sólo no pertenece a la sala sino que tampoco respalda su posición, pues la gravedad de la inexactitud implica una conducta desleal para con el tribunal, que no puede menos que confiar en la formación que posee y en la seriedad con que procede un abogado de la matrícula (CNFedCC, Sala III, setiembre 16/994, DJ, 1995-1-350).

El desconocimiento de la existencia de relación laboral podría no configurar temeridad y malicia, ya que en todo caso el vínculo podría haber tenido otra tipificación o la relación estar originada por otros motivos, pero sí lo es el desconocimiento de la persona misma del trabajador cuando se acreditó de modo indubitable la prestación de servicios dentro del establecimiento (CNTrab., Sala V, diciembre 9/992, in re: Soto, Mabel B. c. Vera, Nelson y otro, DJ, 1993-2-272).

Si se prueba la existencia de relación laboral y que ésta ha sido clandestinizada, corresponde aplicar la normativa contenida en el art. 275 del régimen de contrato de trabajo, que tipifica como conducta punible la negativa infundada de la relación laboral, máxime cuando quien incurre en la referida conducta es un sindicato que, por definición legal, ha de defender los intereses de los trabajadores (CNTrab., Sala VI, marzo 5/999, DJ, 1999-3-360).

d) *Desalojo*

Cuando la negativa del demandado por desalojo no tiene apoyo en una expresión de justa y razonable defensa, sino que es expresión de mala fe y deslealtad procesal que, en cuanto constituyen manifestaciones disvaliosas de conducta, merecen reprobación y sanción, corresponde una multa equivalente al importe de los alquileres devengados desde la fecha en que contestó la demanda hasta la oportunidad en que el pronunciamiento quede consentido (Cám. 1ª, Sala III, La Plata, LL, 152, p. 528, 30.697-S).

e) *Negativa temeraria*

Si con la conciencia de la propia sinrazón se negó que en el contrato se incluyeran datos que eran verdaderos, se ha configurado una grave inconducta, y por cierto “temeraria”.

Una situación similar se produce cuando no obstante el pleno conocimiento que tenían del accidente, de la existencia del contrato de seguro y de otros hechos expuestos en la demanda, se negó absolutamente todo, hasta en sus más mínimos pormenores, lo que no impidió que –en abierta contradicción con esa postura inicial, que fija los términos de la litis y condiciona la prueba- al absolver posiciones se reconocieran hechos fundamentales. Tal comportamiento importa un abuso de la defensa y también de la jurisdicción obligando a la contraparte y a la administración de justicia a un desgaste injustificado de actividad, que igualmente atenta contra los deberes procesales de lealtad y buena fe.

f) *Recusación*

Quien reitera un planteo de recusación con causa contra el juez actuante insistiendo en que existe la causal invocada y que fuera anteriormente resuelta en forma adversa por la Alzada, demuestra una conducta obstruccionista, que persigue un fin meramente dilatorio, tanto más cuanto se la deduce antojadizamente y con deleznable fundamentos, que importan una falta contra la autoridad y dignidad del magistrado; razón por la cual la recusación debe ser desestimada y calificada de maliciosa en los términos del artículo 29 del ordenamiento procesal.

g) *Error inexcusable*

El error de hecho compartido por ambos contratantes cuando se pretende desviar hacia el aprovechamiento de una de las partes hace aplicable la multa de los arts. 34 inc. 6º y 45 del Cód. Procesal, tanto a las partes como a su letrado por la actitud maliciosa en el juicio. Es que cuando media error inexcusable, tanto más cuando se añade falta de seriedad, agregándose un nuevo pedido que no sólo aparece como inadmisibile, sino que además contradice lo convenido, ello configura una conducta procesal dilatoria en detrimento del derecho de la contraparte, que debe ser sancionada.

h) *Entorpecimiento y obstrucción*

Cuando so color de la defensa de los derechos se perturba el normal desenvolvimiento de las actuaciones mediante presentaciones inconducentes y manifiestamente improcedentes, éstas sin lugar a dudas encuadran en las

previsiones del artículo 45 del código; o sea, que si se advierte en razón de la naturaleza de la excepción articulada y de la conducta seguida por el demandado en el escalrecimiento de los hechos en que se funda, que se litigó sin razón valedera alguna y con un evidente propósito obstruccionista, corresponde la imposición de una multa.

De lo cual se sigue que siempre que las constancias del proceso resulten bien ilustrativas sobre la circunstancia de que el justiciable ha entorpecido el trámite, de modo casi constante, ha de sancionarse la inconducta de este (CNCiv. Sala D, abril 11/972, La Ley 148, p. 491; JA, 1972-14, 465).

i) Solicitud de libramiento de giro

Si el justiciable dio en pago la suma depositada y prestó conformidad, con posterioridad a la resolución pertinente para la extracción de fondos, estando en conocimiento de la aceptación por el acreedor, la posterior solicitud de libramiento de giro a su favor aparece impregnada de un contenido malicioso a la luz de lo prescripto por los arts. 36 inc. 5º, apartado d, y 45 de CPCC (Cám. 2ª, sala I, La Plata, causa B- 45.220, reg. int. 258/78).

j) Prueba

La conducta temeraria del accionante y patrocinante se evidencia en la conjunción del fracaso de la pretensión, abandono de las cargas probatorias, indicio de íntima admisión sobre la insostenibilidad fáctica de la construcción argumental fundante de aquella demanda, y desatención de la comparecencia a la citación personal ante el juzgador, ocasión en la cual los resortes morales de delicadeza y de pudor hubieran impuesto admitir soluciones simplificadas y expeditivas del conflicto carente de andamio, vía procesal económica que de esa manera fue obstruída, por lo que corresponde la aplicación de una sanción a ambos, en forma solidaria.

Si bien la inconducta procesal suele manifestarse a través de actuaciones o incidentes notoriamente dilatorios o tendientes a obstruir el trámite regular del juicio, perjudicando a la parte contraria y entorpeciendo la administración de justicia, también suele configurarse en otros casos por la actitud expresada en la demanda o en el responde, en relación con el desarrollo ulterior de la causa y, muy especialmente, con el ofrecimiento de prueba y su producción.

k) Nulidad procesal

Si la nulidad procesal opuesta no sólo es tardía sino también infundada porque en el propio escrito manifiesta que se le notificó el traslado de la demanda que invoca como causal de aquélla, tal petición configura una típica obstrucción al curso de la justicia por lo que procede aplicar de oficio al incidentista la multa pertinente (CNCiv., Sala C, octubre 31/968, La Ley, 138-953, 23.708-S). Igualmente se consideró que se ha obrado con malicia al plantear la nulidad de una sentencia fundada en no haberse respetado el fuero de atracción de un proceso sucesorio, que durante toda la tramitación del pleito no existió (CNCiv., Sala D, octubre 16/975, JA 1977-III, 29).

l) Legitimación

Si la demanda fue concretamente dirigida contra la firma que intervino en una licitación pública y a quien le fue adjudicada la misma, dicha firma era el nombre comercial con que actuaba quien con posterioridad formó una sociedad de responsabilidad limitada, en la cual operó como socio gerente, al recibirse la cédula dirigida al representante legal de aquélla, sin aditamentos, acompañada de las correspondientes copias, en las cuales se especifican los hechos que motivan la demanda, la mencionada persona –que había intervenido en la licitación-, no pudo tener la más mínima duda acerca de que era él el destinatario pasivo de la acción. En tales condiciones correspondía que se presentara al juicio, por su propio derecho y opusiera, si tenía, las defensas pertinentes y no que introdujera a la sociedad de que es gerente en el juicio para que opusiera la defensa de falta de acción. Se ha violado el deber de lealtad y por tanto, procede imponerle una multa en los términos del artículo 45.

m) *Ocultamiento de hechos*

Se incurre en deslealtad procesal cuando en la demanda se intenta ocultar hechos fundamentales (CNCiv. Sala C, abril 24/976, La Ley, 1976-C, 221).

7.7 Improcedencia de la declaración

El mero hecho de que la defensa articulada haya sido declarada improcedente, no autoriza a considerar que la conducta del demandado y su apoderado sea temeraria o maliciosa, máxime si, como en el caso, han podido, razonablemente, considerarse con derecho a oponerla frente a la existencia de los fallos que se mencionan y dado que la cuestión no ha originado una demora sustancial en el trámite de la causa (Cfr.. CNCom.. Salas A y B, La Ley, 133, fallos 61.745 y 61.982, respectivamente; Cám. 1ª, sala I, La Plata, causa 157.492, reg. sen. 5/74).

No puede verse en la interposición de defensas, por débiles que sean, en principio, una violación de las normas que deben observarse en la tramitación de la causa. En efecto, si el litigante se limitó a defender lo que entendía era su derecho, sin que para ello recurriera a maniobras tendientes a dilatar las actuaciones y aunque algunas de las opuestas fueran manifiestamente improcedentes, ello no autoriza, por sí solo, a concluir que la única finalidad perseguida es la de dilatar el trámite, concepto éste de ineludible valor para determinar la conciencia de la propia sinrazón, y que se halla impregnado de un carácter altamente subjetivo.

O el hecho de que no le asista razón al vencido en su planteo no constituye circunstancia que por sí sola resulte suficiente para la aplicación de la sanción contemplada por el artículo 45 del ordenamiento procesal, tal como se pretende, ya que la falta de razón valedera o la ineficacia de las pruebas producidas, aunque conduzcan a la desestimatoria de la pretensión, no deben llevar a aplicarla. La norma prealudida contempla supuestos donde, en forma evidente y sin que existan resquicios algunos de hesitación, se advierta la malicia o temeridad.

Así también, entre otros casos se ha resuelto:

a) *Abogado: dirección letrada*

Si de las constancias de autos no surge que el profesional haya tenido consciencia de la falsedad de los hechos en torno a los cuales organizó jurídicamente la defensa, no es dable reprochársele por las modalidades con que lo hiciera ni por la dilación que hubiesen significado en el reconocimiento del derecho del demandante (CNEsp. CC., Sala III, abril 10/975, La Ley, 1975-C, 191), tal como ocurre, cuando al contestar la demanda el letrado-apoderado hizo la salvedad de que desconocía los hechos que fundamentaban la demanda y que por esa razón y por hallarse fuera de esa jurisdicción el mandante se vería precisado a negar todos los extremos invocados por la accionante, siendo por lo demás su única intervención (CNCom. Sala B, julio 3/974, La Ley 1975-A, 832, sum. 708).

b) *Caducidad de instancia*

El hecho de haberse operado la caducidad de la instancia no autoriza, por sí solo, a considerar que la parte actora ha tenido una actuación maliciosa o temeraria (CNCom. Sala B, marzo 28/969, La Ley, 138, 923, 23.550-S).

c) *Conciliación: solicitud de audiencia*

No configura una conducta maliciosa o temeraria el pedido de una audiencia conciliatoria porque se trata de una medida que los jueces pueden decretar aun de oficio y en uso siempre de facultades instructorias y ordenatorias privativas de conformidad con lo dispuesto por el artículo 36, inc. 4º del Código Procesal. Se trata, por otra parte, de una cuestión de hecho librada al prudente arbitrio judicial en cada caso concreto, pero que debe aplicarse, en principio, con un criterio restrictivo a fin de no lesionar el legítimo ejercicio del derecho de defensa en juicio.

d) *Expresiones de los letrados*

Las manifestaciones irónicas y sarcásticas contenidas en un escrito son notablemente lesivas del respeto debido a la contraparte y al tribunal, carecen del mínimo decoro con el que un profesional debe actuar ante cualquier órgano administrador de justicia y se excede sin motivo el ejercicio del derecho de defensa y el cumplimiento del patrocinio y el mandato (CS, setiembre 27/994, in re: Banco Delta S. A. c. Soinco S. A.; DJ, 1995-1-820).

Bibliografía

Arazi, Roland, *Abuso del derecho en el proceso: deberes del juez para impedirlo*, en Libro de Ponencias del XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal, tomo I, San Juan, 2001.

Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, editorial Ejea, Buenos Aires, 1962.

Colombo, Carlos J., *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969.

Couture, Eduardo J., *Proyecto de Código de Procedimiento Civil*, Exposición de motivos, Montevideo, 1945.

Da Cunha, Paulo, *Simulacao processual e anulacao de caso julgado*, editorial Forense, San Paulo, 1944.

De los Mozos, José L., *El principio de la buena fe*, editorial Bosch, Madrid, 1965.

Geiger, Theodor, *Moral y Derecho*, editorial Alfa, Barcelona, 1982.

Gonzalez Perez, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, editorial Civitas, Madrid, 1983.

Lega, Carlos, *Deontología de la profesión de abogado*, editorial Civitas, Madrid, 1976.

Montero Aroca, Juan, *Introducción al Derecho Procesal*, editorial Tecnos, Madrid, 1976.

Morello, Augusto, *Ineficacia y frustración del contrato*, editorial Platense, La Plata, 1975..

Morello, Augusto Mario y Berizonce, Roberto O., *Abogacía y Colegiación*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1981.

Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1987 (tomo IV).

Peyrano, Jorge Walter, *Otro principio procesal: la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil*, en "Abuso Procesal", obra dirigida por el autor, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001.

Sagüés, Néstor Pedro, *Acerca de la buena fe y su problemática en el mundo jurídico-político*, La Ley 1976-A, 196.

Silveira, Alpio, *La buena fe en el proceso civil*, en Revista de Derecho Procesal, año V, nº 2, editorial Ediar, Buenos Aires, 1947

Capítulo VII EL ABUSO DEL PROCESO

1. Nociones generales

La doctrina sustentada en el abuso del derecho, de plena aplicación en el derecho civil, se ha expandido a otras disciplinas llegando al proceso donde se afianza y apoya en el principio de moralidad. De este modo, la regla general que pretende evitar el ejercicio abusivo del derecho, se consagra en los procedimientos y busca particularidades que lo definan.

En el proceso civil, la teoría del abuso del derecho encuentra distintas manifestaciones, algunas de ellas de fuerte contenido crítico (en la medida que, a veces, se contraponen con el ejercicio legítimo del derecho de defensa), y otras, donde resulta necesario establecer un perfil singular en miras, justamente, de articular un mecanismo que evite dispendios de tiempo o actitudes caprichosas y poco meditadas.

Por eso, también, la doctrina del abuso instala un problema de resolución sociológica, en orden a pretender establecer una función social del proceso, donde las técnicas sean apropiadas con los fines, y no acciones conscientes y voluntarias que persiguen la dilación procesal o el agotamiento de todos los recursos disponibles cuando, a sabiendas, estos son inútiles.

El espíritu de la norma, tal como fue pensado por Josserand, admite una función social que cumplir, de modo que no se permita ejercer derechos puestos al servicio de la malicia, de la voluntad de daños al prójimo, o de la mala fe.

El artículo 1071 del Código Civil, le ha impreso a todo el ordenamiento jurídico un profundo y benéfico soplo de equidad, el cual, sin resultar desconocido por Vélez (v.gr.: art. 2056, Código Civil), lo vino a poner a tono con la filosofía de nuestro tiempo.

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

La unidad ontológica -natural por otra parte con la unidad del sistema legal- 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, persiguiendo lograr con su ejercicio una situación que, normalmente o en el curso corriente de los sucesos, le corresponde por lógica atribución. Es decir, si alguien resulta dueño de un derecho, y éste se afecta, altera o amenaza, es justo que el ordenamiento jurídico le dispense atención y protección resolviendo la crisis que denuncia.

Pero cuando a ese mismo derecho se lo esfuerza (aun actuando de conformidad con la norma objetiva) en procura de un fin diferente al establecido o antifuncional, esa actitud constituye un ejercicio abusivo del derecho.

Con habitual precisión señaló Gelsi Bidart que, en el esfuerzo de comprensión de este antiguo fenómeno del abuso del derecho, se puede señalar dentro del proceso, porqué este es el lugar donde habitualmente aparece el abuso. En éste se hace valer el derecho del que se abusa, cuando el abuso no tiene eficacia directa o espontánea entre las partes: esto será lo que generalmente habrá de presentarse en la práctica. Pero incluso podrá distinguirse -y ello importaría, desde nuestro punto de vista, agrega el maestro uruguayo- el abuso del proceso como tal, el uso abusivo o exagerado del proceso, aunque el derecho sustantivo se mantenga en sus adecuados límites.

La naturaleza instrumental del proceso recibe estos postulados y los aplica 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 las realidades que emergen de la penetración que tiene la doctrina del abuso del derecho en el campo del derecho procesal, no se puede soslayar la reacción que produce, toda vez que a través de un instituto nacido para el derecho privado se propician reformular técnicas que, amparadas en el derecho de defensa en juicio, socavan principios más esenciales para la eficacia y seguridad del proceso.

Nos referimos, por ejemplo, a mecanismos elocuentes del desvío intencionalmente provocado, como son la recusación sin causa, el exceso de las medidas cautelares, la inoportunidad de diligencias preliminares, el ocultamiento de documentos, entre otras.

Bien precisa Vargas que la teoría del abuso del derecho sólo sirve en el proceso, para los mismos y limitados fines que cumple en las materias de fondo (cuando está legislada): esto es, justificar la responsabilidad aquiliana por los daños originados en comportamientos que él o los sujetos ofensores realizaron mediante un "iter conductal" que se inició dentro de los cauces de la norma jurídica (de la cual emanaba el derecho subjetivo) y, que luego se desvió de dicho andarivel eludiendo la meta hacia la cual estaba dirigida la *ratio legis* -los fines de la norma- o bien contrariando los límites impuestos por la "buena fe, la moral y las buenas costumbres" (cfr. Criterio objetivo o funcionalista receptado en el artículo 1071 del Código Civil).

2. Antecedentes

Cuanto más se retrocede en el tiempo, tanto más se advertirá latente la preocupación por preservar el destino útil y lícito del proceso; y cuanto más atrás nos encontremos, mayores y hasta brutales serán los castigos que se imponen como represión del abuso.

La evolución fue morigerando las penas, básicamente por un mayor respeto a los derechos individuales del hombre y quizás, ¿porqué no?, ante la propia reflexión que merecía el modelo que se sancionaba: *¿cómo era posible abusar de un derecho que se tiene?*

En el derecho romano, la disputa se podría expresar entre estos dos textos clásicos del *Códex*: a) *nullius videtur dolo facere, qui suo jure utitur*; b) *abusus non est usus, sed corruptela*.

Informa Gelsi sobre la completa reseña general de textos del *Códex* que realiza en el *Nuovo Digesto Italiano* Salvatore Riccobono, VO. *Aemulatio* (tomo I, págs. 209/211), que significa en la Edad Media, "la maligna intención del que ejercita su derecho sin utilidad o con mínima utilidad para sí, pero con el específico *fin de dañar a otros*" (pág. 209). Según el autor, hubo dos orientaciones contrapuestas en el derecho romano y al influjo del Cristianismo, que se advierte en la compilación de Justiniano (siglo VI), por ejemplo: *prodesse enim sibi unus cuiusque dum alii non nocet, non prohibetur*; la Edad Media llegó a la conclusión, a través de la glosa, en el sentido de que se prohíbe el ejercicio doloso del derecho.

No obstante, la contradicción aparente, los principios se complementan y puede afirmarse que, en el período de las *legis actionis* hasta el procedimiento extraordinario, la prevención del proceso regular se respaldó castigando al *improbis litigator*, cualquiera fuese el desvío provocado.

Explica Véscovi que la antigua legislación francesa recogió el principio de la responsabilidad en los daños procesales determinados por la *temeritas* de uno de los litigantes, admitiéndose la condena al resarcimiento del daño. Las Ordenanzas de Francisco I, Enrique III y Luis XV así lo establecían. El Código de Napoleón, en cambio, no previó sanción especial para el abuso del derecho en el ámbito del proceso ávil, no existiendo en la legislación francesa -ni en la gran mayoría de las que la siguieron en sus inicios- ninguna norma expresa al respecto; no obstante ello, el principio de dicha responsabilidad nunca fue puesto en duda. Lo mismo sucede en *Bélgica* y *Suiza* con textos similares al francés. En lo que se refiere a *Italia*, el código Toscano admitía la condena en daños por la litis temeraria, distinguiendo diversos grados de culpa, y lo mismo sucedía con el código sardo. El actual ordenamiento también establece la responsabilidad "agravada", además de las costas, aunque toda su orientación se funda en el deber de lealtad en el proceso, impuesto a las partes y a sus defensores, y los poderes otorgados al juez para excluir y sancionar la mala fe. Se admite, inclusive, la posibilidad de sacar argumentos de carácter probatorio de la conducta procesal. En *Alemania*, la doctrina elaboró, durante el siglo pasado, diversas teorías para explicar el fundamento de la responsabilidad por abuso de derecho en el proceso civil, lo que determinó que la Z.P.O. estableciera dicha responsabilidad en forma expresa. En el código *austriaco* se sigue la tendencia italiana sobre la base del deber de decir verdad de los litigantes (art. 178 del CPC) y la sanción agravada, en ciertos casos especiales y se llega a determinar hasta la nulidad del proceso como represión del abuso del derecho.

3. Desarrollo de la teoría

La doctrina civilista fue la que con mayor dedicación desgranó el instituto del abuso del derecho.

En la era medieval, por vez primera, se hace efectiva la figura a través de la concepción de la *aestimulatio*, sinónimo de acto ejecutado con ánimo

malintencionado, que sin interesar su regular actividad por estar amparada en un derecho, era considerada un abuso porqué su finalidad era perjudicar a otro.

El *animus nocendi* que caracteriza esta etapa se explica en el Código Prusiano de 1797, basando el abuso en la intención del agente, de manera que para individualizar la conducta y tipificar el desvío, se debía recurrir al análisis de la voluntad y al estudio objetivo de la conducta.

La intención de dañar representa tradicionalmente -dice Josserand- la forma típica, el alimento normal del abuso de los derechos. Las reglas: *malitus non est indulgendum* y *fraus omnia corrumpit*, son tan antiguas como la regla misma, cuya ineptitud para realizar deliberadamente la injusticia consagra.

Puede ocurrir que la intencionalidad de provocar daño tenga otros fines secundarios como, por ejemplo, el de causar una afrenta a la otra parte (*animus vexandi*). Incluso, en este juego de alternativas, la múltiple posibilidad de interpretación de las conductas humanas no impide suponer otras consecuencias.

Por ejemplo:

a) Intención de dañar sin abuso: *oposición al matrimonio de un menor; oposición al propietario de un fundo a que su vecino corte las raíces que se adentran en su finca, etc.*

b) Abuso sin intención probada de dañar: *caso de la mala fe de quien paga a otro por error presunto, etc.*

c) Fraude a la ley: *acto que se realiza con el fin de eludir una regla de orden público, donde no hay daño intencionado aparente, etc.*

Ahora bien, para esta posición doctrinaria lo importante es encontrar la *intención de dañar*, de modo tal que será constitutiva de abuso cuando haya sido principal, es decir, determinante, y al Juez corresponde investigar si, en el caso que juzga, esa intención ha desempeñado un papel preponderante.

La producción del daño a través del ejercicio abusivo del derecho, importará para esta teoría la obligación de asumir la responsabilidad y reparar los perjuicios ocasionados.

En una etapa posterior, se va a desprender el abuso de la intención: el derecho debe ejercitarse de buena fe. Larombiere explicaba: "Para que una perfecta irresponsabilidad garantice el ejercicio de un derecho, es necesario que quien lo ejercite lo haga prudentemente, con las precauciones ordinarias, sin abusar de él y sin exceder sus justos límites".

La actuación desprovista de *bona fides* importaba atender el grado de dolo o culpa del agente, de manera que la negligencia o la imprudencia obligaban a reparar el daño.

El sistema de la culpa -dice Condorelli- se confunde con el acto ilícito, por eso sería inútil hablar de un abuso del derecho cuando una persona ha cometido una culpa que puede ser atacada por aplicación de los artículos 1382 y siguientes del Código Civil francés.

Las críticas levantadas contra la teoría precedente derivaron en opiniones que centraron su atención en el interés que se protegía con el ejercicio del derecho.

Para Josserand, sólo cuando el titular ejerce sus prerrogativas independientemente de todo interés, o para la satisfacción de un interés legítimo, usa mal de él, abusa y por tanto no puede pretender la protección de la ley...El interés legítimo es el fundamento y medida del ejercicio de los derechos y de la protección que le es concedida por los poderes públicos; así como *sin interés no hay acción* como consecuencia lógica, *sin interés no hay protección jurídica*.

También Fleitas sostuvo que este criterio no aporta nada nuevo con relación al de la culpa, pues casi siempre la falta de interés o de utilidad en el autor del hecho, significará que éste ha obrado con intención maligna, o por lo menos, con torpeza o negligencia.

Finalmente, las ideas bosquejadas confluyeron en una interpretación funcional del principio. La relatividad de los derechos, desarrollada por Josserand, cubrió la necesidad de interpretar funcionalmente los derechos conforme al espíritu para el que fueron creados, señalando el abuso cuando la utilización es impropia o inadecuada a su télesis.

Saieilles expresaba que la verdadera fórmula sería la que viese el abuso del derecho en el ejercicio anormal del derecho, ejercicio contrario al destino económico o social del derecho subjetivo, ejercicio reprobado por la conciencia pública y que traspasa, consiguientemente, el contenido del derecho, puesto que todo derecho, desde el punto de vista social, es relativo, y no hay derechos absolutos, ni aun la propiedad.

La teoría así planteada, cobró rápido predicamento entre los doctrinarios de la época, y en Francia, autores como Geny, Charmont, Bartin y Hauriou delinearon sus diversos matices pero aunando sus opiniones en el sentido de acordar al abuso del derecho la característica de ser un desatino de la conducta que enfrenta a la norma con el fin para el que fue creada.

Se explica por Josserand, que "el criterio finalista derivado del fin, del espíritu de los derechos, presenta, como se la reprochado, pero en una medida menor, un carácter abstracto y fugitivo que podría provocar serias dificultades de aplicación, si felizmente no se concretara recurriendo al *motivo legítimo*, que constituye su expresión sensible y algo así como su figuración. En este concepto debe verse el criterio personal y especializado de aquel criterio universal y abstracto aun, que nos brinda el destino social de los diferentes derechos, y más bien, debe considerársele como la exteriorización de este criterio abstracto, como su representación necesaria e infalible, su forma de revelarse en cada prerrogativa y con motivo de cada acto realizado por el titular; el acto será normal o abusivo según que se explique o no por un motivo legítimo que constituye así, la verdadera piedra angular de toda la teoría del abuso de los derechos y como su precipitado visible; estamos obligados a poner nuestras facultades jurídicas al servicio de un motivo adecuado a su espíritu y a su misión, pues de lo contrario no lo ejercitamos ya propiamente, abusamos de ellos".

No obstante, la trascendencia de esta teoría, otros autores prefirieron analizarla como una excepción al principio general de que los derechos, habitualmente, se cumplen y actúan regularmente.

Alzerrecas dice que leyendo a Josserand aparece como que la vida jurídica fuera un dioque constante y lesivo de los derechos individuales, en la que la teoría de la relatividad o del abuso de los derechos vendría a poner un equilibrio de justicia. Esto está lejos de ser efectivo. Los derechos se ejercitan normalmente sin provocar

grandes trastornos; el abuso del derecho es una situación de excepción; el principal defecto de Jossierand y de los que teorizan con él, es el de confundir una situación de excepción con una regla general y convertirla así en una constante normal del derecho.

La regla funcional aplicada en el proceso también supone: 1) que una persona es titular del derecho de que se trata y capaz de ejercitarlo; 2) que lo use permaneciendo en los límites objetivos que le traza la ley en una forma más o menos precisa; 3) que tome una dirección distinta a la que le asigna el espíritu mismo de la institución; por tanto, que en cierta forma lo utilice contra su sentido.

4. La teoría del abuso en el derecho procesal

Corresponde interpretar ahora si todos los principios compilados y desarrollados sucintamente permiten su aplicación en el proceso. Hemos anticipado que la unidad del ordenamiento jurídico admite la recepción de tales ideas, basado en la conjunción de intereses que importa la atención del problema.

Empero, algunos autores coinciden en que la doctrina del abuso del derecho tiene en el proceso principios propios, vertebrados en el deber de lealtad y probidad, o en el principio de moralidad; y algunos más propician su instalación como un nuevo principio aplicable al proceso, con características propias e independientes del principio de buena fe procesal.

Calvosa sostiene que es un principio procesal; en su favor sostiene que la responsabilidad por abuso de las vías procesales debe encontrar un fundamento especial y diferente de la responsabilidad civil, entendiendo que la primera es una responsabilidad subjetiva cuyo fundamento lo encuentra en la violación del principio que impone la obligación de actuar con lealtad y probidad en el proceso que establece el Código de Procedimientos civil italiano en forma expresa actualmente, y que se encontraba como principio general implícitamente establecido en el código antiguo. La responsabilidad de los daños procesales, a diferencia de la que impone el pago de las costas y que es una consecuencia objetiva de la pérdida del pleito, tiene que tener un fundamento subjetivo y basarse en la violación de una obligación o de un precepto, pues no podrá sostenerse que la simple acción en justicia que constituye un derecho subjetivo, puede acarrear una responsabilidad.

En nuestra opinión, la teoría elaborada en torno al abuso del derecho se ha imbricado dentro de la teoría general, de modo que su influencia se extiende a todas las ramas de un ordenamiento jurídico, sea derecho civil, comercial, administrativo, procesal, etc.

Tal es la posición de Condorelli, quien sostiene que nada impide que, dentro del juego armónico de las normas de los artículos 45 del Código procesal y 1071 del Código Civil, se conmensure la indemnización por proceder abusivo en el proceso o con el proceso, en una forma superior a la prevista en el citado artículo 45.

El hecho de trastocar la buena fe, entendida como regla moral del proceso, no le otorga singularidad pues sus principios son generales y lo que interesa advertir son sus consecuencias.

Por ello el problema no apunta al proceso en sí mismo sino al curso de actos procesales regulares, válidos y eficaces que conformen el debido proceso y cuya virtualidad se pretende alterar con el uso abusivo que de ellos se hace. Abuso que consiste en utilizar una facultad procesal con un destino distinto al previsto constitucionalmente.

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

Gelsi Bidart opina que la peculiaridad del abuso del derecho en sí (genéricamente) 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 coincide con la realidad.

Siendo así, la contradicción expuesta por Calvosa y acompañada en general por la doctrina civilista, es más aparente que real, pues la responsabilidad conforma un módulo de atribución cuyo verdadero conflicto se suscita en la consideración objetiva o subjetiva del daño que produzca la actuación antifuncional.

No obstante, existen quienes piensan que no cabe aprehender la responsabilidad por abuso del derecho en el ámbito del proceso civil, pues el régimen procesal cuenta con sanciones específicas que reprimen las inconductas.

Planiol ha sostenido que hablar de abuso del derecho constituye una logomaquía desde que el uso del derecho no puede constituir una ilicitud que acarree responsabilidad, explicando que nadie sostuvo nunca que el derecho se pudiera usar ilimitada y arbitrariamente.

Entre nosotros, el anteproyecto Bibiloni mentaba en el artículo 411 que: "*Los derechos pueden ser ejercidos en la extensión de sus límites legales, aunque con ellos resulte perjuicio a su servicio*".

El que usa de un derecho usa de lo suyo. A nadie perjudica. Todos deben respetar el derecho ajeno, aunque lastime su interés o sus conveniencias. Nuestro artículo proyectado -decía Bibiloni- entiende sólo determinar lo que el ejercicio del derecho encierre. Cuando otro derecho se le opone, se trata de lo que se llama colisión de derechos, es decir, del ejercicio de derechos antagónicos...El derecho puede ser ejercido aun contra el derecho de otro, si por la ley corresponde la preferencia. Dessertau afirma en el mismo sentido que el acto abusivo responde a un derecho de parte del peticionante pero él es contrario al derecho del lesionado desarrollándose dentro del ejercicio de un derecho.

De nuestra parte, pensamos que el abuso de por sí significa elevarse a un propósito desmedido, exceso éste que puede ser culpable o doloso o simplemente actuado con imprudencia, de manera que la actitud subjetiva del autor ha de constituir una de las notas singulares para definir el instituto, adunada con la elección del medio para llevarlo a cabo.

Otra vez las enseñanzas de Gelsi cimentan estas apreciaciones: "No es sólo el fin perseguido lo que importa, aunque esto siga teniendo importancia fundamental y aunque, generalmente, en el abuso, suele haber otra finalidad, también procurada incluso aparentemente como

principal y, por tanto, desplazado en cierto modo el fin fundamental establecido por la ley. En rigor no puede prescindirse del fin cuando se habla del medio: aquél funciona como causa final de éste; no se realiza el medio sino en vista de la finalidad que con él se persigue (y, a veces, se consigue: resultado)

No se trata de relevar si el desatino se castiga de acuerdo con el exceso, es decir, si fue imprudencia la pena será leve; si hay culpa aumentará y si fuera el caso de dolo habrá responsabilidad plena y una dimensión mayor en la sanción.

En realidad, el abuso es de consideración subjetiva, sin que interese la intención de perjudicar o de provocar un acto ilícito. Solamente hay que observar el acto dispuesto y la conducta manifestada. En el primer caso se analizará el comportamiento puntual, mientras que en el segundo la valoración se realiza sobre el llamado "comportamiento sistemático".

Sostiene Peyrano que, con la paulatina retirada del liberalismo procesal y con la correlativa entronización en la Argentina del ideario de la Escuela eficientista del proceso civil se comenzó, hace algunos años, a conformar un fuerte movimiento en pro de un proceso más libre de maniobras y emboscadas, dando así paso a la aparición, a modo de nuevo principio procesal, de la proscripción del abuso del derecho en el campo del proceso civil.

No obstante, otros piensan que "hay abuso del proceso cuando en un proceso civil se ejercita objetivamente, de manera excesiva, injusta, impropia o indebida poderes-deberes funcionales, atribuciones, derechos y facultades por parte de alguno o algunos de los sujetos procesales, principales o eventuales, desviándose del fin asignado al acto o actuación ocasionando un perjuicio innecesario (daño procesal computable)".

Así lo propone Mariela Álvarez, quien diferencia asimismo al abuso procesal de los principios de moralidad y abuso del derecho. En efecto -agrega, el abuso del proceso hace expresa referencia al ejercicio de los derechos, en la especie, procesales, derechos que no son absolutos, y cuyo ejercicio no puede ser excesivo, irrestricto o injusto en perjuicio de nadie, ni puede contrariar los fines para los cuales fueron concebidos. Violado que fuera el principio de moralidad, el juzgador, al efectuar el análisis de la conducta procesal maliciosa, impondrá sanciones que se plasmarán en la sentencia. En cuanto al abuso del proceso, la sanción del acto abusivo es diferente y va desde la anulación del acto, privándolo de sus efectos normales, hasta la condena en costas aun a quien, en ejercicio de un derecho legítimo, hubiera promovido el litigio agravando innecesariamente sus consecuencias. Consecuentemente, abuso del proceso y principio de moralidad son dos cosas distintas.

5. La responsabilidad civil en el proceso

Si observamos atentamente la dirección del principio aplicado en el proceso, advertiremos que el abuso presenta dos facetas:

- a) La actuación negligente, culpable o dolosa que lleva una intención subjetiva (*animus nocendi*).

b) La elección del proceso como medio de actuar dicha actitud, de manera que se pretende desviar el fin normal de la jurisdicción.

En el primer aspecto, la atribución de responsabilidad es *subjetiva*; en el siguiente, en cambio, es *objetiva*.

En terreno de la interpretación de la conducta expuesta en actos procesales de iniciación y trámite, es insoslayable ponderar la voluntad que ellos trasuntan y derivar la calidad del comportamiento. Esta primera etapa cuenta en el código procesal con diferentes normas que se han ocupado de resolver la dirección precisa y oportuna a cargo del Juez (v.gr.: arts. 34 inciso 5º apartado d); art. 34 inciso 6º; 37; 45; 163 incisos 5º y 8º, etc.), pero ello no impide ni convierte en residual la presencia del abuso de derecho en los términos del artículo 1071 del Código Civil.

Inmediatamente se comprende que al haberse utilizado el camino jurisdiccional como alternativa de expresión a un fin disvalioso, supone un quebrantamiento al destino de seguridad y paz social que, teleológicamente, impone al proceso, y como éste provoca una serie de gastos objetivamente considerados, el daño resultante por el abuso se debe reparar. Pero estos gastos (costos y costas) tienen cuantificación precisa y norma especial que sanciona su pago: la condena en costas.

Sin embargo, los perjuicios que se pueden llegar a padecer por el penoso tránsito que supone el procedimiento van más allá de los objetivamente cuantificados, al punto que la tortuosidad y apremio psicológico, los eventuales frutos perdidos por la indisponibilidad de un bien injustamente embargado, la imposibilidad de salir del país por una interdicción declarada, etc., componen una variada serie de daños que merecen una calificación significativa.

Por ello el criterio subjetivo tiende a una corrección más amplia de los perjuicios provocados y permite subsanar en su campo otras disfuncionalidades como las que comprometen la lealtad, la probidad y la buena fe procesales.

El magistrado, en miras de sentenciar por estos conceptos, se puede basar en el principio general del artículo 1071 del Código Civil y reparar plena e integralmente el daño probado (arts. 519 y 1069, CC).

Este proceso de valoración y prueba para arribar a la medida del perjuicio deberá tramitarse ante un proceso independiente del que originó el daño, sin perjuicio de señalar la conveniencia de que en éste se declare la existencia del abuso; o que lo mismo se persiga en vía incidental.

5.1 Elementos de la responsabilidad

La responsabilidad civil considerada en relación con el abuso del proceso se debe regir por los mismos principios de la ley de fondo, de manera que existirán como elementos:

a) Un hecho (actuación procesal) que haya provocado la utilización inadecuada o antifuncional del proceso;

- b) una conducta o comportamiento procesal que expone una voluntad encaminada a un fin disvalioso, y que podrá ser negligente, culpable o dolosa;
- c) una relación de causalidad, es decir, el nexo entre los dos primeros componentes;
- d) un daño, que sea producto del procedimiento abusivo gestado.

Borda ha dicho que "luego de sancionada la Ley 17.711, con la consiguiente modificación del art. 1071 se entiende que: puesto que no se permite el ejercicio abusivo de los derechos, la conducta es ilícita y producirá por tanto, todos los efectos propios de un acto ilícito a saber: 1) en primer lugar, el Juez negará protección a quien pretenda ejercer abusivamente un derecho y rechazará su demanda; 2) en segundo lugar, si la conducta abusiva hace sentir sus efectos extrajudicialmente, el Juez debe intimar al culpable que cese en ella; 3) por último, el culpable será responsable de los daños y perjuicios de la misma manera que el autor de cualquier hecho ilícito: se responde por todos los daños, inclusive el moral (art. 1078 Código Civil) y si los culpables son varios la responsabilidad es solidaria (art. 1109 Código Civil) y desde luego, la acción se prescribe a los dos años (art. 4037 Código Civil)".

Por supuesto que la asimilación de las normas sustanciales se refiere y aplica en los casos que se pretenda perseguir una responsabilidad, circunstancia diferente a la mentada proscripción del abuso procesal que la doctrina fomenta y compartimos.

5.2 Sujetos responsables

Todos los que intervienen en un proceso pueden, en alguna medida, abusar de él.

Sujeto activo será quien provoque o ejercite el acto disfuncional. Podrá ser el actor que promueve la demanda como aquél que abusivamente se resiste a ella, o los terceros que debiendo actuar en el proceso por una intervención obligada, se oponen sin fundamento.

El abuso puede estar en el exceso del derecho invocado (v.gr: desconocer una firma que le es propia) como en el medio elegido para ejercerlo (defensa ilegítima).

Sujeto pasivo será quien se encuentre sometido al litigante que actúa el abuso, pudiendo ser el Juez el agraviado, como en los procesos simulados o confabulados, aunque la situación supone un encuadre jurídico diferente.

Los abogados y procuradores son agentes de producción del abuso y a ellos nos referiremos oportunamente.

5.3 Extensión de la responsabilidad

El abuso del derecho constituye la plataforma donde asienta el principio del art. 1071 del Código Civil y despliega sus consecuencias hacia el agente que acomete contra el proceso.

Hay, en esta base fundacional, una responsabilidad genérica que subyace ampliamente sin distingos de matices, por el sólo hecho de desvirtuar con el acto abusivo el fin pensado para el acto de que se trate. Será la responsabilidad que se comete por el *abuso con el proceso*. Tener conciencia de la propia sinrazón, obstruir la marcha del proceso sin razón valedera, actuar con desconcierto y provocando el error del juzgador, etc., son actitudes que se encuentran ejemplificadas en este tramo del proceso.

La otra responsabilidad se da *en el proceso* y surge de la multiplicidad de incidencias y chicanas que, por lo general, contienen disposiciones específicas que castigan su deducción injusta.

En ambos casos, el abuso constituye el principio que se afirma en el horizonte del respeto a la regla moral del proceso, desde el cual se desprenden diversas posibilidades de violación que, siendo genéricamente actos abusivos del o con el proceso, además tienen una particularidad específica que sirve para calificar su configuración y encuadre (v.gr: culpa, dolo, fraude., desobediencia, temeridad, malicia, mentira, etc.).

Precisamente esta posibilidad de singularizar se utiliza para graduar la responsabilidad emergente según la gravedad del abuso cometido, sin relacionarse, por supuesto, con las sanciones procesales en costas o las particulares que el ordenamiento adjetivo establezca.

Condorelli se interroga si puede existir una conmensuración de indemnización por proceder abusivo en el proceso o con el proceso, pese a que se haya aplicado la sanción del art. 45 del código procesal. Respondiendo que parecería que no pueden abrigarse dudas en torno a que la responsabilidad que genera la conducta del *improbis litigator* constituye un tópico más de la responsabilidad aquiliana, como que, dentro de la economía de nuestro código civil, se está por el principio de reparación plena o integral del daño (arts. 519 y 1069). En esta línea de pensamiento, si alguien se ha visto obligado a transitar por un tortuoso sendero litigioso, en un pleito alongado, presionado moralmente por la existencia misma de la lid, que haya sido impelido a litigar como consecuencia del actuar abusivo de la contraparte, no parecería sensato afirmar que la indemnización debe constreñirse, o limitarse a lo que previene el art. 45 del Código procesal. Sostener esto implicaría decapitar el valor justicia.

6. Modos de prevención y represión del abuso

El principio de moralidad en el proceso sólo puede ser controlado por quien lo dirige (el Juez), sin perjuicio del deber de colaboración que tienen las partes y del respeto hacia la lealtad, probidad y buena fe que inspiren sus actos.

Esa regla moral, recurrente en los tópicos de este trabajo, acuña en el código procesal distintas normas que reprimen la conducta procesal

inadecuada, de manera que se fijan sanciones a pesar del fin preventivo que tienen por la amenaza implícita.

Pero no existe una norma expresa que habilite al Juez para prevenir el abuso del proceso, y quizás tampoco fuera necesaria ante las variadas formas como se manifiestan los desvíos, los que se observan en el simple hecho de actuar bajo una norma que se tiene, pero que se utiliza con la finalidad de provocar daño.

Es este uno de los problemas más difíciles de resolver en el tema, porque entre el derecho de argumentar sostenido como principio constitucional para la adecuada defensa en juicio, y la proscripción del abuso como elemento de protección a la sanidad y buen juicio, aparecen razones contrapuestas que obligan a plantear, como bien afirma Marcela García Sola, una actitud prudente del juzgador, sea para la declaración de oficio del abuso, o cuando tenga dudas razonables, o en su caso, cuando no existan perjuicios evidentes.

El control preventivo del abuso no se puede dar sino a través de facultades (poderes-deberes) que aumenten el poder de dirección del Juez. Aun cuando las que existen constituyen un rico juego de variantes, casi todas operan en el "después" y alejadas del hecho en crítica; incluso, esos actos, por lo general influidos por el sistema escriturario, se dan a expensas de la inmediación con la que no cuenta el proceso común.

La audiencia preliminar o "de saneamiento" (despacho saneador), puede corregir el ordenamiento e insertarse en el procedimiento actual sin necesidad de mayores cambios (de hecho, se puede articular entre las facultades jurisdiccionales del art. 360 del código federal).

Aun los que resisten la oralidad, no dejan de reconocer la importancia de la inmediación; "conocerle la cara" a la justicia impone siempre un respeto superior al que pondera el hecho simple de comprometerse por escrito.

La posibilidad de anticiparse al abuso se ofrece en esta medida de "higiene procesal" pues, aunque el proceso se encuentre en marcha, esta audiencia permite al magistrado recorrer desde la perspectiva de la conciliación hasta el más simple depuramiento de las cuestiones en conflicto.

La represión de la conducta abusiva supone, en cambio, una sanción ejemplificadora, distinta a las condenaciones accesorias y a la eventual reparación por responsabilidad.

La nulidad del acto abusivo, las penalidades individuales, comunes y/o solidarias, son alternativas que ofrece el derecho comparado.

De todas maneras, aun cuando se admite la reparación *en especie* (revocación o nulidad de los actos) el principio general es el de sancionar con una reparación pecuniaria.

7. El contexto donde actúa el abuso del proceso

Una vez que se reconocen los perfiles que distinguen al instituto del abuso del derecho aplicado en el derecho procesal, es preciso advertir el contexto donde habrán de aplicarse esos fundamentos.

En efecto, si el punto de arranque se instala en la conducta inapropiada de la parte que, a sabiendas del derecho que acredita lo utiliza con un fin diferente al previsto por la norma, la cuestión se debate en un problema de casuística, donde la clasificación deviene necesaria para reconocer algunos de estos problemas de supuesta inmoralidad.

En cambio, si la mala utilización de las técnicas jurídicas o de los procedimientos se verbaliza con el *abuso del proceso* o *en el proceso*, la cuestión debe considerar la idoneidad profesional.

Señala Morello que si se habla de abuso del proceso, de inmediato tendríamos que pensar en la indebida promoción de tantos juicios y, al mismo tiempo, en lo que significa el abuso de la jurisdicción...Sin embargo -agrega-, no estimamos que sea esa simplificada diagonal la preocupación que anida en la cuestión, aunque lo clásico del abuso se centre en determinar si las técnicas y los procedimientos judiciales son utilizados racionalmente o con exceso. Sobre esto, el ejercicio disfuncional de los recursos, de los incidentes, por ejemplo, torpedea la lógica interior del debate, colisiona con los principios procesales de celeridad y economía y emerge como mecanismos que deflacionan el rendimiento, de lo que se espera del servicio de justicia.

En tal sentido, antes que atender la cuestión fáctica donde se produce el abuso en sentido lato, debiéramos considerar el problema de la recurrencia indiscriminada a la jurisdicción, como lugar de respuesta a todos los conflictos intersubjetivos.

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 los ritos 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.

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*.

Otra contundente demostración del cambio está en el derecho comercial, donde en la práctica 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 incompreensión.

Veamos el suceso desde la perspectiva del litigio. ¿Cuáles son las 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.

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".

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.

7.1 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.

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

¿Cómo tratar el caso desde una perspectiva jurídica?

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

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

Sin embargo ésta es una opción falsa.

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

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

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

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

El abogado es el primer comprometido en esta empresa, 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 transformar 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 fe 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 se ha podido anunciar la muerte del hombre, suponiendo que es un mito la reivindicación del sujeto consciente.

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 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.

7.2 El abuso del derecho constitucional de petición

El fenómeno de plantear demandas innecesarias, o deducir oposiciones como artillugios, o cuestionar actos sin fundar suficientemente la controversia, son actitudes que pueden estar basadas en el derecho de defensa en juicio, amplio y omnicompreensivo, y de alguna manera, plantean serias resistencias a la utilización del abuso como mecanismo depurador de las conductas.

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.

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 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.

Graciela S. Rosetti, ha dicho que cuando *ab initio* y de manera manifiesta se observa que la pretensión está desprovista de protección jurídica, dado que el objeto o causa en que se funda, resulta ser contrario a la ley o ilícito, o a las buenas costumbres; hacen que no pueda aspirarse a un proceso, pues la petición no merece amparo jurisdiccional por no estar autorizada por ley.

7.3 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 desviada de

los fines legalmente previstos, los que se interpretan 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 fe pero sin intención de producir daños.

a) 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.

Es la conocida doctrina de la *aemulatio* del derecho romano donde la relación se da 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*, porque 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.

b) 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 caída del dogma de plenitud de la ley escrita.

c) 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.

También el fraude puede ser *bilateral*, dándose 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* (propriadamente 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 de cualquier función judicial. Y *con el proceso*, que es la utilización fraudulenta del medio procesal para lograr una decisión jurisdiccional oponible a terceros.

8. 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 da tentativamente cuando la pretensión es ambigua, inmotivada, falsa o con intenciones dolosas. Son ejemplos de este grupo, la elección de la vía más perjudicial 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.

En el primer grupo (**abuso del proceso**) se encuentran actos contrarios a la finalidad prevista en:

1) *Elección de la vía más dañosa para el adversario*: supuesto que permiten nuestros ordenamientos procesales al dejar la opción para el actor del tipo de procedimiento a seleccionar (v.gr: juicio ejecutivo o proceso de conocimiento), sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 319 del código procesal.

El perjuicio que se busca con esta vía es el alargamiento o postergación en su resultado, o el mantenimiento del estado de incertidumbre sobre una situación en conflicto.

2) *Confundir al oponente por la vía del proceso*: será el caso de las demandas ambiguas, las que provocan un apartamiento de la finalidad legal que cumple el proceso. La intención es causar desconcierto e inseguridad en el contradictor. En algunos casos, este supuesto se confunde con la malicia o el engaño procesal.

3) *Reclamar sin fundamento aparente*: como en las pretensiones que no se motivan circunstanciadamente o en aquellos recursos que devienen técnicamente inaudibles pues, lejos de enjuiciar los fundamentos dirimentes del decisorio, se limitan a cuestionar en términos superficiales y escasos, la seriedad del pronunciamiento, hecho que resalta el abuso y la ligereza de la actuación.

4) *Cuando se busca con el proceso una finalidad coactiva*: hipótesis alejada de la simple compulsión que admite el juicio ejecutivo y que se afina en las peticiones de quiebra, en las ejecuciones hipotecarias, etc., donde la mora y el monto reclamado, siendo mínimo, se pretenden para soliviantar el ánimo del deudor.

5) *Cuando se acude al proceso sin necesidad*: con el fin de desgastar energías y socavar la voluntad del demandado. Por ejemplo: cuando se recurre a juicio para provocar la mora del deudor; demanda de resolución contractual cuando existe pacto de rescisión automática, etc.

En el grupo restante (**abuso con el proceso**) podemos ejemplificar con los actos siguientes que ocurren en el curso de la litis:

1) *Recusación maliciosa*: que constituye un supuesto específico de obstruccionismo, en la medida que su interposición solamente persiga demorar el desarrollo del proceso. Será maliciosa -dice la jurisprudencia- la recusación

desprovista de un mínimo de fundamento valedero, que denote la total falta de relevancia y, con ello revele que, por ser fútil no ha tenido en consideración la investidura de los magistrados.

Palacio, instala esta actitud como abuso en el proceso, mencionando que la recusación que no tiene fundamentos o, al menos, siquiera los aparenta, lo único que persigue es darle al instituto un objetivo incompatible con su finalidad

2) *Abuso en materia probatoria*: la etapa probatoria pretende encontrar en la actividad de las partes la reconstrucción de los hechos y de la situación jurídica tal como efectivamente ocurrieron o están ocurriendo las cosas. Este objetivo de colaboración desinteresada en la búsqueda de la verdad, obviamente fundamentada en principios de lealtad y probidad entre las partes, pocas veces se cumple. Testimonian la afirmación acciones tales como alterar el estado de cosas o lugares que deben ser objeto de reconocimiento; o cuando se niega acompañar documentación en el juicio con el argumento de ser confidencial; o la parte niega, con mezquindad manifiesta, a colaborar en la producción de pruebas científicas que necesitan de ella.

Ofrece como ejemplo Condorelli el siguiente caso: se entabla una demanda contra un sanatorio de la ciudad de Rosario, en el que se internó una persona para ser intervenida quirúrgicamente de una cirugía menor que duraba no más de quince minutos, y luego de estar más de diez horas en el quirófano, salió desorebrada. El marido y los hijos demandaron por daños y perjuicios al establecimiento, a los médicos y enfermeros, y a todos los partícipes del acto quirúrgico. Pero, sucede que los únicos testigos participantes eran los propios demandados (lo que generalmente ocurre). La mujer, desde luego por imposibilidad práctica, no pudo ofrecer pruebas. Lo único que reconoció la parte demandada era que la paciente había salido desorebrada, ostentando una marca de quemadura en el cuello - aparentemente de origen eléctrico- que no tenía al entrar al quirófano, pero sí al salir. A raíz de esto, el Juez ordenó una pluralidad de medidas de mejor proveer, y entre ellas, una Junta Médica Forense que dictaminase si esa quemadura era de tercer grado y sobre la cual se preguntó si podía producir olor y humo, a los que se contestó que sí, que debió haber producido mucho olor y humo. Sin solución de continuidad, el mismo día el Juez llamó a los seis o siete demandados y los interrogó; una de las preguntas fue si en el quirófano había mucho olor y humo, a lo que todos respondieron que no. Esta fue la única prueba de la evidente conducta mendaz de la parte demandada en el concierto defensivo que determinó la condena, luego confirmada, de los demandados en el caso.

3) *Abuso en materia recursiva*: se trata en el caso de cuestionar el planteo obsecuente de impugnaciones contra las resoluciones judiciales. Si bien en el caso de sentencias el órgano de revisión puede declarar la deserción por no contar el escrito de apelación con una crítica concreta, razonada y autosuficiente, se pretende que entre las facultades judiciales del *a quo* se concrete la potestad de sancionar (y declarar inadmisibles) al litigante que abusa de los medios de gravamen y las vías de impugnación. El análisis serio, razonado y criterioso para llevar adelante un recurso es el cánón que perfija la suficiencia de la queja.

Josserand destaca numerosos pronunciamientos de la Suprema Corte de Francia donde se declara que si el derecho a interponer recursos en los límites y condiciones fijados por la ley, es una prerrogativa legítima y respetable, no es así, sin embargo, un derecho absoluto; la apelación vejatoria, de mala intención, frustratoria o simplemente temeraria, se debe considerar abusiva.

Agrega Morello que la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, verifica una tendencia a declarar desierto el recurso de apelación, con sustento en que tal acto no satisface la exigencia prevista en el art. 260 del código provincial; esta orientación, indica el autor, es peligrosa, atentatoria de la efectividad de la garantía de la defensa y en gran medida menguante del quehacer del abogado (posición que parece haber cambiado el maestro, conforme se desprende en varias de sus obras posteriores).

Esta es la otra cara del abuso: la prevención exagerada de la facultad de apelar, llevada al excesivo requerimiento ritual. El justo medio de la defensa en juicio parece sugerir que sea la interpretación judicial quien determine el alcance del principio.

4) *Abuso cometido en las medidas de ejecución*: el juicio ejecutivo presenta, por sus peculiares características, uno de los campos más fértiles, más aptos para actuar el abuso. El título ejecutivo, que por sus características no admite investigación en la causa que lo origina, es llevado al proceso como el hacha del verdugo; sin embargo, aquel título no puede estar aislado de la legalidad general sino inmerso en ella y no puede eludir, en nombre de las necesidades del comercio o de la armonía de una construcción doctrinaria, institutos básicos del derecho como el conformado por los principios de moralidad y buenas costumbres, licitud de la causa, inexistencia de abuso, ausencia de imprevisión, etc.

No obstante, al amparo del desconocimiento sobre la causa, se asiste al abuso en numerosas situaciones protegidas por ese lado desconocido de la cambial. Claro está, como dice Peyrano, no se trata de afiliarse al derecho como hecho, ni de autorizar en el proceso compulsorio el desborde causalista. Sólo pretendemos alertar, ante la relativa eficacia del juicio ordinario posterior, que por sus exigencias contiene una desmedida condición que provoca en la práctica un resultado inútil, una expectativa irrealizable.

Es obvio que el ejecutado al que se le ha subastado su vivienda o sus bienes no podrá recuperarlos por mejor resultado que obtenga en el "después"; la justicia habrá llegado tarde; en cambio, si se autoriza a los jueces a ponderar atentamente el planteo motivado rechazando también el "exceso causal", se conseguirá dotar de realidad a un proceso ejecutivo que hoy se muestra extraño al dato del diario acontecer.

Adaptar el juicio ejecutivo a la realidad económica y social de un país no significa otra cosa que permanecer atento a una época ingratamente crematística. El Juez no puede permanecer impasible convirtiendo su función en interminable sala de espera.

Autonomía de decisión, capacidad de comprender, abandono de lo rutinario que por envejecido y anquilosado aparece arcaico y peligroso para la sociedad.

De lo que se trata es de flexibilizar el juicio ejecutivo, quebrar la dureza de las limitaciones al derecho de defensa, y arrumbar aquella idea sostenida de ver en la atención causal o circunstancial un compromiso con la sumariedad que destaca el compulsorio. Esta apertura hacia un proceso ejecutivo más pleno y eficaz, requiere al mismo tiempo, de un control estricto para evitar los abusos. Este es el equilibrio buscado.

5) *Abuso en el cumplimiento de la sentencia ejecutiva:* ciertas instituciones como el Banco Hipotecario Nacional cuentan con facultades para subastar el inmueble embargado en razón de una previsión legal. Empero, cuando se la notificado del auto de remate y transcurrido más de un año, no concreta la subasta, comporta desnaturalizar el normal y regular ejercicio de las facultades que le acuerda a esa institución la Carta Orgánica contrariando su finalidad, e incurriendo en una conducta abusiva en los términos previstos en el artículo 1071 del Código Civil, con menoscabo incluso del derecho de propiedad, entorpeciendo a la vez, la labor de la justicia, cuya realización quedaría perturbada hasta el extremo de su denegación.

A pesar de que el código procesal de la nación contempla sanciones procesales para quien plantea cuestiones manifiestamente improcedentes que demoren el saldo del precio (art. 574 CPCC), las multas no previenen el abuso y hasta son utilizadas especulativamente en una economía inflacionaria.

Otras veces, el embargo trabado por el acreedor se convierte en una medida perjudicial en lugar de asegurativa, pues la connivencia del embargado con un tercero puede llegar a la simulación para levantar la medida; veamos por qué.

La preferencia otorgada por el embargo -que según la doctrina generalizada no se podría fundar en reglas de derecho sustancial sino en la eficacia que las reglas procesales atribuyen a la decisión judicial prohibitiva de la disposición de los bienes- se proyecta sobre dos planos. El primero concierne a su base temporal relegando la relevancia de la fecha de los créditos de los juicios o de las peticiones en beneficio del orden temporal de la traba de los embargos, situación claramente reglada en el artículo 218 del código procesal. El segundo plano se vincula con el ámbito de la preferencia en relación con la cuantía del crédito del embargante, que es precisamente el tópico de un plenario comercial que ha dado lugar a diversas interpretaciones. La cuestión fue arduamente disputada por la doctrina civilista a propósito de la interpretación del artículo 736 del Código Civil.

6) *Abuso en las medidas cautelares:* dispone el artículo 208 del código procesal que "*salvo en los casos de los artículos 209 inciso 1º y 212, cuando se dispusiera levantar una medida cautelar por cualquier motivo que demuestre que el requirente abusó o excedió en el derecho que la ley otorga para obtenerla, la resolución lo condenará a pagar los daños y perjuicios si la otra parte lo hubiere solicitado. La determinación del monto se sustanciará por el trámite de los incidentes o por juicio sumario, según las circunstancias hicieren preferible uno u otro procedimiento a criterio del Juez, cuya decisión sobre este punto será irrecurrible*".

Quizás en este tema sea donde con mayor nitidez se observe el conflicto doctrinario que se suscita al interpretar si la responsabilidad emergente por el abuso de la medida cautelar responde a principios de derecho común, o si su respaldo es estrictamente procesal, de manera que, según sea uno u otro caso, la responsabilidad será subjetiva u objetiva, respectivamente.

Conforme los argumentos que ya hemos desenvuelto, estimamos que la responsabilidad por daño procesal es subjetiva y se rige por los principios sustantivos, encolumnados en los artículos 1067, 1109 y 512 con sus concordancias del Código Civil; requiriendo siempre la intención de provocar daño (por culpa, dolo o negligencia) al agente pasivo y como medio de atribución al que lo provoca (sujeto activo).

Ahora bien, la lectura de la norma exige la demostración de que el requirente abusó o se excedió en el derecho al trabar la medida cautelar, de manera que la prueba tiende a cobrar la virtualidad del artículo 1071 del Código Civil en sus precisos términos: *conducta contraria a los fines que la ley tuvo en miras al reconocerlos o que exceda los límites impuestos por la buena fe, la moral y las buenas costumbres*.

En cambio, Podetti señala una postura más objetiva, sosteniendo que es difícil concebir que se admita la necesidad de probar la mala fe o simplemente imprudencia de quien usa semejante franquicia, para obtener resarza daños injustamente ocasionados. Entre quien usó en su beneficio una medida cautelar, con la mejor buena fe del mundo, pero a la postre sin derecho, y quien la sufre, sin que en ninguna hipótesis pueda de ella obtener un beneficio, no parece dudoso a quién ha de cargarse las consecuencias.

La jurisprudencia ha entendido que esta responsabilidad no se encuadra en la de naturaleza objetiva, como es el hecho del levantamiento en sí de la medida cautelar, sino que opera en el cuadrante de la de tipo subjetivo, presidida por la noción de culpabilidad genérica por abstención de la conducta debida en la obtención de aquélla (CNCiv., Sala D, julio 16/982, La Ley 1983-A, 69; CNCCom., Sala C, junio 15/978, La Ley 1978-D, 598).

Otros autores -como Ramírez- se colocan en una línea intermedia y precisan que establecer una línea divisoria entre ambos tipos de responsabilidad es alejarse del problema. La parte que trabó mal una medida precautoria siempre deberá responder por el daño causado, no porque sumemos a quienes sostienen la responsabilidad objetiva, sino porque consideramos que siempre habrá culpa o negligencia en el peticionante de la cautela.

De todos modos el factor de atribución se debe encontrar en el origen de la cautela, de modo tal que se advierta el derecho existente a ese momento, pues bastará acreditar la negligencia para determinar la responsabilidad, propia de la culpa aquiliana. En suma, la prudencia y selección de la medida encuentra una circunstancia específica que cualifique la actitud del agente. Por lo tanto, para configurar esta responsabilidad se requiere haber obrado de una manera irreflexiva, precipitada, imprudente, negligente (arg. art. 512 Código Civil) o dolosa, excediendo los límites impuestos por la buena fe.

Es decir que, para que se declare procedente la reparación de los daños y perjuicios, ha de mediar dolo, culpa o negligencia, al utilizar las vías legales apartándose de sus fines legítimos. Deben así valorarse una serie de factores de carácter predominantemente subjetivo que permitan calificar su conducta en

el pleito como pueden ser, entre otros, la buena fe o mala fe con que se litigó; el haber sabido o debido saber que carecía de razón suficiente para promover la acción; el cuidado puesto para evitar inútiles perjuicios al adversario; el prudente ejercicio de las prerrogativas procesales; el deber de no usar abusivamente o en forma antifuncional; o la diligencia en la sustanciación del proceso.

Como corolario de ello -indican Morello, Sosa y Berizonce- se viene reiterando que la responsabilidad del embargante, en el supuesto de hecho que aprehende esta norma, no surge de la sola circunstancia de que la medida cautelar haya sido dejada sin efecto, ya que no es automática; ni el simple hecho de resultar vencido en la contienda donde se decretara dicha medida es motivo bastante para fundar la pretensión resarcitoria, pues en principio resulta suficiente la condena en costas. Si se adoptara una posición excesivamente estricta, se correría el riesgo de restringir el derecho de defensa o convertir las aludidas medidas en una trampa para quien las solicitó.

9. Perspectivas del derecho comparado

En líneas generales, los problemas que se han presentado en este capítulo son los mismos que el derecho comparado pretende resolver en sus sistemas procesales.

Hay una idea común que parte de señalar como abuso procesal (dentro del proceso y con el proceso) las acciones que realizan las partes y sus abogados aprovechando el ritualismo técnico para aplicarlo contra los fines de la justicia. De este modo, se interpreta que el abuso es una falta de diferente consideración contra la administración jurisdiccional.

La dignidad de la justicia es una frase empleada en el código procesal de Colombia, encontrándose implícita también en otros ordenamientos como el de Paraguay, Uruguay y Perú.

Es verdad que la orientación predominante en Latinoamérica sigue siendo el *principio de moralidad*, expresado en deberes como la lealtad y la buena fe; la prohibición de realizar peticiones maliciosas o abusivas; la obligación de veracidad; o el deber de colaboración en la búsqueda de la verdad.

En el "Common law" no hay principios sino estándares, y para localizar acciones o comportamientos del tipo que analizamos, se recurre al concepto del "due process of law", o debido proceso legal.

Dice Oteiza que tanto en el Reino Unido como en Estados Unidos de América se acude al principio de debido proceso legal en lugar de adoptar una legislación que contenga la idea de buena fe en el proceso o regular situaciones específicas en donde es posible prever una desviación en la conducta procesal.

Para Hazard, las prácticas abusivas pueden ser consideradas *fundamentally unfair*, y cuando, según explica, se debe buscar un estándar para evaluar si determinada conducta es la apropiada corresponde recurrir al concepto de debido proceso legal como principio largamente elaborado por la tradición jurídica de ambas naciones.

Esta es una consecuencia natural en la progresividad de los derechos humanos que merece principal atención en la medida que nuestro sistema jurídico cada vez más comulga y se deja influir (favorablemente) por estas premisas.

Con ello se abona el concepto de eficacia y certidumbre jurídica, en lugar de actuar sobre la base de penalizaciones. Hay un deber de eficiencia que el Estado debe preservar, y al que las partes y sus abogados se encuentran obligados.

Bibliografía

Álvarez, Mariela, *Abuso del proceso*, en "Abuso Procesal" (ver Peyrano)

Borda, Guillermo A., *El abuso del derecho, la lesión y la imprevisión en el nuevo código civil paraguayo*, La Ley 1986-C, 766.

La reforma del Código Civil. Abuso del derecho, El Derecho, tomo 29 pág. 273 y ss.

Condorelli, Epifanio José Luis, *El abuso del derecho*, editorial Platense, La Plata, 1971.

Del abuso y la mala fe dentro del proceso, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986.

El abuso del derecho en el ámbito del proceso civil, ponencia presentada en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981.

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

García Solá, Marcela, *De la necesidad de compatibilizar en el proceso el principio del "abuso del derecho" con la garantía de defensa en juicio*, en "Abuso Procesal", (ver Peyrano)

Gelsi Bidart, Adolfo, *Abuso del proceso*, ponencia presentada en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981.

Gozáini, Osvaldo Alfredo, *Formas alternativas para la resolución de conflictos*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1995.

La conducta en el proceso, editorial Platense, La Plata, 1988

Respuestas procesales, tomo 1, editorial Ediar, Buenos Aires, 1991.

Josserand, Louis, *El espíritu de los derechos y su relatividad*, traducción de Eligio Sánchez Larios, editorial José M. Cajica (h.), México, 1946.

Lorenzetti, Ricardo Luis, *Las normas fundamentales del derecho privado*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 1995

Morello, Augusto Mario, *El abuso del proceso (apuntes pensados por el Abogado ante la realidad del Servicio de Justicia)*, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, edición del 75º aniversario, número especial, agosto de 1999.

Acercas del abuso en la declaración de deserción de la apelación, en Jurisprudencia Argentina, 1978-III, 750.

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.

Oteiza, Eduardo D., *Abuso de los derechos procesales: perspectiva comparatista*, ponencia presentada al XXI Congreso Nacional de Derecho Procesal. San Juan, 2001 (tomo I).

Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, tomo II, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979.

Peyrano, Jorge Walter, *Las necesidades del tráfico y el juicio ejecutivo*, en *Jurisprudencia Argentina* del 31 de agosto de 1983.

Abuso procesal, obra colectiva, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fé, 2001

Podetti, J. Ramiro, *Tratado de las Medidas Cautelares*, editorial Ediar, Buenos Aires.

Ramírez, Jorge Orlando, *Medidas Cautelares*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1979.

Rosetti, Graciela Susana, *El abuso del proceso a través de la pretensión*, Ponencia al XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Santa Fe, Junio de 1995.

Véscovi, Enrique A., *El abuso del derecho en el ámbito del proceso civil*, ponencia presentada en el XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981.

Capítulo VIII

LA AMBIGÜEDAD EN EL PROCESO

1. Caracterización

La simple lectura de un ordenamiento procesal dado advertirá de inmediato la exigencia de claridad en la exposición de aquello que motiva la puesta en marcha del aparato jurisdiccional.

Precisamente, es uno de los requisitos de la demanda que establece como uno de los elementos de la pretensión, que el petitorio sea “claro y positivo” (conf. artículo 330 inc.6º del código procesal) pues sobre ello deberá el juez pronunciarse, y dictar una decisión expresa, positiva y precisa, de conformidad con lo que se ha solicitado en el juicio.

De manera que la claridad alcanza también al Juzgador, menester que surge implícito de los artículos 34 inc. 5º ap. b) y 166 inc. 2º del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

En el ámbito de la acción, la exigencia de claridad es una carga impuesta en beneficio del propio interés; en tanto que para la defensa, la ausencia de tal recaudo en la pretensión determina el defecto legal en el modo de proponer la demanda (artículo 347 inc. 5º, CPC) que puede oponerse por falta de precisión en el alcance cualitativo y cuantitativo de lo que se pide.

En cambio, para el juez, la claridad se exhibe como una consecuencia necesaria del principio de congruencia, radicado obviamente en la garantía del debido proceso y en la seguridad jurídica.

Cada uno de estos planos supone una expresión diferenciada a la que vamos a referirnos.

2. La demanda clara y explícita

El código procesal verbaliza en varias oportunidades el significado de la precisión. En el artículo 330 establecen los incs. 3º y 4º la obligación de designar la cosa demandada con toda exactitud y explicar claramente los hechos que fundan el reclamo, destacando en el inc. 6º que la petición debe hacerse en términos claros y positivos, para finalizar la norma indicando que “la demanda deberá *precisar* el monto reclamado...”.

Existe una notada preocupación en el legislador por destacar la importancia de la “claridad”.

Recuerda Liebman que la cognición del juez tiene por necesidad dos objetivos diversos: la declaración de certeza de los hechos y la aplicación del derecho. Claro está que para arribar a una conclusión razonada necesita contar con un escrito expuesto comprensiblemente, para que en su tarea de intelección no termine desenvolviendo un sofisma sino una demanda que por sus fundamentos admita la recepción jurisdiccional.

Ello es así en una doble intención: por un lado, para evitar la inutilidad del dispendio jurisdiccional que significa la tramitación de una demanda carente de convicciones firmes que se asienten en los presupuestos de hecho y de derecho presuntamente razonados. Por otro, ante la posibilidad cierta de provocar una actuación procesal inidónea, intencionada a un fin desleal, contrario al espíritu de moralidad que alienta el proceso, entorpecer en el oscurantismo una demanda inmotivada que arrastra o persigue propósitos contrarios a la buena fe.

Ello es así en una doble intención: por un lado, para evitar la inutilidad del dispendio jurisdiccional que significa la tramitación de una demanda carente de convicciones firmes que se asienten en los presupuestos de hecho y de derecho presuntamente razonados. Por otro, ante la posibilidad cierta de provocar una actuación procesal inidónea, intencionada a un fin desleal, contrario al espíritu de moralidad que alienta el proceso, entorpecer en el oscurantismo una demanda inmotivada que arrastra o persigue propósitos contrarios a la buena fe.

Ello es así en una doble intención: por un lado, para evitar la inutilidad del dispendio jurisdiccional que significa la tramitación de una demanda carente de convicciones firmes que se asienten en los presupuestos de hecho y de derecho presuntamente razonados. Por otro, ante la posibilidad cierta de provocar una actuación procesal inidónea, intencionada a un fin desleal, contrario al espíritu de moralidad que alienta el proceso, entorpecer en el oscurantismo una demanda inmotivada que arrastra o persigue propósitos contrarios a la buena fe.

Kaul expresa que la ley quiere que se discierna un objeto de otro, que no se confundan los hechos ni las ideas, que se rechace lo oscuro, lo confuso y ambiguo, para comprender rápida y eficazmente la materia de que se trata.

Pero también queda atrapada en el medio de estas alternativas, una secuencia importante de actos que, sin revestir ambos extremos, esboza actitudes de poca firmeza, de error conceptual, de culpa, de poca meditación, de evidente ligereza, etc., etc.: es el campo de la ambigüedad o la vaguedad intencionada, llevada al plano de la experimentación para conocer sus resultados por y en el proceso.

Supongamos la demanda que reclama un derecho de propiedad amparada solamente en un título de posesión pero que relata hechos y se fundamenta como si el derecho exigido y que se tiene (presuntamente) fuera el primero.

O aquél que, luego de entablada la acción y trabada la *litis*, pretende corregir el error inicial de la pretensión con nuevos enfoques que desvirtúan o se ponen en contradicción con los actos iniciales.

Estos son clásicos supuestos de ambigüedad en la demanda, de ahí que el sistema adjetivo prevenga estos desvaríos sea a través del rechazo *in limine* o por medio de la defensa de *oscuro libelo*.

La demanda ambigua puede ser, a su vez, provocada o negligente (culpa).

La primera conlleva implícita la voluntad de rehusar la verdad, amparando su situación de derecho en un sofisma. Es una demanda disfrazada que esconde una situación que puede perjudicar a quien la intenta (V.gr.: demanda entablada por quien ha sido agente embestidor y culpable en un accidente de tránsito que reclama ante el damnificado, invirtiendo la responsabilidad en los hechos).

Compartimos con Kaul que este ocultamiento es malicioso, por lo que la ambigüedad, más que una deslealtad procesal, es una burla a la justicia.

En cambio la pretensión expuesta con ligereza, en una actitud irreflexiva o imprudente, merita las consecuencias de un obrar culposo que derivará en consecuencias dañinas y de responsabilidad creada según los perjuicios que ocasione con la promoción errónea de una demanda a la que, quizás, se haya creído con derecho a incoar.

Ambos casos encuentran en las sanciones de temeridad, malicia, rechazo *in limine* o multas procesales, las conclusiones de sus circunstancias, pudiendo también emparentarse con figuras tales como el dolo o la estafa procesal, o la malicia procesal respectivamente.

En cuanto a las situaciones intermedias, cabe observar la aventurera actitud que asumen las partes o sus letrados con ciertos pasajes del proceso.

Se asiste cada vez con mayor recrudescimiento al espectáculo de ver cómo se espera una decisión jurisdiccional favorable a una petición sin coherencia, o absurda, o descolocada del contexto procedimental por la etapa que se atraviesa, etc., pues así, basándose en el principio de que “todo lo que no está escrito está permitido”, la sicología del imprudente convierte el proceso en un juego de “chicanas”.

Estamos en presencia de aquél proceso como juego que explicaba Calamandrei diciendo que, “por eso la abogacía es un arte en el cual el conocimiento escolástico de las leyes sirve muy poco, si no va acompañado de la intuición psicológica, que sirve para conocer a los hombres, y a los múltiples expedientes y maniobras mediante los cuales tratan ellos de plegar las leyes a sus finalidades prácticas”.

A este respecto, las mayores potestades del juez, como director del proceso tendrán que ser suficientes para desalentar estas cualidades del aventurero procesal.

De todas formas, se ha dicho que la sacramentalidad requerida por el Código no significa un apego desmedido a la técnica de exposición pues lo cierto es que esas exigencias de la ley, como otras formalidades procesales, no tienen otra finalidad que la de asegurar la defensa de los derechos y mantener la igualdad de los litigantes (CNCiv., Sala D, noviembre 1º/966, La Ley 124-897).

3. La defensa de oscuro libelo ante la demanda maliciosamente ambigua

El defecto legal en el modo de proponer la demanda, sea por imperfecciones de contenido técnico o bien por la ambigüedad u oscuridad en la redacción de aquélla, da motivo a la excepción prevista en el artículo 347

inciso 5º de Código Procesal de la Nación cuya finalidad tutela el derecho de defensa del accionado.

Estos defectos han de ser graves, al punto de colocar al demandado en verdadero estado de indefensión.

En este punto la jurisprudencia ha dicho: “La finalidad de la excepción de defecto legal, prevista en el artículo 347 inc. 5º del Cód. Procesal, es tutelar el derecho de defensa del demandado. No está referida al fondo de la pretensión incoada, sino que se limita al escrito de demanda cuando no satisface las exigencias y solemnidades legales para permitirle un eficaz ejercicio de ese derecho, mediante la oposición al oscuro libelo, al progreso de una acción que no está fácticamente configurada o a una petición que carece del grado de determinación compatible con la exigencia impuesta al juzgador para resolverla” (La Ley, 1979-B, 84, ED, 84-647; La Ley, 1991-A, 192; La Ley, 1993-E, 265; DJ, 1993-1-539; La Ley, 1998-E, 119, entre otros).

La excepción de defecto legal o de “oscuro libelo” se refiere a las formalidades extrínsecas de la demanda. A través de ella se evita que el accionado se encuentre en estado de incertidumbre o duda que le impidan contestarla eficazmente (La Ley, 1996-C, 777, 38.720-S), lo que de lo contrario, implicaría un ataque al derecho de defensa.

La excepción dilatoria que comentamos opera en el campo propio de los errores en la proposición; vicios éstos que pueden corregirse de oficio por el juez “*señalando, antes de dar trámite a cualquier petición, los defectos u omisiones de que adolezca, ordenando que se subsanen dentro del plazo que se fije*” (artículo 34 inciso 5º ap. b) del Código Procesal) o bien disponiendo de *motu proprio* toda diligencia que fuere necesaria para evitar nulidades.

Inclusive, si los errores son de tal entidad que superan el límite del saneamiento, puede disponer el “rechazo *in limine*” expresando los defectos que contenga. También el defecto legal constituye una paralización del derecho de acción cuando el demandado alega el vicio, persiguiendo subsanar la demanda para poder contestarla adecuadamente.

Al respecto se plantea el problema teórico de resolver si esta excepción suspende la carga de contestar la demanda; planteo éste que según Eisner ha sido superado en el código nacional con la reforma de la ley 22.434.

Cuando la oscuridad en la demanda trasunta más que una exposición confusa, un artificio o un juego dialéctico que tiende a provocar la actuación jurisdiccional con fines muy distintos a los queridos por la ley, tratando de obtener un pronunciamiento favorable mediante el engaño procesal, aquí el *oscuro libelo* convierte su paralización defensiva temporaria en un instituto de alcances mayores que puede emparentarse con la malicia, el dolo o el fraude procesal, según la trascendencia del acto propuesto.

Conforme lo ha expresado la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal, Sala II: “El impedimento procesal de defecto legal desempeña una doble función: a) la de oponerse al “oscuro libelo”, cuando la demanda no es suficientemente clara y, por ende, no permite el adecuado ejercicio del derecho de defensa; y b) la de obstar al progreso de una acción que carece de grado de determinación compatible con la exigencia impuesta al juez de resolverla” (La Ley, 1999-F, 694).

Es cierto también que existen demandas inmotivadas que se esconden en la apariencia para generar una actitud dilatoria (V.gr.: juicios por consignación de alquileres con mora contractual operada de pleno derecho), las que se fundamentan ambiguamente o bajo mentira, desoyendo el destino moralizador del proceso.

En el cuadro de la defensa, el *oscuro libelo* trasciende su eficacia cuando se encuentra con demandas que, además de ser ambiguas, exponen hechos confusamente destacados con la idea de obtener una situación procesal favorable a costa del equívoco que pueda generar. Advertida esta contingencia, el demandado puede oponerse al progreso de la pretensión y obtener de la defensa de “defecto legal” un alcance invalidatorio superior al de la mera suspensión del proceso.

La excepción de defecto legal es viable cuando la demanda no reúne las condiciones de claridad y completividad que impone el artículo 330 del Cód. Procesal, de modo que resulte inteligible a consecuencia de imprecisiones, ambigüedad u omisiones que, en definitiva, impidan u obstaculicen el ejercicio de la defensa contraria (CNCiv., Sala J, La Ley, 1997-D, 785).

Las falencias que debe revestir la demanda para que sea procedente la excepción de defecto legal deben ser de entidad suficiente como para afectar el derecho de defensa del demandado, privándolo de la posibilidad de oponerse adecuadamente a la pretensión o dificultándole la eventual producción de la prueba (CNCiv., Sala A, Setiembre 13/989, DJ, 1991-1-476).

Para la procedencia de la excepción de defecto legal es preciso que el vicio que se acusa a la demanda posea una gravedad tal que resulte difícil conocer lo que se pretende, creando en el sujeto pasivo de la pretensión una perplejidad que impida ejercer su derecho de defensa (CNCiv., Sala A, setiembre 13/989, DJ, 1991-1-476)

La excepción de defecto legal, prevista en el art. 347 inc. 5º del Cód. Procesal, procede cuando la demanda no se ajusta a los requisitos enunciados en el art. 330 del Cód. citado. Por lo tanto, la omisión de tales recaudos, la ambigüedad u oscuridad en la redacción de la demanda tornan viable esta excepción (CNCiv., Sala B, octubre 29/997, DJ, 1998-3-822).

La finalidad de la excepción de defecto legal, prevista en el art. 347 inc. 5º del Cód. Procesal, es tutelar el derecho de defensa del demandado. No está referida al fondo de la pretensión incoada, sino que se limita al escrito de demanda cuando no satisface las exigencias y solemnidades legales para permitirle un eficaz ejercicio de ese derecho, mediante la oposición al oscuro libelo, al progreso de una acción que no está fácticamente configurada o a una petición que carece del grado de determinación compatible con la exigencia impuesta al juzgador para resolverla (CNCiv., Sala B, octubre 29/997, DJ, 1998-3-822).

La excepción de defecto legal, contemplada en el inc. 5º del art. 347 del Cód. Procesal, tiende a lograr el efectivo cumplimiento de las formalidades prescriptas para la interposición de la demanda, de modo de permitir un eficaz ejercicio del derecho de defensa en juicio, tanto oponiéndose al oscuro libelo, como impidiendo el progreso de una acción que no esté fácticamente configurada como corresponde o de una petición que carece del grado de determinación compatible con la exigencia impuesta al juzgador para resolverla (CNCiv., Sala F, julio 8/993, in re: Cedrun, Bibiano c. López, Angel., DJ, 1994-2-75).

Es procedente la excepción de defecto legal si la omisión de precisar en la demanda las consecuencias inmediatas del incumplimiento malicioso del contrato que se imputa al demandado y el monto de los daños y perjuicios, impidieron al accionado expedirse acerca de la procedencia de la pretensión principal y valorar adecuadamente la cuantía del pleito, incluso para poder decidir acerca de la conveniencia de un oportuno allanamiento (CNCom., Sala E, julio 6/996, DJ, 1996-2-1258).

4. Ambigüedad de las resoluciones judiciales

El desarrollo efectivo de un proceso depende en buena medida del órgano que lo dirige. Las normas procesales han dejado de ser meras cualificaciones de la organización formal para buscar un sentido axiológico en aras de concretar el valor justicia por sobre cualquier otro tipo de regulaciones.

La publicización del proceso, base de reforma a la posición del juez en el conflicto de intereses, progresivamente ha dotado de mayores poderes y atribuciones a los magistrados exigiéndoles en retribución un servicio jurídico eficaz.

Mucho se ha conseguido en este largo camino trazado; Cappelletti recordaba que “a través de una tarea de interpretación creadora, el Juez (civil) contribuye a la modernización y constante adecuación y puesta al día del ordenamiento y la evolución del derecho, o sea la dinámica del movimiento de cooperación e integración del derecho, impulsando desde adentro al desarrollo de ese mismo ordenamiento acompañando, así, el paso del cambio social”.

Todas estas ideas han cobrado una singular silueta en la doctrina de la Corte Nacional cuando expresa que “[las formas a que deben ajustarse los procesos han de ser sopesadas en relación con el fin último al que éstos se enderezan, el que consiste en la efectiva realización del derecho, y para ello debe atenderse antes que a un criterio formalista, a la vigencia de los principios que ampara la Constitución Nacional (CS octubre/996, Fallos: 319: 81; 303:1535; 310:2456) y que surgen de la necesidad de proveer al bien común, considerado como el conjunto de las condiciones de la vida social que hacen posible tanto a la comunidad como a cada uno de sus miembros el logro más pleno y más fácil de su propia perfección” (Fallos:29:65).

La eficacia en la tarea jurisdiccional obviamente encuentra su mayor relieve en el acto de sentenciar. Allí, la presunta ambigüedad que pueda contener el fallo tiene su correctivo a través del recurso de aclaratoria. De todos modos, no nos referimos a esta confusión en el pronunciamiento, pues la ambigüedad es consecuencia de un defecto en la técnica de fundamentación, y si trasciende al error, la crisis sobrevendrá en el principio de congruencia o, en su caso, en la arbitrariedad del acto emitido.

En cambio es común advertir “oscuridades” en las providencias simples o de mero trámite. Aquí los magistrados adoptan consuetudinariamente el estilo de dirigirse a los justiciables en términos numéricos (V.gr.: “estése a lo proveído a fs. 28”; “cúmplase con el artículo 48 del CPCC”; “...previamente deberá estarse a lo dispuesto por el artículo 120 del CPC”, etc.).

Es sabido que por un histórico supuesto conceptual la ley se presume conocida por todos, mucho más si son abogados quienes reciben las indicaciones; pero también es cierto que no es de buena técnica utilizar dicha forma de expresión. No es “claro ni concreto”, aunque puedan serlo las normas a las que se deriva. Inclusive las leyes pueden tener dos lecturas o más, según quien las interprete; o bien el artículo al cual se remite quizás tenga disputa doctrinaria, razón que critica esta forma de ambigüedad jurídica.

No se trata de considerar confusa la remisión al cumplimiento de una disposición normativa cuando ésta indica con suficiencia la consecuencia jurídica que impone, sino de alertar cómo ese continuismo proverbial de resolver sin fundamentación deviene oscuro e ineficaz cuando quien lo recibe encuentra alternativas para su uso.

La motivación es una garantía del debido proceso y, por ello, no puede soslayarse al apego de una legalidad exacerbada. En suma: la sentencia y las providencias judiciales deben exhibir fundamentos acordes con la índole y complejidad de las cuestiones debatidas.

En este sentido la jurisprudencia de la Corte es uniforme en cuanto determina que “corresponde dejar sin efecto la sentencia que sólo encuentra sustento en consideraciones excesivamente amplias que no guardan vinculación con los planteos propuestos por las partes” (CS, abril 30/996, Fallos, 318), pues las sentencias judiciales deben tener fundamentos serios y que constituyan una derivación razonada del derecho vigente con aplicación a los hechos comprobados de la causa (CS, Octubre 20/994, Fallos, 317).

“La ambigüedad de la fórmula utilizada por el a quo que torna difícil comprender la extensión con que concedió el remedio federal, no puede ser por efecto restringir el derecho de la parte, debiendo atenderse sus agravios con la amplitud que exige la garantía de la defensa en juicio” (CS, mayo 8/980, Fallos 302:400).

5. La ambigüedad en la prueba

La claridad y precisión es requisito exigido en distintas etapas de los medios de prueba que han de sustanciarse.

En la prueba informativa, los informes que se soliciten deben versar sobre hechos concretos, claramente individualizados (artículo 396 CPC), pues de no mediar esta justeza puede prestarse a equívocos o a la sustitución por este medio, de la prueba que pertinentemente corresponde producir.

La confesión judicial, ventilada en la absolución de posiciones, exige también que éstas sean “claras y concretas” (artículo 411 CPC) en tanto las respuestas deberán ser afirmativas o negativas (artículo 413 CPC), pues si son ambiguas o confusas, determinarán un supuesto de confesión ficta a tenor de lo establecido en el artículo 417 del Código Procesal.

La jurisprudencia es conteste en cuanto expresa que “es presunción de sostener una causa injusta: quien no ha mantenido la debida y natural coherencia en sus exposiciones, propia de quien dice siempre la verdad en su única versión, ha invalidado sus dichos exculpatorios y ha creado un serio indicio en su contra. La mala justificación colorea siempre los hechos simplemente equívocos, con más seguridad que

la simple falta de justificación y permite atribuir un sentido desfavorable al sospechoso” (CNFed. Crim. y Correc., diciembre 16/1970, La Ley 140-643).

“Si los indicios, aún cuando sean graves, no logran también la condición de ser precisos y concordantes, ya que ponderados en conjunto y no aisladamente no conducen a una solución única, tratándose de datos ambiguos, no puede fundarse sobre ellos un juicio de condena” (CNCrim., Sala I, Boletín de Jurisprudencia Año 1991, N° 3).

Prácticamente el mismo recaudo de ser claras y concretas exige a las preguntas que se formulen al testigo, no importando que éstos no se muestren convictivos en los hechos sobre los cuales relaten, pues ello apareja un problema de idoneidad diverso al de las probanzas ya comentadas.

Agrega Kaul que la condición *sine qua non* de toda posición es la claridad, a fin de que pueda ser entendida sin dificultad, evitando que el absolvente pudiere incurrir en error o aducirlo posteriormente.

Todo el arsenal probatorio tiene una modalidad específica que las adjetiva; no obstante, esos encuadres procedimentales no controlan la veracidad del medio. Si éstos aparecen *ictu oculi* como falsas, el abogado puede negarse a servirse de ellos, o utilizarlos en desmedro de los principios de rectitud y honradez.

Carlos Lega ha destacado que “el defensor tiene el deber de controlar objetivamente la seriedad, moralidad y pertinencia de las pruebas que se le proporcionen, investigación que a menudo es bastante delicada y difícil, circunstancia que hay que tener en cuenta al valorar la conducta del abogado. En resumen, frente a pruebas falsas el abogado tiene el deber de rechazarlas, absteniéndose de colaborar con el cliente en este punto”.

Bibliografía

Calamandrei, Piero, *Estudios sobre el proceso civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, editorial Ejea, Buenos Aires, 1986.

Cappelletti, Mauro, *Actividad y poderes del juez constitucional, en Proceso, ideologías y sociedad*”, traducción de Santiago Sentís Melendo y Tomás Banzhaf, editorial Ejea, Buenos Aires, 1974.

Eisner, Isidoro, *Planteos Procesales*, editorial La Ley, Buenos Aires, 1984.

Kaul, Ricardo A., “*La ambigüedad jurídica y la inconducta procesal*”, Jus Revista Jurídica de la provincia de Buenos Aires, N° 22.

Liebman, Enrico T., *Manual de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, editorial Ejea, Buenos Aires, 1980.

Capítulo IX

IMPROPONIBILIDAD OBJETIVA DE LA DEMANDA

1. Planteo del tema

¿Qué deben hacer los jueces cuando se encuentran con una demanda cuya pretensión, lejos de estar fundada, carece de una lógica sustentación? ¿Deben darle trámite y derivar al demandado la carga de rebatir el contenido? O ¿pueden denegarla inmediatamente? Si así lo hicieran ¿no vulnerarían el derecho a la defensa en juicio?, o lo que sería peor ¿no estarían privando de tutela jurisdiccional a una acción que, irrazonable, errónea, maliciosa o no, puede encontrar una conclusión diversa a la estimada *ab initio* por el habitual *corsi y ricorsi* que transita un proceso?

En estos términos se plantea el problema que ahora enfrentamos. Su situación es diversa del rechazo *in limine* que previenen las normas procesales (v.gr.: art. 337 Código Procesal de la Nación) y distinta también de la defensa que se esgrime cuando nos hallamos ante una demanda de oscuro libelo.

Sostiene Miryam Balestro Faure que este rechazo *in limine* de la demanda -técnicamente de la pretensión- debe diferenciarse del ejercicio del derecho de acción, que de ningún modo puede ser conculcado. En efecto, la mera presentación del escrito de demanda agota en sí misma el ejercicio de aquél derecho, que no es otra cosa que la posibilidad de poner en marcha la actividad jurisdiccional, con independencia del desarrollo posterior del proceso y del eventual resultado a obtener. La improponibilidad objetiva supone la existencia de un vicio en el objeto de la pretensión que da por resultado un "defecto absoluto en la facultad de juzgar".

2. Presupuestos procesales

Desde que Guasp desarrolló la teoría de la pretensión renovando las precisiones que Rosenberg y Carnelutti habían expresado sobre la misma, el objeto del proceso encontró un nuevo cuadrante. No se va a relacionar ya con la razón, ni con el interés de quien la actúa, sino que se entenderá como una declaración de voluntad por la cual se solicita la actuación de un órgano jurisdiccional frente a persona determinada y distinta del autor de la declaración.

Este reclamo que se dirige frente a otro individuo y ante el juez será la pretensión.

Dirá Guasp que, lo mismo que los restantes actos procesales, la pretensión está sometida a una serie de presupuestos que condicionan en distinto grado la eficacia típica que aquélla está llamada a producir. Dichos presupuestos o condiciones son distintos según el grado mismo de la eficacia que se considere; para que una pretensión inicie un proceso basta con su mera existencia, es decir con que se produzca, dentro de un mínimo de forma, la petición de una persona dirigida al órgano jurisdiccional; para que esta petición

sea examinada en cuanto al fondo, es preciso que concurren los diversos presupuestos procesales, esto es los presupuestos de aquella parte del proceso en que se examinan precisamente las cuestiones de fondo planteadas por la pretensión y por la oposición a la misma; para que la pretensión sea actuada es necesaria y suficiente la conformidad de la misma con el derecho objetivo”.

Posteriormente, Fairén Guillén, agregará que las notas que matizan la idea de pretensión son la legitimación y la fundamentación, por lo que también se podría admitir que existe como *posterius* al derecho de acción un derecho de pretensión.

La búsqueda del reconocimiento del derecho a través de la pretensión determina entonces la importancia de los presupuestos procesales que condicionan el éxito final a obtener en un pronunciamiento favorable.

Dada la trascendencia del acto que se invoca y la magnitud de los efectos que portan la pretensión, ésta debe perfilarse y dibujarse en sus consecuencias como un acto “objetivamente proponible”, pues de lo contrario la demanda será improcedente o inadmisibile según el vicio extrínseco que la afecta.

Cuando la carencia sea de fundamentación, será conveniente interpretar el no dar curso a la postulación como un efecto de la pretensión “objetivamente improponible”. En cambio, si el déficit se apunta en las condiciones de procedibilidad, el magistrado tendrá las vías atribuidas por el rechazo *in limine* (arts. 337 CPC).

Señalan Morello y Berizonce que, este liminar deslinde de esferas de actuación puede encontrar su razón de ser en la afirmación que el juez puede – debe – analizar por sí, no sólo el contenido meramente extrínseco del acto constitutivo que pone en marcha la jurisdicción sino – más aún – asumir un concreto contralor de la concurrencia de los presupuestos procesales, es decir de los *requisitos de procedibilidad* de la pretensión (admisibilidad extrínseca). Así, en cuanto a los *sujetos*, (competencia; legitimación *ad processum* de las partes); al *objeto* (si fuere idóneo – objeto inmediato – con relación al tipo de proceso en que la pretensión se dedujo) y a la causa (por defecto de fundamentación).

La meditación que impone el contenido de la “improponibilidad objetiva” de una pretensión atiende a la ausencia absoluta de fundamentos, a aquél interés que jurídicamente no es digno de protección y que le impone al juez un examen anticipado de la pertinencia sustancial, puesto que si lo deriva a la sentencia de mérito, corre el serio riesgo de provocar un dispendio jurisdiccional por haber tramitado un pleito carente de la mínima motivación en derecho.

Precisamente, como esta “denegación de justicia” a través del efecto de la “improponibilidad” se da en la “antesala de la litis” anticipando el conocimiento y fallando en definitiva, resulta conveniente diferenciar el encuadre asignado a una y otra figura.

3. Ambito de procedencia

Sólo en aquellos procesos que necesitan demostrar fundadamente la causa de pedir y sustanciar los hechos en que se asienta reciben el control de

la “improponibilidad objetiva”. En cambio, en aquellos juicios de conocimiento que no requieren la concurrencia de determinados requisitos sustanciales y que se sostienen en la mera individualización de los presupuestos básicos de su accionar (expuestos en forma superficial y basados en el soporte de su verosimilitud), la operatividad del principio se contrarresta por la limitación que existe respecto del mérito de la causa (v.gr.: proceso de declaración de incapacidad, alimentos, proceso ejecutivo, etc.).

Estos últimos atraviesan un juicio de admisibilidad tipificado en el encuadre previsto por el ordenamiento adjetivo, y su apartamiento de las reglas formalizadas ocasiona el eventual rechazo *in limine*.

Podría derivarse entonces que, como lo entienden Sagesse y Pérez Cortes, el rechazo inicial de la pretensión surge por la “falta de interés procesal”, sin embargo, tal conclusión es errada pues la ineptitud referida se dirige hacia la fundamentación y no a los meros requisitos de procedencia o admisibilidad. El interés – se considere o no como un presupuesto de la acción – puede relacionarse con la idoneidad para representar un derecho subjetivo que se pone en juego, es decir que para que haya “interés de actuar” es necesario que el actor formule una pretensión adecuada a la satisfacción del interés contenido en el derecho subjetivo material. El interés procesal, por lo tanto, se traduce en un pedido idóneo para provocar la actuación jurisdiccional del Estado.

De modo entonces que la principal atención a prestar converge en el objeto del proceso; es decir que corresponde deducir si la *causa petendi* guarda aptitud razonable para poner en marcha la jurisdicción.

Claramente, Morello y Berizonce indican que “si el objeto o la causa en que se sustenta la acción o pretensión que porta la demanda son ilícitos o contrarios a la ley y las buenas costumbres, o en sí se exhiben constitutivamente inhábiles para hacerse audibles, de disponerse su sustanciación se daría lugar a un proceso infecundo que habría nacido frustrado *ab origine* “... “así, si se demandara – entre nosotros – el reconocimiento judicial de reclamos que se abastecen en el corretaje matrimonial; o esponsales de futuro; o en sociedades ilícitas o prohibidas; o bien aludiendo al a causa de pedir, si la nulidad de matrimonio se promoviera por quienes no son cónyuges por no estar unidos en matrimonio, o la adopción por quienes no están legalmente legitimados como adoptantes. Circunstancias que obstan, todas, a la posibilidad jurídica de obtener siquiera un pronunciamiento sobre el mérito de la causa, o que, por su inatendibilidad abstracta impiden su acogimiento favorable”.

La natural conclusión del encuadre será, en suma, la que surja del estudio objetivo de la pretensión. Si ésta encontrara un error apuntado en la forma de presentación “vicios extrínsecos”, la facultad de saneamiento y ordenación que ponderan las aptitudes del pretorio impondrá la corrección o compostura del objeto peticionado.

En cambio, si la patología que arrastra la pretensión guarda tal entidad que puede predecirse la inutilidad de su sustanciación, la actitud jurisdiccional no puede ser otra que el rechazo liminar a esa postulación manifiestamente inoficiosa.

4. Momento de evaluación

Toda pretensión expuesta en una demanda necesita examinarse previamente para habilitar la marcha jurisdiccional. Así, surgen imprescindibles algunas etapas o juicios previos de admisibilidad que se dirigen a corresponder v.gr.: la competencia, las formas extrínsecas, el tipo de proceso a asignar, etc.

Son secuencias de un mismo procedimiento que aún no se ha sustanciado pues el debido proceso debe conformarse inicialmente, a riesgo de soportar nulidades posteriores.

En estas etapas previas, el juez determina la habilidad (es decir un ajuste a las reglas de la competencia), la regularidad (procedencia y admisibilidad formal) y el fundamento (ámbito de la idoneidad).

En los dos primeros pasos estudia la aptitud formal para encauzar la demanda; en el restante atiende la posibilidad de dar una respuesta favorable a la pretensión (en el sentido de darle curso)

El paralelo entre fundamento y sustanciación se razona en la conveniencia de sujetar el objeto del proceso a todo aquello que fuera lícito y permitido, de acuerdo a las reglas positivas erigidas en el art. 953 del Código Civil. *“El objeto de los actos jurídicos deben ser cosas que estén en el comercio o que por un motivo especial no se hubiese prohibido que sean objeto de algún acto jurídico, o hechos que no sean imposibles, ilícitos, contrarios a las buenas costumbres o prohibidos por las leyes, o que se opongan a la libertad de las acciones o de la conciencia, o que perjudiquen los derechos de un tercero. Los actos jurídicos que no sean conformes a esta disposición, son nulos como si no tuvieran objeto”.*

La vinculación con el abuso procesal es evidente, y ofrece dentro de este molde algunos ejemplos. Así, se ha dicho que, la persistente recurrencia en la pretensión de habilitar por la vía judicial, mediante presentaciones en distintos tribunales del fuero electoral, una nueva reelección del actual presidente de la Nación, con sustento en argumentaciones que resultan antojadizas frente a las claras y expresas disposiciones constitucionales y a la reiterada jurisprudencia de carácter obligatorio en relación al mismo tema, constituye una inadmisibile conducta generadora de dispendio jurisdiccional, que recarga en extremo a los jueces con tareas inútiles que distraen recursos del Estado, a la vez que contraría el deber de probidad y buena fe con que se debe actuar ante la justicia. Ello así corresponde declarar temeraria la acción por abuso de jurisdicción, aplicando la sanción de multa, la que en atención a la inexistencia de contraparte, tendrá el destino establecido en el art. 1º de la acordada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación de fecha 20/12/67. (Del voto del doctor Orlandi). (CNElectoral, agosto 7/998; in re: Turdo, Irma, DJ, 2000-2-432 SJ. 1914).

De modo entonces que, cuando la inidoneidad deriva del objeto o de la causa de la pretensión, se descalifica el andamio por la improponibilidad objetiva que luce.

Redenti enseña que esta cancelación inicial equivale al “defecto de jurisdicción”. “Si del examen preliminar de la demanda resulta, de modo claro y evidente, que la pretensión deducida por su objeto o por su causa, es de aquellas a cuyo respecto la ley, sea por previsión expresa, sea por prohibición que emerge claramente de su sistema, no consiente se emita la providencia que la ampare, debe operarse

su rechazo *in limine* por cuanto, en puridad, se carece de jurisdicción para dictar el prohibimiento pretendido”.

5. Fundamentos del rechazo

El principio de autoridad del juez, como tercero director de la contienda, y el nuevo rumbo que marca la socialización y publicidad del proceso, indican los resortes a partir de los cuales se encuentra el fundamento de la potestad de rechazar sin más trámite una pretensión manifiestamente improponible.

El servicio efectivo de la justicia, a través de una magistratura atenta, conlleva la facultad de contrarrestar todo ejercicio abusivo del derecho que, mostrado en apariencia ajustado a principios sustantivos, en realidad somete una aspiración absolutamente alejada de resguardo normativo y carente de tutela jurisdiccional.

Empero, el derecho a la jurisdicción y a la audiencia le impone al juez la regla de fundamentar la decisión, demostrar objetivamente el vicio que hace inadmisibles la pretensión expuesta y justificar en derecho la causa normativa que obstaculiza el andamiaje.

Morello y Berizonce recomiendan que la decisión desestimatoria alcance la autoridad de cosa juzgada material, toda vez que está resolviendo el fondo de la cuestión. En esto, siguen a Redenti, que es partidario de igual solución.

La duda, la apariencia formal del derecho y todo motivo de prevención que tenga el juez para operar de oficio la repulsa jurisdiccional orientan la gestión procesal, sin perder de vista la posibilidad de corrección toda vez que, advertida la carencia de cualidad, no debe tolerarse saneamiento ni convalidación de lo que es objetivamente improponible.

La pretensión de reembolso de los gastos que debió afrontar el actor como consecuencia de una acción criminal iniciada por el demandado en su contra y con resultado favorable a aquél, subraya la idea de un acto abusivo derivado de la puesta en marcha de la facultad general de acceder a la jurisdicción sin razones valederas, causando molestias y gastos. La situación descrita debe circunscribirse al ámbito de la responsabilidad extracontractual, pues se refiere a la violación genérica del deber jurídico de no causar daño a otro, con independencia del factor de atribución que pudiera predicarse del hecho. (CNCiv., Sala B, noviembre 30/997, DJ, 1997-3-715, SJ. 1424).

6. La improponibilidad objetiva y la excepción de falta manifiesta de legitimación para obrar

Tanto la economía procesal como el principio de eficacia pretenden evitar el dispendio jurisdiccional. El mismo propósito se encuentra, entre otros, en el art. 347 inc. 3º código ritual en relación a que la excepción de falta de legitimación para obrar es manifiesta, es decir, cuando la incapacidad procesal del actor es absolutamente clara, indudable e inequívoca.

Apuntan al respecto Sagesse y Pérez Cortés que “si los resultados van a ser idénticos, las mismas razones de economía procesal que facultan la determinación previa de la inexistencia de legitimación para obrar pueden ser esgrimidas para incluir a la falta de interés procesal manifiesta en la excepción anotada, pues ambas denuncias iniciales responden a idénticas finalidades de celeridad y economía”.

Habida cuenta del corredor común que encuentran ambas instituciones, puede colegirse que la improponibilidad objetiva no se encuentra tan desamparada del cuadro normativo vigente.

Ocurre que la perspectiva es distinta de acuerdo al interés que se actúa y al órgano que lo recibe.

Desde un primer punto de vista, la excepción de falta manifiesta de legitimación para obrar juega en el instituto de la defensa que esgrime el contradictor, sin prevención efectiva del *a quo*, quien recién la conoce en el momento de plantearse la controversia. Es la “improponibilidad subjetiva”.

La carencia de legitimación sustancial se configura cuando alguna de las partes no reviste la condición de persona idónea o habilitada por la ley para discutir el objeto sobre el que versa el litigio (CNCom., Sala A, Diciembre 28/999, DJ, 2000-2-684)

La legitimación para obrar se refiere a un elemento sustancial de la litis que consiste en la cualidad que -en el caso- inviste el actor y que lo habilita legalmente para asumir tales calidades con referencia a la concreta materia sobre la cual versa el proceso (CNCrimyCorrec., Sala VI, Junio 12/997, DJ, 1998-3-436, SJ. 1561).

La legitimación para obrar se define como aquel requisito en cuya virtud debe mediar coincidencia entre las personas que efectivamente actúan en el proceso y las personas a las cuales la ley habilita especialmente para pretender y para contradecir respecto de la materia sobre la que versa el proceso. La pauta para determinar la existencia de la legitimación procesal está dada, en principio, por la titularidad activa o pasiva de la relación jurídica sustancial controvertida en el proceso (J.Fed.Junin, Julio 7/992, DJ, 1993-2-137).

En cambio, la ausencia de fundamentos en una demanda reconoce un déficit en la calidad de juzgar, de modo que encontraríamos la limitación del tribunal para sancionar un caso “objetivamente improponible” a la que no puede sustanciar por la carencia de presupuestos.

7. Casuística

Existe improponibilidad objetiva, cuando surge en forma manifiesta que la pretensión carece de tutela jurídica, ya sea porque la demanda tiene un objeto inmoral o prohibido por las leyes o porque la causa invocada como fundamento de la petición es ilícita o inmoral, y el juez debe rechazar de oficio la demanda a fin de evitar un dispendio tan inútil como vicioso de la actividad jurisdiccional.” (CNCom., sala D, abril 4/995)

El criterio para el rechazo liminar de la demanda en los casos expuestos precedentemente ha sido y sigue siendo restrictivo.

“La viabilidad del rechazo in limine de la demanda por improponibilidad objetiva debe quedar reservada para aquellos supuestos en que la confrontación de la causa pretendida con

el derecho positivo resulta evidente, debiendo descartársela en caso contrario.” (CNCom., Sala A, julio 7-996). (En el mismo sentido, CNCiv., sala I, setiembre 28/995, JA 1999-I-síntesis)

“La facultad de proveer el rechazo *in limine litis* de la demanda, debe ejercerse con suma prudencia, contrayéndola a supuestos de manifiesta improponibilidad, por violación de las reglas del art. 330 del rito, a punto tal que su gravedad impida constituir un requerimiento revestido del grado mínimo de seriedad que debe tener toda actuación ante la justicia” (CNCiv., sala A, noviembre 30/999; ED 189-510)

“La facultad de rechazar *in limine* la demanda debe ejercerse con suma prudencia y limitarse a los supuestos de manifiesta improponibilidad, que impida considerar a la demanda como un requerimiento con la seriedad que debe tener toda actuación ante la justicia. Por ello, el rechazo *in limine*”, en tanto cercena el derecho de acción vinculado con el derecho constitucional de petición, debe acotarse a los casos de evidente inadmisibilidad de la demanda, o notoria falta de fundamentos.” (CNCiv., Sala A, junio 6/994, La Ley, 1994-D, 280). En igual sentido CNCiv., Sala A, noviembre 15/996, La Ley, 1996-D, 873; CNCiv, sala A, abril 4/994, ED, 161-236)

“La facultad de rechazar *in limine* la demanda puede ejercerse cuando existan violaciones a las reglas que gobiernan su régimen –art.337 Código Procesal-, pero su ejercicio requiere suma prudencia, limitado a supuestos de manifiesta improponibilidad, que impidan considerar un requerimiento con la seriedad que debe tener toda actuación ante la justicia.” (CNCiv, sala G, noviembre 11/998, La Ley,1998-B, 597)

“El juez está facultado para analizar la proponibilidad objetiva de la demanda en un juicio de conocimiento, cuando la improponibilidad resulta ostensible.” (CNCom., sala E, julio 7/985, La Ley,1985-D, 522)

En este sentido rechazó en julio de 1995 la Cámara Nacional en lo Civil y Comercial Federal una demanda, mediante la cual la entonces Dirección General Impositiva perseguía el cobro de una multa de noventa y ocho centavos. Entendió en dicho caso la Sala I que semejante pretensión era inatendible, concluyendo que hacer lugar a ella constituiría un dispendio inútil de la actividad procesal. Dijo la Cámara:

“El examen sobre el fondo de las pretensiones articuladas puede ser efectuado por el juzgador a su mera proposición cuando éstas se manifiestan inequívocamente sin fundamento. Así, en estos casos, si el objeto de la causa en que se sustenta la pretensión contenida en la demanda son ilícitos o contrarios a la ley, o a las buenas costumbres, o si se exhiben inhábiles desde su constitución, de disponerse su sustanciación se daría lugar a un proceso infecundo que habría nacido frustrado desde el comienzo.” (CNCiv. y Com. Fed., sala I, julio 20/995, ED 165-222).

La facultad de rechazar *in limine* la demanda debe ejercerse con suma prudencia y limitarse a los supuestos de manifiesta improponibilidad, que impida considerar a la demanda como un requerimiento con la seriedad que debe tener toda actuación ante la justicia. Por ello, el rechazo *in limine*”, en tanto cercena el derecho de acción vinculado con el derecho constitucional de petición, debe acotarse a los casos de evidente inadmisibilidad de la demanda, o de notoria falta de fundamentos (CNCiv., Sala A, junio 27/994, DJ, 1994-2-1012).

La prerrogativa judicial de rechazar *in limine* la acción de amparo se ha visto sensiblemente modificada por la reciente reforma constitucional (CNCiv., Sala A, octubre 2/995, in re: Federación Ciclista Argentina c. Municipalidad de Buenos Aires, DJ, 1996-1-1186).

Los jueces están autorizados a rechazar *in limine* la demanda en casos muy excepcionales, en los cuales resulta harto evidente su inadmisibilidad, sea porque claramente surge de sus propios términos o de la documentación a ella acompañada (CNCiv., Sala A, marzo 15/996, DJ, 1996-2-590).

La tarea destinada al examen de admisibilidad de la demanda importa la verificación de sus requisitos formales con independencia de las razones de fondo, y constituye un deber del juez al tiempo de la respectiva presentación (CNCiv., Sala A, marzo 15/996, DJ, 1996-2-590).

El rechazo liminar de la demanda de amparo contra actos de particulares debe encuadrarse en función de lo dispuesto por el art. 337 del Cód. Procesal, que reconoce al juez dicha facultad cuando existen violaciones a las reglas que gobiernan la demanda, por no ajustarse a los recaudos formales previstos, en atención a los deberes que pone a su cargo el art. 34, inc. 5° del mismo ordenamiento (CNCiv., Sala A, marzo 15/996, DJ, 1996-2-590).

La facultad judicial de rechazar "in limine" la demanda de amparo ha sido sensiblemente modificada por la reforma constitucional, en función de lo normado por su art. 43 y por los tratados internacionales que, en razón del principio consagrado por el art. 75, inc. 22 de la Carta Magna, revisten jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de aquélla y deben entenderse como complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos (CNCiv., Sala A, marzo 19/996, DJ, 1997-1-317).

Bibliografía

Actas del XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981; tema: I.a) Impropiedad objetiva de la pretensión, rechazo *in limine* de la demanda.

Balestro Faure, Miryam, *La proscripción del abuso de los derechos procesales*, en "Abuso Procesal", obra dirigida por Jorge Walter Peyrano, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001.

Fairén Guillén, Víctor, *La transformación de la demanda en el proceso civil*, en "Temas del ordenamiento procesal", volumen I, editorial Tecnos, Madrid, 1978.

Guasp, Jaime, *La pretensión procesal*, editorial Cívitas SA, Madrid, 1981.

Comentarios a la ley de enjuiciamiento civil, 2ª.ed., Aguilar, Madrid, 1948.

Liebman, Enrico T., *Manual de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, editorial Ejea, Buenos Aires, 1980.

Marqués, José F., *Instituciones de derecho procesal civil*, 3ª ed.. Vol. II., editora Forense, Río de Janeiro, 1981.

Morello, Augusto Mario; Berizonce, Roberto Omar, *Impropiedad objetiva de la demanda*, en XI Congreso Nacional de Derecho Procesal, La Plata, 1981.

Palacio, Lino E., *La excepción de falta manifiesta de legitimación para obrar*, en Revista Argentina de Derecho Procesal, N°1, 1968.

Peyrano, Jorge Walter, *Abuso de los derechos procesales*, en "Abuso Procesal", obra dirigida por Jorge Walter Peyrano, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2001.

Redenti, Enrico, *Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redín, tomo I, editorial Ejea, Buenos Aires, 1957.

Sagesse, J. - Perez Cortés, Osvaldo, *La excepción previa de falta manifiesta de legitimación para obrar y la ausencia de interés procesal*, JA 1968-II-768

Capítulo X

EL DEBER DE DECIR VERDAD EN EL PROCESO

1. Introducción

Verdadero punto nervioso constituye la veracidad en el proceso dado que, si es deber de las partes obrar con la verdad en cada postura o afirmación procesal, pues eso significa actuar de buena fe; a *contrario sensu*, todo ocultamiento o toda mendacidad importaría una afrenta al principio de la conducta recta y honesta, y con ello, una violación al principio de moralidad.

El nudo de la cuestión se concentra en este sencillo interrogante: ¿existe el deber de decir verdad en el proceso? A partir de las respuestas que se obtengan, fácilmente se entenderá que éste es un tema que no admite posiciones intermedias porque tampoco hay verdades a medias o mentiras parciales.

Toda la problemática relaciona tantos frentes de abocamiento como inquietudes le merezcan al estudioso. Precisamente, como la verdad se une a la moral en un parentesco próximo, el deber de veracidad se puede atender como un aspecto de la política procesal, de filosofía jurídica, de derecho y deberes procesales, etc.

Procuraremos alcanzar algunas conclusiones de aplicación estrictamente procesal, adelantando desde ya que, a nuestro entender, el deber de veracidad está atrapado en el principio de moralidad y desplazado como punto de encuentro para generar consecuencias imputables, toda vez que, desde la publicización del proceso y la desnaturalización del instituto del perjurio, ha perdido interés su consideración para atender ahora, concretamente, a la conducta cumplida en el proceso.

2. Origen histórico

Ya en los precedentes bíblicos se encuentra la consagración del deber de veracidad: “No levantéis falso testimonio” (Exodo: Cap. 20,16); “No mintáis y que nadie engañe a su prójimo” (Levítico: Cap. 19,11); “Absteneos de asuntos falsos” (Exodo: Cap. 23,7).

Los preceptos se repiten en otros lugares del Antiguo Testamento que, además de ser ordenadores religiosos de la conducta constituían un verdadero orden jurídico a respetar.

La influencia posterior de estas reglas se advierte con mayor elocuencia en exigencias procesales que, a los fines de percibir la verdad, obligan a prestar juramento en la proposición de la demanda o en la deducción de defensas; hechos que hasta hoy persisten como en los prolegómenos de la absolucón de posiciones, o en ciertos pasajes de la prueba instrumental.

Pero en aquel entonces, la pena por la mendacidad no era una reprobación procesal sino un pecado: una forma de condena tan severa que pesaba en la moral de ocurrente y que significaba una verdadera sanción legal.

La evolución de las ideas, y el advenimiento del Estado Organizado; conservó aquellos conceptos en el terreno de la divinidad; y propuso fórmulas distintas para llegar al conocimiento de la verdad.

Solón, redactó para el gobierno ateniense algunos señalamientos éticos: “La probidad es más fidedigna que el juramento No mientas”. No obstante en el procedimiento era usual la introducción mediante juramento y la sanción el litigante malicioso.

En el Derecho Romano, la exploración de la verdad justificaba la existencia del proceso y, para conseguir que las partes no se manifestaran con mendacidad, habían creado penas procesales que castigaban al artero y al desleal.

El juramento se extendió como regla y se aplica en el Derecho Canónico.

Según Grossmann, el derecho canónico ha tomado del derecho romano el deber de decir veracidad con el juramento de calumnia que debió prestarse luego de la *litis contestatio*. Ya con anterioridad a la misma, fue tomando el *iuramentum malitiae*, juramento que se repitió tantas veces como que surgió la sospecha de procedimiento desleal. Ambos juramentos tendieron a prevenir cualquier abuso durante el procedimiento por cuya razón se refirieron a toda clase de actos maliciosos que pudieran ocurrir. Aun cuando la mentira no se combatió en forma exclusiva, la misma llegó a ser el abuso más importante y frecuente, y la práctica en la aplicación del juramento comprueba, no obstante su formulación genérica, que muy especialmente sirvió para impugnar la mentira, es decir, para asegurar el deber de veracidad.

Se invoca a Dios como testigo (*iuramentum est divini nominis at testatio*) y bajo su admonición el proceso debe desarrollarse con probidad y rectitud.

Las Leyes de Partidas definieron el juramento como “averiguamiento que se hace nombrando a Dios o alguna cosa santa, sobre lo que alguno firma que es así o lo niega” (Ley I, tít. XI, Partida 3).

Montarcé Lastra explica que el juramento se dividió en simple y solemne. Simple era el que se hacía por sólo la invocación de Dios para confirmar la cosa suya, certeza o falsedad que se afirmaba o prometía, solemne el que se prestaba ante el superior legal según ciertas fórmulas.

En materia probatoria, la exigencia de decir verdad se hizo más severa y en esa disposición las fórmulas de juramento cambiaban según la clase de personas y según fuera su religión o estado.

La Ley XIX, título II, Partida 3, decía: “Los cristianos así juraban: Vos me jurades, por Dios padre, que fizo el cielo e la tierra, e todas las otras cosas que en ellos son, e por Jesú Christo, su fijo, que nació de la Virgen Gloriosa Santa María, e por el Espíritu Santo, que son tres personas e un verdadero Dios, e por todos los Santos Evangelios que cuentan las palabras e los fechos de Nuestro Señor Jesú Christo diga que jura por aquella Cruz...”

“Los judíos debían prestarlo en la sinagoga poniendo la mano sobre la Tora en que hacen la oración y esta forma: Juras tu Fulam judío, por aquel Dios que es todopoderoso sobre todos e que creo el cielo y la tierra e todas las otras cosas. E que dizo no jures por el mio nome en vano. E por aquel Dios que fizo Adam el primero ome, el le puso en el parayso e la mando que non comiese de aquella fruta, que el le vedó, e porque comio della, ben responder Juro e de si, devele decir, que si falta a la verdad –en nondice en aquella razón, lo que jura que vengan sobre él todas las llagas que vinieron sobre los de Egypto e todas las maldiciones de la Ley que son puestas contra los que desprecian los mandamentos de Dios. E todo esto deve responder de una vez, amen, sin refrecta ninguna así como diximos en la ley antes desta”.

También las Leyes de Partida requerían que en la demanda se introdujera un párrafo que dijera: “Juro lo necesario...” por el que se entendía prestado el juramento de calumnia, aquí conocido como juramento de “mancuadra”.

José de Vicente y Caravantes agrega que “llamóse este juramento de calumnia, porque calumnia en las causas civiles no es otra cosa que vejar o molestar a otro con pleitos infundados o fraudulentos, y en los criminales, con la imputación de delitos supuestos, pues la palabra calumnia viene de calvendo o cavilando y significa fraude e inutilidad en los pleitos, como nota Cayo en la Ley si Calvitur, 233, al Princ.. Dig. De V.S. llamóse en España juramento de la mancuadra, esto es, de la mano cuadrada por prestarse sobre cinco artículos; así como la mano que es cuadrada o acabada, dice la Ley 23, tít. II Part. 3, ha en sí cinco dedos”.

La promesa versaba sobre cinco puntos: 1º) la creencia de encontrarse asistido de derecho; 2º) que cada afirmación sería expresión concreta de verdad; 3º) que no se utilizarían en el proceso falsas prueba ni excepciones maliciosas; 4º) que no se valdría de actitudes de soborno, promesa o garantía hacia el juez para ganar el pleito; 5º) que la demanda no perderá en términos maliciosos en perjuicio de su contrario.

La misma exigencia reposaba en el demandado, pero si éste se negaba a cumplirlo, se le daba por perdido el pleito.

Agrega Caravantes, que podía solicitarse en el curso del proceso, respecto de un acto procesal específico, pero si las partes no pedían el juramento no se anulaba por su defecto en el proceso. Y en la práctica rara vez se pedía ni se prestaba con la solemnidad referida, entendiéndose hecho en virtud de la cláusula que se ponía en la demanda: juro lo necesario.

3. Antecedentes nacionales

La Ley de Enjuiciamiento española nada dijo respecto de la obligación de decir verdad en el proceso; tampoco se refirió a la prestación de juramento como requisito introductorio a la instancia judicial.

Sin embargo, la práctica llevó a dejar subsistentes las disposiciones de las Leyes de Partidas, interpretación que puede afirmarse en la reformulación que se le da al juramento para ciertos actos jurídicos que debían cumplirse en el proceso.

Del mismo modo, como se mantuvo la costumbre de sostener la fórmula de prestar declaración en la prueba de confesión, el juramento, como medio de prueba tendiente a provocar la verdad real en el proceso, se consideró presente a pesar de la omisión legal.

Couture, entiende que el origen de nuestros antecedentes está en la Real Cédula de Aranjuez, de 1794 que, al instituir el Tribunal de Consulado y dar las bases del procedimiento civil y comercial, consignó que era deber actuar en el proceso "a estilo llano, verdad sabida y buena fe guardada". Agrega más adelante que, "cuando se inicia la codificación americana a mediados del siglo XIX, el legislador se encuentra con todos estos textos. Podría decirse que no existió una sola fuente de la codificación de nuestros países que se hubiera consignado en forma expresa un deber jurídico y moral de decir verdad. Pero se da aquí el fenómeno realmente curioso de que ni uno solo de los textos americanos que nos son familiares, ni tampoco los dos diplomas clásicos españoles de 1855 y de 1881, contienen un precepto que establezca expresamente el deber de decir verdad".

A fines del siglo XIX, el Código de Procedimiento Alemán (1877) regla un expreso deber de veracidad, que se incorpora al Código de Procedimientos Civil en octubre de 1933.

Por entonces, el Código Austríaco había llegado a convulsionar el ambiente de morigeración que iba ganando la época. El art. 178 dispone: *"Cada una de las partes debe, en sus propias exposiciones, alegar íntegra y detalladamente todas las circunstancias necesarias para fundar, en el caso concreto, sus pretensiones, con arreglo a la verdad; ofrecer los medios de prueba idóneos de sus alegaciones; pronunciarse con claridad sobre las observaciones y pruebas ofrecidas por el adversario; exponer los resultados de las pruebas recogidas y pronunciarse con claridad sobre las observaciones de su adversario"*

Grossmann sostiene que la influencia de esta disposición se hizo sentir en otros códigos europeos como el húngaro de 1911; los Códigos Cantonales Suizos; el yugoslavo de 1929; la nueva ley procesal polaca de 1930; el Código Procesal Soviético de 1923; etc.

Las instituciones nacionales, en cambio, mantuvieron los principios comentados en la ley de enjuiciamiento Civil española, si bien los Proyectos de Lascano y García tomaban partido sancionando el deber de veracidad como disposición a cumplir.

El proyecto del Instituto de Altos Estudios de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de La Plata (1935), decía en el art. 25: "Es deber de las partes, sea que interpongan personalmente o por medio de mandatario o representante legal...2) Proceder de buena fe en el proceso, expresando al Juez de los hechos conforme a la verdad". El Proyecto García, en su art. 14 dispuso: "Es deber de las partes, sea que intervengan personalmente o por medio de mandatario o representante legal...2) Proceder de buena fe en el proceso, expresando al Juez de los hechos conforme a la verdad".

La sanción del Código Italiano en 1940 ofreció una novedad revolucionaria. La figura inerte del Juez cobraba vida y fuerza propia para dirigir el proceso e investigar la verdad real procurando que las partes, en el debate de sus respectivas afirmaciones, conservaran el buen comportamiento y se respetaran sobre la base del principio de lealtad y probidad.

La moralidad procesal desplazaba el deber de veracidad o, al menos, no lo exigía como obligación.

Nuestro país, con la ley 14.237 y las dictadas sucesivamente siguieron esta tendencia, que es la que rige actualmente.

4. Necesidad de texto legal expreso

Tal como lo planteara Couture, el problema se nos presenta, entonces, en el sentido de saber qué significado tiene la consignación de un deber de decir verdad en texto expreso y la omisión de este texto dentro de una estructura legislativa.

Las tendencias han sido explicadas someramente; veamos ahora cómo operan ante la realidad de su consagración.

El citado art. 178 de la Ordenanza Austríaca de 1895 incidió en la redacción del art. 138 inciso 1º del Código Alemán de 1933; el cual expuso que: “ Las partes deben declarar sobre las circunstancias referentes a los hechos con integridad y conforme a la verdad”.

Grossmann sostiene que, “La justificación de la norma, contenida en el Preámbulo a la Ley Reglamentaria del 27 de octubre de 1933, reviste importancia universal resumiendo concientemente lo que en todos los tiempos y en todos los sitios fueron –y deben ser- las causas de un deber de veracidad: Una justicia popular es solamente posible en un procedimiento que es comprensible para el pueblo y que garantiza una protección judicial tan segura como rápida. Las partes y sus representantes deben darse cuenta de que la justicia no favorece solamente a ellos, sino al mismo tiempo y en primer orden la seguridad del pueblo entero. Ninguna parte tiene derecho a extraviar al Juzgado o a abusar de sus esfuerzos por retardo malicioso o descuidado del proceso. A la protección legal a que todos tienen derecho, corresponde el deber de facilitar el descubrimiento del derecho al Juez por procedimiento legal y cuidadoso... Sólo así se alcanza un procedimiento activo e inmediato, con plena oralidad, que posibilita al Juez para la segura averiguación del derecho y que las partes pueden seguir comprensivos y confiados”.

La doctrina inmediata, entre otros Kisch, interpretó que “el pretendido deber de veracidad de las partes... existe, pero con carácter moral, no jurídico. La ley no tiene ni un solo propósito donde tal deber se imponga pues sería totalmente equivocado y falto de base el intento de poner a las partes una obligación de decir la verdad en un procedimiento donde se trata de dar satisfacción a sus intereses personales. Si éstas manifestasen ante el Tribunal algo que no es verdad (prescindiendo del juramento) obran de contra de una prohibición moral, no de una jurídica. Su falsa declaración no está por esto –y con razón- sancionada con pena alguna, ni de ella se puede derivar perjuicio alguno jurídico. Si bien el descubrimiento de la falsedad llegará a obrar en el ánimo del Tribunal en sentido desfavorable para la parte. La afirmación falsa no está prohibida, y ello no es un defecto de la ley, pues no es necesario que se haga parte del contenido de ningún derecho positivo. Pertenece, antes por el contrario, al gran cúmulo de actos jurídicamente indiferentes”.

A nadie se obliga al aporte de circunstancias que le pueden ser desfavorables, de modo tal que la verdad se convertía en simple veracidad, o mejor dicho, en la exactitud con que se exponían los hechos. La alegación de éstos con el fin de sonsacar y sorprender al adversario no se toleraba; lo que sí fue admitido era una precisión incompleta del relato, pues de la prueba podía obtenerse el complemento.

Schönke era de opinión, en cambio, que la reforma introducida por el nuevo art. 138.I sólo modificaba el deber de veracidad, en el sentido de los hechos comprendidos en la alegación. De esta forma, como consecuencia de la infracción del deber de veracidad, se deduce primeramente que el Tribunal ha de dejar de tomar en consideración aquellas alegaciones o negativas de hechos de la parte contraria que estime insinceras, y lo mismo tanto en el caso de que hayan sido hechas expresa (art. 288) como tácitamente (art. 138.III), o conforme a una ficción legal (art. 331. I).

De ello se desprende que la infracción al deber de veracidad puede implicar una falsía procesal, pero nunca una pena.

Conceptos que coinciden en parte con Rosenberg, para quien la norma sólo se refiere a la atención que deben prestarse a las buenas costumbres, de modo tal que una violación al mismo tiempo no puede tener más que consecuencias extraprocesales, pero tampoco tomar el acto como procesalmente improcedente.

A su entender el art. 138.I sirve para combatir la falsedad en el proceso, y constituye un deber de fidelidad subjetiva; lo que explica como una obligación de la parte por la que no puede presentar o discutir afirmaciones, ofrecer pruebas o plantear excepciones a la prueba "contrarias a su mejor saber"; pero no significa que solamente sean admisibles aquellas afirmaciones que la parte conoce como verdaderas. En suma, a lo que se aspira es a evitar la "mentira conciente", preservando en el deber de veracidad una garantía contra el engaño y contra el perjuicio del adversario.

Precisamente en esta línea de ideas se advierte cómo la doctrina, a pesar de contar con un texto expreso que señala a la verdad como un valor axiológico, encuentra escapismos que consagran otros preceptos derivados de la norma principal. Así entienden el deber de no mentir, de no engañar, de evitar el dolo, pero no afirman conscientemente la existencia de un deber de decir verdad.

Con las cosas en ese estado, y aunque se acepte o no esa distinción entre deber de decir verdad como obligación jurídica, y deber de veracidad como principio de moralidad parece cierta la reflexión de Goldschmidt: *"La novela alemana de 1933 es un cuchillo sin mango ni hoja", pues de nada vale que el legislador imponga el deber, si al lado de esa disposición no establece un arsenal represivo.*

Surge entonces otra cuestión: si la sola mención del deber de decir verdad no basta para lograr el objetivo, puede colegirse que se piensa más en la sanción que en lo preventivo, con lo cual la política procesal de moralidad se enfrenta con el corte inquisitivo que se consigue con las penas.

Sin embargo, parece razonable pensar que la deducción es muy estricta, sobre todo si la relacionamos con la consagración del deber de veracidad sin encontrarse expresamente dispuesto.

Veamos por qué.

Casi todos los ordenamientos procesales que reglaron el principio de certeza (como veracidad) bajo un aspecto punitivo, se encontraron con que, a partir del advenimiento de una nueva perspectiva en el derecho procesal, que desplazaba el centro de gravitación de las partes hacia el juez se modificaba seriamente la función de éste si se le conservaban los principios represivos.

Si ahora el Juez era director, instructor y efectivo enlace de justicia con la realidad, aquellos desvíos operados en el devenir procedimental sólo podrían desarrollarse actuando temeraria o maliciosamente, es decir, obrando con arteria, dolo, artificio, engaño, etc. En síntesis: el problema estaba en la mentira y no en el deber de veracidad.

Sin embargo, los códigos no variaron su cuadro de situación. Advirtieron el problema, pero temieron que, de no subsanarse expresamente la obligación de conducirse con verdad, y de reprimir su ocultación, tácitamente receptorían la mentira en el pleito.

Nada más errado; y ello así lo sintió el codificador italiano de 1940, que sabiamente deslindó los aspectos lógicos de la obligación de sus connotaciones prácticas.

Al respecto decía Carnelutti: “La moderna concepción del proceso civil elimina todo obstáculo contra el reconocimiento de la obligación: puesto que el proceso se sigue en interés público y por esto tiende a un resultado de justicia; por lo que la parte sirve al proceso y no el proceso a la parte, no existe la más remota razón para sustraer la acción de la parte a aquellos preceptos que el interés público reclama; el llamado principio dispositivo es una directriz de conveniencia y nada más, de manera que, según la conveniencia, puede ser limitado; la parte no se contrapone en absoluto al testigo en el sentido de no ser también ella un instrumento del proceso, por lo que en principio no hay razón alguna para que se pueda imponer al testigo, y no a la parte, la obligación de decir verdad. En cambio, desde el punto de vista de la conveniencia, la cuestión es muy delicada; en efecto, si es verdad que también la parte, lo mismo que el testigo, es un instrumento del proceso, es, sin embargo, un instrumento que opera de un modo enteramente diverso; las ventajas que el proceso obtiene de ellas dependen, sobre todo, de su iniciativa y, por lo tanto, de su libertad; cualquier límite señalado a ésta compromete su rendimiento; además, la acción de la parte se desarrolla por medio de la contradicción, que es una forma de lucha, no se puede, sino de un modo relativo, desterrar la fuerza y la astucia; en suma, cuanto más se atan las manos a las partes, tanto más, junto con el peligro del engaño o de la mentira, se desvanece también el beneficio de su acción. Esto quiere decir que la solución del problema debe ser una solución de proporción...”.

“El derecho positivo italiano adopta una solución de este tipo siguiendo una directriz general que se manifiesta aun fuera de los límites del proceso; tal directriz se funda en la distinción entre engaño y mentira, a la que se adapta ya el derecho contractual. El engaño es mentira agravada por la realización de actos encaminados a determinar su credibilidad y, por lo tanto, a crear las pruebas idóneas para hacer admitir su verdad; lo que los romanos, a propósito del dolo, llamaban la “*machinatio*” y, los franceses, a propósito de la estafa, la “*mise en scène*”

Ideas que reitera en su famoso estudio "*Contra el proceso fraudulento*", donde destacó que "bajo este aspecto, para el buen fin del proceso es necesaria la igualdad de las partes, incluso desde el punto de vista de la fuerza o de la bellaquería; de ahí que a veces a un litigante galeote, en interés mismo de la justicia, mejor que un clérigo, se le contraponen un marinero".

Ha sido evidente que el principio de publicización del proceso consiguió poner frenos a ciertos arrebatos que conspiraban contra el orden ético del proceso. De todas maneras, es riesgoso confundir la ética del proceso con el principio de moralidad, pues ambos coinciden en un imperativo de conducta (leal, recta y honesta), pero la primera escapa a la vigilia judicial en tanto se ampara en una exigencia del fuero íntimo: la moral y el derecho se debaten en componentes de volición que sólo se controlan cuando se encuentra el acto externo de provocación a la buena fe.

De modo tal que, cuando la exteriorización de la conducta se advierte en el proceso, el control jurisdiccional pone en acción el principio de moralidad y le exige a las partes comportarse con lealtad y probidad.

En este sentido, la obligación no tiene necesariamente que aludir a que las partes deben decir la verdad, o que no han de mentir; ni han de generar sospechas, etc.; todo ello limita la libertad y, en cierta forma, condiciona la voluntad de obrar.

Asimismo, el principio de moralidad preside el conjunto de actos procesales, y es bien cierto que desde el engaño doloso hasta la simple mendacidad, o desde el artificio al ocultamiento de un hecho conocido, existen varios grados de mentira, y, en el análisis de ella, en la trascendencia que revista o en la magnitud y proporción de su desatino, el Juez podrá sancionar el comportamiento, sin necesidad de contar con una regla precisa y específica que compile los entendimientos de la verdad o de la mentira.

Un buen ejemplo de este funcionamiento se constata en el derecho inglés, donde bajo la denominación abstracta referente al *Contempt of court* previene el deber de veracidad, a través de la interpretación constante de sus instituciones, que ven una falta de respeto hacia el Juzgado.

5. Alcance del deber de veracidad

El material que nutre el proceso se compone de hechos y de derecho sobre los que las partes afirman sus respectivas postulaciones.

Con relación a los primeros -dice Peyrano-, subsiste la polémica para determinar si, en oportunidad de invocarse las circunstancias fácticas, éstas deben complementar una acabada descripción del suceso, sin quitar ni recortar motivos que empeoren o dificulten la situación del exponente.

Grossmann participa de la opinión por la cual debe sancionarse la ocultación de hechos cuyo conocimiento resulta indispensable para la claridad y dilucidación de la litis. A su criterio, el silencio debe considerarse como contrario a la verdad; tanto él como la declaración incompleta, o ambigua, agravan el deber en comentario. Esta veracidad -agrega- "se exige no solamente con respecto a los hechos

controvertidos, sino igualmente a los hechos indiscutidos que el juez debe aceptar, en general, sin previo examen alguno”, estableciendo solo una restricción: “La exigencia de la veracidad, con inclusión de los hechos no discutidos, deja intacto el derecho del litigante de abstenerse de la impugnación de las alegaciones hechas por la parte contraria, sea que fueran verídicos o no. La parte no es obligada a declarar, pudiéndose hacer condenar en rebeldía, si lo prefiere a la intervención activa en el juicio”.

La extensión a todos los hechos importa aceptar que deban relatarse hasta los más mínimos o inverosímiles, pues, en definitiva, le corresponderá al juez decidir la importancia o trascendencia que tiene el suceso para decidir la causa.

En cuanto al derecho, la cuestión es más delicada, y ello se advierte en las diferencias que establecen las distintas legislaciones a la hora de atenderlo.

Por ejemplo, en los Códigos Alemán y Austríaco, la veracidad se requiere sólo con respecto a los hechos; mientras que los Ordenamientos Sueco, Ruso y Dinamarqués hacen extensiva a los argumentos jurídicos.

Grossmann interpreta que, no obstante la limitación a la veracidad de los hechos en ciertas normas nacionales, el deber de veracidad comprende toda la declaración procesal, sea que concierna a los hechos, a los argumentos jurídicos o a la rendición de la prueba.

Peyrano, entre los autores argentinos, coincide con estas apreciaciones, reservando en la alegación del derecho la preeminencia del principio *iura novit curia*.

En nuestro parecer, no existe un deber de veracidad en el derecho, cuanto más se puede exigir certeza. Mientras que para la presentación de los hechos priva el criterio de la verdad.

La argumentación equívoca tiene su contracara en la apariencia, la simulación, el fraude o el dolo, y confirma un abuso procesal que se desenvuelve con singularidades propias.

La exposición fáctica, concisa y reticente, puede generar en ambigüedad o en una presentación defectuosa por oscuridad, sin perjuicio de otros vicios formales a tenor de los recaudos solicitados en el art. 330 del Código Procesal.

Directamente, la demanda falaz determina estafa procesal, y en ello, insistimos, más que conseguir la verdad –que a veces se constituye en un estado ideal- al código procesal le interesa prevenir la mentira y el engaño.

Con el derecho, la condición difiere según las invocadas sean normas procesales o materiales. Es decir, que se amparen en la pretensión procesal o en la situación material.

En la primera, el interesado puede invocar el camino de fundamentación, aunque sea provocado o voluntario el error, pues al Juez le corresponde decidir el trámite a desarrollar y las pruebas a producir.

En cambio, en la afirmación del derecho material no pueden invocarse argumentos que induzcan a error o sean desleales o pretendan una finalidad distinta a la que verdaderamente obtendrían presentando el caso jurídico en los términos de su real configuración.

6. Sujetos obligados a decir verdad

En una dimensión diversa a la anterior, que se atiende desde un vértice objetivo, cabe responder en el plano del subjetivismo, ¿a quién se le exige acatar el deber de veracidad?.

Casi de inmediato se respondería que: todo los sujetos del proceso, sean partes, terceros o representantes, están obligados a pronunciarse con veracidad.

Sin embargo, la respuesta sería ideal o, al menos, quedaría en una expresión de deseos.

Apreciando el problema con una visión puramente conceptual y teórica, no nos quedan dudas que el mentado “deber” *debe ser* plenamente satisfecho por todos quienes concurren al proceso.

Pero las calidades procesales no son las mismas; varían en los sujetos del proceso los deberes, obligaciones y cargas y, en estas correspondencias, el principio debe conjugarse.

Con los auxiliares de la justicia y con los que participan llamados a cumplir una carga de asistencia (testigos, peritos, intérpretes, etc.), el problema se resuelve sin hesitación alguna: su deber es de fidelidad al conocimiento obtenido, de modo que han de declarar con la plena verdad, esto es, sin ocultamientos ni reservas.

Si varios declarantes afirman un mismo suceso que pasó por sus sentidos, ello permite atribuirles veracidad, máxime cuando aducen el acontecimiento esencial como directamente conocido. De ahí que la aceptación del dicho de un testigo tiene que ser menos rigurosa que su examen para desecharlo. Esto ocurre porque, en definitiva, el juez está apoyado en la construcción jurídica de que los testigos no pueden mentir, tanto por existir una punición legal por falso testimonio (art. 275, Cód. Penal y 449, Cód. Procesal), la que les fue impuesta al declarar y al jurar decir la verdad (art. 440, Cód. Procesal), cuanto porque el método de interrogación judicial libre y de oficio por el juez (art. 442, Cód. cit.), pone de resalto el sistema posible para indagar la mendacidad en que pudiese incurrir el testigo, o su falta de comprensión de los hechos (CNCiv., Sala C, abril 16/991, DJ, 1992-1-64).

Del juego de los arts. 163 y 280 del Cód. de Proced. en Materia Penal no puede deducirse un permiso al cónyuge para mentir en una declaración testimonial, sino que teniendo incólume el bien jurídico de la buena administración de justicia, se trata de que sus dichos veraces o su silencio no puedan en ningún caso ser valorados por el juez en contra del esposo. (Del voto en disidencia del doctor Cattani) (CNFed. Crim.Correc., Sala II, agosto 30/989, in re: *Dunayevich de Martínez*, Ana M, DJ, 1990-2-567).

A ellos les corresponde aplicar sin reparo alguno el ejemplo del juramento, para que “diga la verdad, toda la verdad y nada más que la verdad”. Pueden existir ciertas excepciones cuando existen justas causas de reserva como, si la declaración lo implica personalmente, corriese el riesgo de someterlo a proceso judicial, suponga una declaración contra sí mismo, o esté amparado por el secreto profesional.

Este tipo de colaboradores de la justicia tiene una *obligación* de asistencia y un *deber* de decir verdad.

Inversamente, las partes debaten en el proceso contradictorio bajo ciertas reglas (*fair play*) que les permiten reservas y ocultamientos.

A ellos no les exige decir verdad, sino una pauta de comportamiento basado en el principio de moralidad.

No empuja a ello ciertas pruebas del proceso civil que recuerdan institutos de consabida inutilidad. En este sentido la prueba de confesión pervive con una fórmula de juramento de decir verdad que tiene poco de cierto y mucho de ficción, operando verdaderamente como disuasorio de la mentira, en la sanción que produce la inasistencia o la no declaración.

Couture lo explicaba como un estado de libertad donde se puede elegir entre la verdad y la mentira; la ley supone que cuando un litigante declara en juicio algo contrario a su interés, es porque el crepúsculo de la verdad ha sido más fuerte que las tentaciones del interés. En la prueba de confesión mediante silencio del absolvente o mediante evasivas al contestar el pliego de posiciones, el litigante se halla en el mismo estado de libertad para desembarazarse de la carga procesal encarando las declaraciones y diciendo la verdad. Si huye de la respuesta, lo menos que hay que suponer, lógica y psicológicamente hablando, es que la verdad habría sido adversa al interés.

Las partes, en estos casos, respaldan sus convicciones en el proceso y sus obligaciones con la veracidad en compromisos con un *deber* de colaboración, una *carga* procesal o una *obligación* de carácter sustantivo cuando el imperativo a cumplir consiste en una disposición de ese contenido (V.gr.: si al contestar la demanda se responde dolosamente -con la intención de perjudicar los intereses del peticionante-, existirá responsabilidad objetiva – civil- por el daño ocasionado).

En lo expuesto, debe mencionarse que los principios de lealtad, probidad y buena fe coronan las actitudes que postergan en lo inmediato el deber de veracidad.

Una compleja situación se ofrece con los abogados o representantes legales, a quienes se les impone hipotéticamente resolver si sus deberes de cooperación y honestidad hacia la jurisdicción han de ser cubiertos cuando ellos se oponen a los intereses de sus clientes.

En general la situación se presenta como un postulado deontológico, proclamando el deber de veracidad de los abogados.

Por una parte -dice Grossmann-, se ha sostenido que el deber de veracidad del abogado sería reducido en comparación con el de la parte, dado que su mandato lo obligaría a defender incondicionalmente los intereses de su representado. En el procedimiento existe solamente un derecho a la justa resolución no a la favorable decisión. Conforme a eso, la tarea del representante profesional se debe limitar necesariamente al apoyo de la parte en la obtención de una sentencia justificada. Es cierto que no debe actuar en contra de los intereses de la parte. Pero cuando el fomento de la causa no fuere compatible con el deber de veracidad deberá rechazar el mandato, y cuando conociere esta situación posteriormente, renunciar al mandato ya aceptado. Del mismo modo tendrá que proceder cuando surgiere un

serio conflicto entre su deber de discreción profesional y el deber de veracidad. Por otra parte sería erróneo opinar que el deber de veracidad del abogado sería más extenso que el del litigante interesado. A los dos les está impuesta la obligación de manifestarse en absoluta armonía con la verdad, así no hay caso para una ampliación del deber profesional. Por supuesto, este último está consagrado por las sanciones disciplinarias de los reglamentos profesionales, establecidos en la casi totalidad de leyes nacionales para infracciones al deber profesional. Pero la existencia de sanciones especiales, a veces en casos donde la contravención de la parte no trae aparejadas consecuencias nocivas, no se infiere de una ampliación del deber sino del hecho que las infracciones de letrados requieren un castigo austero en virtud del mantenimiento del honor y de la disciplina profesional. Llegamos por tanto a la conclusión que en su esencia el deber de veracidad de las partes, sus letrados y otros representantes es absolutamente idéntico.

A nuestro criterio, el abogado debe servir en primer lugar a sus principios éticos y a los que conforman una serie de postulados elementales de la conducta profesional.

Para Bellavista parece cierto confirmar que el abogado, si bien destinado a tutelar los intereses de su cliente, no debe ocultar al Juez lo necesario para una justa composición de la litis, aun cuando con este proceder no satisfaga los designios desleales de su patrocinado. Pero ésta afirmación sería estimada para un abogado que asista a una parte civil, pues el defensor de un encartado en una causa penal juega con otros intereses, en donde la duda de la justicia se privilegia para obtener una decisión favorable (*in dubio pro reo*).

Cuando el cliente lo someta a consideraciones que lo enfrenten con aquellos ideales, podrá limitar o abandonar el patrocinio sin que ello signifique alterara el legítimo ejercicio de una defensa, pues en la medida del interés general encontrará la razón de sus decisiones.

Es profunda la reflexión que medita Lega en este aspecto cuando afirma que la ética profesional es fruto de una obra diuturna de autocontrol y autolimitación que proviene de los mejores profesionales del grupo y que es asumida por la generalidad de los miembros del mismo como una norma moral.

7. Verdad y juramento

Superadas las diferencias doctrinarias en torno a resolver sobre la exigibilidad de un deber de veracidad, es menester apuntar un encuentro –hoy abandonado por la fuerza de la tendencia publicística del proceso- entre fórmulas exigidas de presentación o desarrollo de actos procesales, con la verdad.

El interés y la razón que se estiman presentes en la postulación importan considerar si dicho acto es una manifestación del querer: expresión externa de la voluntad; y si, al mismo tiempo, ello apareja una exteriorización de la verdad absoluta de la pretensión esgrimida.

Ocurre que los sucesos, a veces, no marchan por caminos paralelos, ni se compenetran en una unívoca comprensión. Lo que uno pretende no siempre se interpreta como verdadero y así es como las demandas se rechazan.

En otro sentido, si lo que uno relata como verdadero obtiene una decisión contraria por esas contingencias de la lucha procesal, podría entenderse como un abandono de la veracidad, postergada con resultados formales que no atienden a la justicia.

Pero estas son posiciones extremas; la pretensión porta siempre una manifestación de la voluntad de contenido procesal, mientras el argumento que sostiene aquélla es de contenido material, pues en la alegación y fundamento no cabe la mentira, so pretexto de falta de convicción, duda o reserva.

En esta senda, los términos son coincidentes, como lo expresa una vez más Grossmann: "sólo la alegación de hechos y la conclusión deducida, nunca la manifestación de una voluntad, puede ser verídica o mentirosa. Pero, según la interpretación justa y correcta, la alegación no es la expresión de voluntad alguna, sino una manifestación del saber que testimonia conocer los hechos alegados y la exactitud. Para tal manifestación la exigencia de veracidad reviste importancia".

Ahora bien, ¿cómo explicamos la subsistencia del juramento de decir verdad en ciertos actos procesales a la luz de la precedente interpretación?

Igualmente, si el perjurio es una institución abandonada, ¿cómo se reprime la mentira en el proceso?

Hoy día el planteo se encuentra resuelto. Dos simples razones abastecen las respuestas. Respecto del primero de ellos, se colige que no existe propiamente un juramento, como obligación de decir verdad; la realidad asume que la fórmula se contesta bajo un compromiso moral de certeza, que si es abandonado, no acarrea consecuencias inmediatas (a las partes).

En cuanto al perjurio, el avance del proceso como técnica e ideología de una nueva hora, recepta novedosas manifestaciones de control y represión fundadas en la dirección e iniciativa del magistrado.

No obstante, las soluciones aportadas desde las facultades y poderes de los jueces, otros interpretaron que la publicización procesal significaba no otra cosa que el ingreso de la mentira y el sofisma.

Mercadé Lastra sostiene que la permanencia del perjurio fue arduamente sostenida por autores que veían en la publicización del proceso si no un avance de la mentira sobre la verdad, principios egoístas que estremecían los principios morales y que se escudaban en una falsa libertad.

Hay un gran tremendismo en estas afirmaciones, y el tiempo se encargó de desvirtuarlas.

Lo que no se ha perdido, no obstante, es el carácter que se asigna al juramento, aun cuando pensemos que éste se encuentra como una fórmula vaga carente de sentido en la claridad de los conceptos que imperan en la nueva corriente de ideas.

De hecho la confesión como medio de prueba, reposa en una carga de psicología procesal que tiende a comprometer a quien la presta con su propia consciencia. Desde esta perspectiva el juramento puede ser entendido.

En Francia, por ejemplo, el "Code de Procedure" le otorgó al juramento el carácter de una mera afirmación de contenido laico, en la creencia de que

con ello muchas personas que son capaces de faltar a la verdad retrocederían ante la prestación de un juramento falso.

En cambio, otros autores como Belime sostienen que esta actitud es equivocada, pues el juramento debe consistir en un acto solemne de contenido religioso, para evitar el perjurio con el respeto e impresión que de esta suerte produciría. En lugar de pronunciar el nombre de Dios en cierta fórmula apenas articulada, debería recordar cierto aparato exterior la santidad del juramento al hombre que va a prestarlo para ganar su pleito. Debería señalarse un día determinado, anunciarse a la población, desplegar cierta pompa, y en medio del silencio de la multitud hacer pronunciar los magistrados la fórmula del juramento al declarante recordándole cómo persiguen a los perjuros la venganza de Dios y el desprecio de los hombres.

En la actualidad nos asombran estos recaudos y la misma Iglesia fue quien se encargó de ponerles coto.

El uso inmoderado del juramento comprometía la sacramentalidad del derecho canónico, por eso, los Sumos Pontífices limitaron el uso del formulismo, prohibiéndose primero a los cristianos, y luego, caracterizando su utilidad, con reservas, en el tráfico judicial.

En el libro III de las Decretales –derecho canónico- se disponía no obligar a los clérigos a jurar que se separarían de personas de otro sexo: “Clericos in ascris ordinibus constitutos que publice tenent concubinas, ad eas adjurandas nolumus a tua fraternitate compelli, ne in eandem fornicationem intuitu diabolicoe fradis redeunte, perjuri reatum incurrant”.

En suma, la sanción por el perjurio significó, como dice Ayarragaray, un remozamiento de la ley del Talión: como con astucia se trata de ganar el pleito su equivalente es la pérdida del mismo. Esta severidad de la ley antigua habrá sido en su tiempo la lección de conducta y una penalidad terrorífica, mas hoy resulta criterio inadmisibles.

Bibliografía

Ayarragaray, Carlos, *El Perjurio*, editorial Abeledo, Buenos Aires, 1945.

Bellavista, B., *Lealtà e probità del difensore e del accusatore privato nel processo penale*, en Estudios en homenaje a Antolisei, tomo I, editorial Giuffrè, Milán, 1965.

Carnelutti, Francesco, *Sistema de derecho procesal civil*, traducción de Niceto Alcalá Zamora y Castillo y Santiago Sentís Melendo, editorial Uteha Argentina, Buenos Aires, 1944.

Couture, Eduardo J., *Estudios de derecho procesal*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1979 (tomo III).

Estudios de derecho procesal, traducción de Santiago Sentís Melendo, editorial Ejea, Buenos Aires, 1952 (tomo II)

De Vicente y Caravantes, José, *Tratado histórico, crítico y filosófico de la Ley de Enjuiciamiento Civil española*, tomo II, editorial Gaspar y Roig, Madrid, 1856.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *La conducta en el proceso*, editorial Platense, La Plata, 1988.

La prueba de confesión por el Estado, en Rev. La Ley, 1984-D, 626

Grossmann, Kaethe, *El deber de veracidad de las partes litigantes en los juicios civiles*, Jurisprudencia Argentina, 71 sección doctrina.

Montarcé Lastra, Antonio, *Efectos jurídicos del perjurio*, Jurisprudencia Argentina 945-II, 735

Reflexiones acerca de la obligación de decir verdad durante el proceso y sobre la naturaleza jurídica del juramento, en Rev. La Ley, 44-1046.

Peyrano, Jorge Walter, *El proceso civil*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.

Schönke, Adolfo, *Derecho Procesal Civil*, traducción de Leonardo Prieto Castro, editorial Bosch, Barcelona, 1945.

Capítulo XI

EL RETRASO DESLEAL EN EL EJERCICIO DE LA PRETENSIÓN

1. El derecho procesal y su proyección en el derecho de fondo

El derecho procesal se encuentra en permanente movilidad y sufre permanentes transformaciones. La influencia de la Constitución, así como los requerimientos sociales y las propias necesidades del tráfico, le obligan a actualizarse y estar atento con las realidades emergentes.

El cambio de las estructuras del proceso importa una variable que avanza sobre todo el derecho, al punto que, en muchas ocasiones, la instrumentalidad característica que tiene la disciplina, presentada como dispuesta para el servicio del derecho de fondo, se difumina porque adquiere a través de sus propias disposiciones una notable influencia en el derecho material.

Es decir, el mismo derecho procesal pasa a ser la norma principal, convirtiéndose en el mismo derecho subjetivo que fundamenta la pretensión.

En este sentido aparece el uso del tiempo y de los intervalos del derecho. En efecto, el tiempo ocupa un lugar sumamente destacado en el agrupamiento adjetivo que caracteriza la práctica forense. Su registro en las etapas del procedimiento advierte cómo es posible mutarle su carácter, individualizándolo como norma procesal sustantiva según los efectos que produce.

La caducidad de la instancia, las vistas, los traslados, la preclusión, etc., recogen del cómputo de los intervalos del derecho sus principios y comprometen la expresión del derecho, a su interposición oportuna.

Las nuevas formas del proceso, no obstante, se han quedado en la base estructural de la jurisdicción, la acción y el proceso; y en su composición, el tiempo se mantiene como uno de los baluartes inmutables de la ciencia jurídica, que el derecho procesal recibe e idealiza en un marco de imposible transgresión.

Sin embargo, existen nuevas instancias y exigencias que modifican efectivamente el cuadro donde se posiciona el arquetipo procesal. El tiempo y su operatividad no es tan ciego a las contingencias de la realidad, y así como se elastiza (a partir del criterio del exceso ritual manifiesto, por ejemplo) la perentoriedad fatal y preclusiva de los términos, también se observa que el aprovechamiento desleal del tiempo puede constituir una suerte de abuso en el proceso.

2. La actitud jurisdiccional en la antesala del proceso

Las novedosas facetas adoptadas en los tiempos de reforma han perseguido la socialización del proceso. Al otorgarle un carácter publicístico, se ha dotado al Juez de mayores poderes y facultades para dirigir el conflicto. No

obstante, algunos moldes no se han quebrado, y existen reglas nominales que perviven sin desajustes, como es el caso del principio dispositivo.

Sostiene Nogueira que existe todavía un dejo de la manía paradójal de antaño que pretendía el espectáculo de la función programada del derecho, de un encaje poco menos que automático y de consuno a la simetría histórica de conflictos sociales, como si éstos pudieran bañarse dos veces en el mismo río o interceptar los vientos de un cambio social del cual no sabemos los hijos que serán devorados.

En consecuencia, deviene inerte y adormecida la figura del derecho, que espera salir de su letargo "*a petición de parte*".

A veces esa formulación del interés viene confundida intencionadamente, presenciándose la situación que describe Rocco, al decir que el hombre, al determinar libremente sus acciones no siempre ajusta espontáneamente su conducta a la observancia del derecho existente, respetando los intereses que el derecho objetivo tutela, sino que viola, o amenaza con violar, los intereses ajenos que las normas jurídicas tutelan, o los deja insatisfechos no cumpliendo las prestaciones que está jurídicamente obligado a cumplir. Y ello, o por no querer conscientemente someterse a los mandatos o a las prohibiciones del derecho, o por ignorancia del derecho, o porque siendo dudosos e inciertos los términos de los hechos o de las relaciones que las normas regulan, o en algún caso por el carácter de abstracción y generalidad de la norma misma, son necesariamente inciertos para el sujeto agente la existencia y el alcance de su derecho o de su obligación jurídica.

La existencia patológica del derecho es un estado posible; la función preventiva del Estado a través de la jurisdicción impone encontrar una respuesta aleccionadora que le prive de efectos disvaliosos.

Por eso hablamos de una solución axiológica anticipada al hecho procesal de la pretensión. Promover el derecho a una tutela judicial efectiva antes que el proceso (que se presenta como justo pero injusto ante la realidad que pretende consagrar) desenvuelve un sofisma.

Hoy día se asiste al reverdecimiento de los principios de lealtad, probidad y buena fe. Precisamente estos fundamentos deben requerirse antes de la controversia judicial, llevando la buena fe, a término de principio, de modo tal que pueda ser base integrativa del derecho.

La lógica tipificación de las conductas de los hombres a las normas que los rigen tiende a normalizar el juego de la actuación conforme a un sistema de vida; viene así la *bona fides* a interpretarse en sus componentes de ética y seguridad jurídica.

Ambos elementos, desarrollados en las relaciones humanas, recuerdan la conciencia de obrar honestamente.

De modo entonces que la buena fe puede ser entendida como un hecho o como un principio, aunque el concepto primero va hacia el término jurídico, conforme un desenvolvimiento congruente con el modo y el tiempo en que corresponde analizar la real configuración de la buena fe.

Ahora bien, el comportamiento coherente y sistemático de una persona suscita en los demás confianza y permite anunciar una determinada conducta futura.

Cuando esta predicción se desvirtúa, se dice que el individuo ha obrado en contradicción con sus actos anteriores, circunstancias que lo ponen en colisión con la buena fe inspirada.

Por eso, el principio citado importa también una limitación al ejercicio de los derechos subjetivos. Es inadmisibile -dice Larenz- todo ejercicio de un derecho subjetivo que contravenga en cada caso concreto las consideraciones que dentro de la relación jurídica cada parte está obligada a adoptar respecto de la otra.

De modo tal que la facultad de ejercer una pretensión debe cumplirse según la confianza que el negocio ha inspirado en ambas partes.

La doctrina y jurisprudencia alemana han elaborado una serie de supuestos típicos de reproche al accionar abusivo de un derecho, caracterizando la *verwirkung* como aquella limitación al derecho de un titular quien por mucho tiempo no se ha preocupado de hacerlo valer, dando lugar con su actitud omisiva a que el demandado pueda esperar objetivamente que el derecho ya no sea ejercido.

3. El retraso desleal (*verwirkung*)

Cuando una persona ha entablado con otra una relación jurídica, desarrollando vinculaciones que producen efectos que, eventualmente podrán ser resueltos en una instancia judicial, es más importante analizar el contexto y las circunstancias que demuestra la conducta de las partes, antes que el derecho estrictamente invocado.

Por ejemplo, si existe un contrato de mutuo, éste se cumple, pero deja de abonarse la última cuota cancelatoria, y éste se reclama al cabo de diez años, casi al filo de la prescripción de la acción personal, sin que existieran reclamos previos o intimaciones que dejaran en claro la intención de percibir el crédito pendiente de cancelación; se puede estimar que el deudor será sorprendido por la actitud del acreedor, porque aun existiendo la deuda, la conducta desenvuelta puede haberlo llevado a creer que dicha ejecución no se practicaría.

La institución de la *verwirkung* -explica Bohemer- reposa en tres ideas: a) la del retraso en el ejercicio del derecho; b) la de la conducta contradictoria, y c) la de la infracción a la regla de la buena fe, siendo éstas las que llevan al concluyente juicio de valor de que la conducta del titular representa un abuso del derecho.

La postergación indefinida apareja, objetivamente considerado, una actitud desleal cuando se pretende obtener una ventaja, y ésta resulta intolerable a la luz de las circunstancias que precedieron el caso.

Asimismo, la pasividad de mala fe puede conseguir del adversario una sorpresa de tal entidad que le vulnere, en cierta medida, su derecho de defensa.

Pero lo importante es que la persona que haya receptado los actos haya podido contar con que el derecho no sería ejercitado sobre bases objetivas y teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

La contradicción del comportamiento se advierte en la asistematicidad que sucede a la buena fe inspirada, complementándose la triple exigencia de identidad requerida por la *verwirkung*.

Esta figura ha sido elaborada para el derecho civil para ser utilizada como mecanismo de defensa. En tal sentido se han de observar algunas similitudes con otras instituciones.

- a) Con la *prescripción* se diferencia en los elementos que agrega como imprescindibles para su alegación. Si bien en ambas es menester la omisión del ejercicio de un derecho unido al transcurso del tiempo, en la *verwirkung* es necesario, además, que la conducta omisiva haga inadmisibles y abusivos el ejercicio del derecho, debiendo el tiempo ser determinado y valorado por el Juez conforme a las circunstancias del hecho.

Explica Safontás que el plazo de perentoriedad del derecho no es explícito en el retraso desleal; en razón de ello, puede ser fundamento de defensa para el mismo acreedor (v.gr.: como excepción al progreso de una defensa de prescripción opuesta en forma abusiva).

- b) De la doctrina del *propio acto* (*venire contra factum proprium*) se diferencia por el mayor período de tiempo que transcurre entre las dos conductas. Requiriendo el retraso desleal un lapso apreciable, exigencia que no necesita la primera.
- c) Con la *renuncia tácita* existen también analogías, aunque la caducidad singular a que nos referimos tiene su causa - efecto en la buena fe y la institución civil necesita una voluntad negocial, pudiendo el renunciante hacer desaparecer el efecto extintivo demostrando la ineficacia de esa declaración de voluntad.

La jurisprudencia elaborada en torno al principio de la *verwirkung* se ha construido sobre el pensamiento de la inadmisibilidad de tolerar el ejercicio abusivo de los derechos.

El desarrollo operativo del sistema en el derecho industrial con relación a las marcas, competencia desleal, patentes de invención y derechos de autor; y el derecho laboral en los ejemplos que más abajo se mencionan, encuentran la suficiente razón para concretar en el *retraso desleal* una forma de normalizar las situaciones jurídicas.

Algunos fallos que cita la obra de Zeiss muestran una aplicación específica: "Una persona había sido empleada por una empresa, de la que fue despedida sin preaviso en el año 1946, porque en 1944 había denunciado, sirviéndose para ello de un teléfono de propiedad de la firma, a un artista semi-judío que luego pereció en un campo de concentración. En 1947, impugnó ese despido mediante una demanda ante el Tribunal de Trabajo de Dusseldorf, pero la retiró ese año en virtud de un acuerdo con la demandada. El 4 de febrero de 1960 presentó una nueva demanda pidiendo que se invalidara aquella cesantía. El Tribunal Federal de trabajo estimó que la acción no estaba sujeta al plazo previsto en la ley sustantiva pero que, sin embargo, había caducado". Allí se dijo que "esa caducidad se producirá cuando, en vías del transcurso del tiempo, medien

circunstancias especiales que hayan creado en el adversario una confianza *per se stante* procesal, que lo haga suponer que la demanda no se intentará, y esa confianza reclama tutela con la fuerza que el interés del legitimado en que se examine la pretensión que afirma debe ceder ante ella. La caducidad del derecho material y la caducidad de la acción deben mantenerse separadas. La posibilidad de que el tribunal aclara una posición jurídica constituye una facultad especial, que ocupa su lugar propio" (Ap. Nr 1 ad. 242 BGB).

4. Autonomía del retraso desleal como instituto de aplicación inmediata

En sentido genérico, la buena fe comprende la actuación del individuo con la conciencia o intención de no perjudicar a otro o no defraudar la ley.

Puede ocurrir que esa íntima convicción de obrar conforme a derecho padezca de equívocos en su sustentación, con lo cual, la ignorancia o el error imbuirán las consecuencias jurídicas, aunque el principio general se mantenga.

Vemos entonces con cierta claridad las dos direcciones que puede tener la buena fe. Por un lado la *buena fe - creencia*, que supone la sinceridad de la actuación; y por otro, la *buena fe - probidad*, donde se ponderan la honestidad y la lealtad.

En uno, el elemento cognoscitivo supera al volitivo; en el otro, la variable se invierte.

El retraso desleal supone una actuación que tiene conciencia de las razones por la que actúa obrando de mala fe. Sabe que le asiste el derecho, pero sabe también que abusa del mismo.

Las diferencias apuntadas con otros institutos demuestran la necesidad de conceptualizarla autónomamente en nuestro derecho positivo, como una derivación del ejercicio abusivo del derecho.

Para Zeiss los presupuestos de la *verwirkung* son: a) Una de las partes tiene que haber mostrado durante un lapso no desdeñable una conducta que permitiera a la contraria suponer que no quería hacer uso de sus facultades procesales; b) La parte contraria tiene que haberse acomodado a la situación resultante de esa conducta, y c) Para la caducidad rige el principio de la subsidiariedad. El principio general del ejercicio leal de los derechos cede ante normas especiales que posibilitan la misma solución.

A este fin conviene señalar ciertas particularidades de encuadre.

En primer lugar, el error puede alegarse como causa de excepción.

Si el fin perseguido es contrariar la eficacia obligatoria de la ley -dice Espínola-, está implícito que el error no aprovecha a quien lo alega. Pero si el fin es demostrar la inexistencia o falta de un presupuesto querido por la ley para un acto jurídico, nada obsta a que el error o la ignorancia del derecho pueda ser invocado al mismo tiempo que el error de hecho, por ser perfectamente lícita, sin duda, la alegación del error como excusable, para evitar las consecuencias del acto en cuya formación tiene intervención la voluntad viciada de aquél error.

Debe recordarse que el retraso desleal supone el conocimiento y la intención de provocar con la demora una consecuencia contraria a la buena fe

inspirada en el ocasional adversario; de manera que si no existe voluntad o ésta se asienta sobre bases equívocas, el error es excusable.

Ahora bien, si ese error parte de una desidia absoluta del manifestante para conocer las consecuencias de su actuación, las conclusiones pueden ser diferentes.

La presencia de la culpa merece un párrafo aparte e, incluso, bien separado de las conclusiones que importa el retraso desleal.

Es evidente que la buena fe no se puede fundar en una simple creencia, pues de otro modo, se llegaría al extraño resultado de que el ingenuo, el inexperto, procederían de buena fe más fácilmente que el hombre sensato y prudente.

Para prevenir esta disfunción del principio, al negligente se le debe aplicar la eficacia de la *bona fides* como instituto mentor de consecuencias jurídicas.

Un ordenamiento jurídico que interprete de esta manera -dice Silveira- es preferible, no sólo bajo el aspecto ético social (ya que impone a quien quiera aprovecharse de los efectos de su buena fe un comportamiento diligente, y no corre el riesgo de sacrificar al hombre escrupuloso -mas inclinado a verificar las dudas- beneficiando al inconsciente e impulsivo), sino también sobre el punto de vista práctico, ya que facilita notablemente al magistrado la constatación de la buena fe.

Las relaciones entre la buena fe y la culpa no pueden desentenderse de las distintas posibilidades de interpretación que a la última le caben.

Pueden adoptar así una consideración de contenido ético, como hecho voluntario, y un sentido jurídico donde se conceptualizaría como ausencia de voluntad trasuntada en imprudencia, negligencia o impericia.

Evidentemente, como hecho voluntario, la culpa no puede excluir la buena fe, circunstancia que obraría como excusa en el supuesto restante.

Desprendido de estos conceptos, el retraso desleal encuentra una fisonomía propia que lo particulariza, y que si bien se asienta sobre la buena fe, a éste lo recibe como principio informador de todo el ordenamiento jurídico, guardando para sí una tipificación clara que, para nuestro derecho sustantivo, podría agregarse con el ejercicio abusivo de los derechos.

5. Caducidad de facultades procesales

La caducidad es un modo de extinción de ciertos derechos, en razón de la omisión de su ejercicio durante el plazo prefijado por la voluntad de la ley o el acuerdo de los particulares.

Las diferencias con la prescripción se han indicado precedentemente, restando decir que este instituto extingue el derecho mismo, en tanto el primero quiebra una potestad jurídica.

En el proceso, el principio de preclusión provoca la pérdida irremediable de un derecho que no se ejerce por el interesado, sea por la falta de

provocación en término, por un comportamiento incompatible, o por un ejercicio defectuoso.

Cada uno de estos institutos parcializa el encuadre del retraso desleal, pero no lo define específicamente.

Esta figura agrega otros elementos: el valor del silencio adquiere una especial trascendencia; el comportamiento incoherente tiene una intención definida, y la buena fe se resquebraja ante la presencia del acto que se articula.

La clave de interpretación se debe buscar en el desarrollo del silencio que precede al momento de la pretensión. La ausencia de manifestación expresa genera en el adversario confianza acerca de la inactividad definitiva del derecho que, aun teniéndolo, no se ejercita.

Puig Brutau sostiene que quien ha dado lugar a una situación engañosa, aun sin intención, no puede pretender que su derecho prevalezca sobre el de quien ha confiado en la apariencia originada por aquella situación. Esta apariencia, se afirma, ha dado lugar a la creencia de la verdad de una situación jurídica determinada.

Por su parte Díez Picazo piensa que en el caso de protección dispensada por equidad a quien ha confiado en la apariencia creada por la actitud pasiva de alguien, es decir, cuando el silencio ha podido ser interpretado de buena fe como asentimiento o como prueba de la inexistencia del derecho que luego se intenta hacer valer, en tales casos nos encontramos con un problema similar al designado con la palabra inglesa *laches* en el derecho anglosajón.

Finalmente, este triple juego del tiempo, el comportamiento incoherente y la violación de la buena fe se aúnan en una figura única que es la caducidad de facultades cuando opera un retraso desleal en su ejercicio.

Naturalmente, no todo ejercicio tardío de un derecho o de una potestad puede reputarse desleal y contrario al principio de la buena fe; pero cuando el titular de un derecho no se preocupa por hacerlo valer durante un largo tiempo, generando su actitud omisiva la confianza del adversario respecto de la inactividad definitiva de aquél, se opera la caducidad del derecho por retraso desleal en su ejercicio.

Sostiene González Pérez que la demora en el ejercicio de los derechos, a veces, no se puede reputar como desleal, porque puede obedecer justamente a lo contrario, es decir, a razones de tolerancia, e impedir perjuicios innecesarios dando oportunidad al obligado a la búsqueda de soluciones a la situación que se le crea.

Bibliografía

Bohmer, *El derecho a través de la jurisprudencia*, traducción de Puig Brutau, editorial Bosch, Barcelona, 1965.

Borda, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires 1987.

Díez Picazo, Luis, *La doctrina de los propios actos*, editorial Bosch, Barcelona, 1963.

Espínola, Eduardo, *Sistema de direito civil brasileiro*, 2ª edición Forense, San Pablo, 1917.

González Pérez, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, editorial Cívitas, Madrid, 1983.

Gozáini, Osvaldo Alfredo, *La buena fe en el proceso*, Rev. La Ley, 1986-D, 877.

La doctrina de los actos propios, comunicación a las Jornadas Chaqueñas en homenaje a Augusto Mario Morello, *passim*.

La conducta en el proceso, editorial Platense, La Plata, 1988.

Larenz, Karl, *Derecho justo - Fundamentos de ética jurídica*, editorial Cívitas, Madrid, 1985.

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 I, editorial Platense-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982.

Morello, Augusto M. - Stiglitz, Rubén S., *La doctrina del acto propio*, Rev. La Ley 1984-A, 871

Nicolau, Noemí, *La doctrina de los actos propios y la verwirkung*, Rev. Juris, 27/3/85.

Nogueira, Carlos, *Las transformaciones del proceso civil y la política procesal*, en "La Justicia entre dos épocas", editora Platense, La Plata, 1983.

Puig Brutau, *Estudios de derecho comparado. La doctrina de los actos propios*, editorial Ariel, Barcelona, 1951.

Rocco, Ugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Mariano Ayerra Redín, editorial Temis-Depalma, Buenos Aires, 1976 (Tomo I).

Rosatti, Horacio D., *El derecho a la jurisdicción antes del proceso*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1984.

Safontás, Simón P., *Doctrina de los propios actos*, Jus Revista Jurídica de la provincia de Buenos Aires, nº 5, editorial Platense.

Silveira, Alipio, *La buena fe en el proceso civil*, en Revista de Derecho Procesal, año V nº 2, editorial Ediar, Buenos Aires, 1947.

Zeiss, Walter, *El dolo procesal*, traducción de Tomás Banhaf, editorial Ejea, Buenos Aires, 1979.

Capítulo XII

LA DOCTRINA DEL ACTO PROPIO

1. Concepto general

Según el brocardo adjudicado a Azo: “A nadie es lícito venir contra sus propios actos” (*venire contra factum proprium nulli conceditur*): tal es la regla que sustenta esta doctrina.

La definición se debe explicar para lograr su entendimiento. La expresión “venir contra” sus actos, supone la autocontradicción del individuo con un obrar anterior, de modo tal que dicha conducta signifique una variación importante que prive de sentido la continuidad de la relación trabada inicialmente.

Ha sostenido reiteradamente la jurisprudencia que “resulta inaudible la pretensión que importa ponerse en contradicción con los propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces” (Sup. Corte Bs. As., octubre 11/995, J.A. 1999-II, síntesis; C.S. octubre 27/997, Fallos 320:2233; C.S. noviembre 21/2000, Fallos 323:3765, entre muchos otros).

La ilicitud que se asigna a este comportamiento proviene por la afectación al principio general de la buena fe, al punto que la confianza originaria se ve frustrada por una acción ulterior que contradice el espíritu de los actos celebrados.

El *venire contra factum* -dice Nicolau-, “... significa que un acto de ejercicio de un derecho subjetivo o de una facultad, que contradice el sentido que, conforme a la buena fe, ha de darse a la conducta anterior del titular, constituye una extralimitación; luego esa pretensión contradictoria con la propia conducta resulta inadmisibles y debe ser desestimada por los tribunales”.

2. Antecedentes

Doctrinariamente el tema fue desarrollado por los autores alemanes, especialmente a partir de Riezler en 1912, que investiga la aplicación del *Verwirkung* en su país.

La doctrina del propio acto cobró así un peculiar interés que se reflejó en una gran diversidad de normas procesales que, por su alcance, eludían la remisión al principio general del obrar en contra de la buena fe.

Para Soergel y Siebert, “la *bona fides* habrá sido violada cuando el adversario haya tenido razón para confiar en la conducta anterior del que ahora sale accionado, y se haya ajustado o acomodado por tanto a una determinada situación de hecho o de derecho”. Años después, Díez Picazo recobra y sistematiza las investigaciones de Puig Brutau,

demostrando el desarrollo de la teoría y su aplicación por el Superior Tribunal de España.

Pero, ¿dónde nace concretamente esta doctrina? El interrogante continúa abierto pues no existen datos precisos que permitan reconocer una aplicación específica.

Genéricamente el derecho romano estimaba que *adversus factum suum quis venire non potest*, pero afirmando el aforismo más para impedir un resultado injusto que para elaborar una posición especial.

Según Safontás, exégetas de la escuela de la glosa como Azo y Accursio admiten que la regla constituye un brocárdico obtenido de los textos clásicos.

De todas formas, el principio ha cumplido una notable evolución, a pesar de lo cual no tiene dibujados aún sus perfiles definitorios.

Esta huida singularización se advierte en los distintos aforismos que se indican para particularizar el principio, de manera que la doctrina del propio acto puede señalarse a través del *venire contra factum proprium*, o del axioma *venire contra factum proprium non valet*, o bien *adversus factum suum quis non potest* o *nemo potest contra factum venire*.

3. Naturaleza jurídica

Prevalece el criterio de comprender a la teoría del acto propio dentro de los principios generales del derecho y, en éstos, en el deber de obrar de buena fe en la vida jurídica.

“La buena fe implica un deber de coherencia en el comportamiento, que consiste en la necesidad de observar en el futuro la conducta que los actos anteriores hacían prever” (CS, setiembre 8/998, Fallos 321:2530)

La obligación moral de mantener la palabra dada –antiguo concepto romano de la fides- fundamenta la sanción al cambio impensado, mucho más, si se coincide con Wieacker en que el principio “*venire contra factum proprium* está profundamente arraigado en la justicia personal”.

Larenz señala que el ordenamiento jurídico protege la confianza suscitada por el comportamiento de otro, y no tiene más remedio que protegerla, porque poder confiar es condición fundamental para una pacífica vida colectiva y una conducta de cooperación entre los hombres y, por tanto, de la paz jurídica. Quien defraude la confianza que ha producido o aquella a la que ha dado ocasión a otro, contraviene una exigencia que el derecho -con independencia de cualquier mandamiento moral- tiene que ponerse a sí mismo porque la desaparición de la confianza, pensada como un modo general de comportamiento, tiene que impedir y privar de seguridad al tráfico interindividual.

Quien ejercita un derecho en forma objetivamente incompatible con su conducta anterior, contraviene la exigencia de observar dentro del tráfico jurídico

un comportamiento coherente y especialmente el deber de obrar con buena fe que consagra el art. 1198 del Código Civil.

En el mismo sentido, el art. 1111 del mismo ordenamiento hace efectivo el principio, sin perjuicio de los agregados que se encuentran en los artículos 1071 y 1047 de la ley citada.

En suma, la doctrina de los propios actos ha iniciado una senda de protección a la confianza que merecen las conductas de los hombres, descalificando el acto inconsecuente cuando se incurre en violación a la fe conseguida.

La genérica comprensión a través del principio de la buena fe -según Morello y Stiglitz -importa valorar una conducta común, un estándar que, como tal “consiente fácilmente atrapar en su aplicación funcional, multiplicidad de casos” que tienden a desmerecer la contradicción con la conducta propia y previa.

Claro está que este entendimiento de la doctrina a partir de un principio puede generar confusiones porque, cabalmente, no existe una fisonomía propia para el *venire contra factum proprium*, sino a través de la subsunción de una forma exterior a una regla de derecho.

Ocurre que la doctrina del propio acto encuentra una variedad tal de posibilidades que merece una formulación autónoma, persiguiendo con ello una interpretación particularizada de la regla según las conductas que deba el juez observar.

De todos modos, cabe destacar junto con Amadeo, que la idea de la reprobación de la inconsecuencia guarda una estrecha proximidad con normas efectivas, algunas de las cuales –referidas al Código Civil- ya hemos mencionado, y a las que cabe adunar tanto el art. 218 inciso 4º del Código de Comercio, regla ésta que presupone sin decirlo que tal conducta habrá sido coherente, pues de haber resultado cambiante no podría ser extraída consecuencia alguna, como también el art. 163 inciso 5º del Código Procesal en cuanto a considerar como elemento de convicción la conducta observada por las partes durante la sustanciación del proceso.

4. El principio y su vinculación con las distintas ramas del derecho

La conducta sistemática, llevada al plano de la regla jurídica, se abastece de numerosos preceptos ya comprendidos en el derecho positivo.

Es necesario, entonces, efectuar un análisis comparativo de la conducta antecedente con la expresada en forma posterior. En este trabajo de confronte, se desenvuelven los principios a que hacemos referencia (V.gr.: cooperación , diligencia, fidelidad, etc.).

De modo que el “acto propio” más que una doctrina es una labor de exégesis que tiende a configurarse como un “principio general del derecho” en

atención a las peculiaridades que asume su dimensión en el campo jurídico en general.

En este sentido, Safontás concluye que, si la conducta contradictoria asume la calidad de una infracción del deber de buena fe, procede reconocer que el *venire contra factum proprium*, aunque no sea una norma legal, constituye una regla de contenido normativo; y que como tal involucra un principio general de derecho, aplicable en forma supletoria, a falta de disposición especial.

Entramado en la fisonomía característica del artículo 15 del Código Civil, aporta la “regla del comportamiento coherente” un criterio ordenador que, para una adecuada hermenéutica, debe privarse de dar fórmulas generales, pues lo preciso y valioso de esta doctrina es que, aun operando en forma residual, permite una tarea de interpretación que, subsumiendo hechos antecedentes en contingencias posteriores, deduce la calidad de un comportamiento dado a la luz de su coherencia sistemática, con lo cual el verdadero carácter y función de este principio es meramente auxiliar, pero adunado su estudio al precioso aporte que le brinda la calificación de las conductas humanas.

Por eso -decía Llambías- que no puede enseñarse ni ser encerrado en los estrechos límites de un decálogo.

4.1 Vinculación con el derecho civil

La observancia de lo pactado, parece ser el punto de arranque en la teoría del propio acto, al ser atendido con especial énfasis el “comportamiento contractual” y la relación entre los individuos dentro de un convenio jurídico.

El Tribunal Supremo Español, ha dicho desde antiguo que: “la buena fe que debe presidir el tráfico jurídico en general constituye un principio de derecho civil y de la teoría general del derecho, de modo que no puede tolerarse la contradicción con una conducta previa, pues hay una exigencia de *“fides”* que impone el mantenimiento de la palabra dada, la constancia en la conducta, la lealtad a lo pactado o prometido, la observancia de la buena fe, una de cuyas exigencias es la de impedir *venire contra factum proprium*” (sentencias del 23/12/59; 13/6/60; 19/12/64; 16/10/65; 11/3/78).

El mantenimiento de la palabra dada, *-pacta sunt servanda-* impone una limitación al derecho subjetivo, encausándolo para la probidad en los actos consecuentes con el negocio jurídico celebrado.

En este aspecto, *la buena fe-probidad* se compenetra en el espíritu de la obligación; por eso, la conducta desleal se pone en contradicción con la responsabilidad asumida y merece su reprobación.

Con razón apunta Wieacker que el elemento duradero en este proceso de cambio ético-jurídico viene constituido por la virtud jurídica de la *constantia*, de la lealtad, que hace incompatible el *venire contra factum proprium*.

Si bien es libre la voluntad del hombre para determinarse y actuar libremente en cualquier sentido, la jurisprudencia hispana la ha condicionado

interpretando que, cuando esta actuación voluntaria crea o reconoce algún derecho a favor de tercero, surge una relación jurídica entre éste y el agente que no puede ser arbitrariamente destruida o desconocida por actos posteriores.

Algunos casos de jurisprudencia nos sirven para una mejor definición:

- 1) Vendedor que emplaza a la parte compradora para proceder a la escrituración -y pago del saldo del precio- dentro de las 48 hs., y no concurre en el plazo fijado por él mismo a celebrar el acto notarial, pretendiendo luego la rescisión el contrato (CNCiv., Sala B, mayo 13/994, La Ley 1995-D, 603, con nota de Aldo Petrone);
- 2) Actor que se limita a reclamar la ejecución del convenio de liquidación de la sociedad conyugal, exigiendo el pago del saldo insoluto tal como estaba estipulado, y al ser satisfecho por la contraparte, se opone, pretendiendo el reajuste de la suma primigeniamente pactada (CNCiv, Sala A, marzo 26/993, La Ley 1994-C, 426);
- 3) Prestadora de servicios médicos que decide y comunica a uno de sus beneficiarios la rescisión del contrato, en forma unilateral y sin aclaración alguna, y posteriormente –a fin de eximirse de responsabilidad- alega que subyacían motivos para actuar de aquel modo (CNCom., Sala E, setiembre 9/99);
- 4) Contratante que luego de convenir con la otra parte –en virtud de la inflación sobreviniente- la modificación de las condiciones originariamente pactadas para el pago de las regalías, en el marco de un contrato de edición, impugna la variación del sistema de pago que había aceptado sin reservas (CNCom., Sala A, marzo 23/995, La Ley 1996-D, 157);
- 5) Empresa aseguradora que, habiendo admitido los pagos sin ninguna objeción, antes y después del siniestro, al momento de cumplir con sus obligaciones, alega mora por parte de la asegurada (CNCom., Sala C, diciembre 18/996).

Cabe advertir, desde ahora –como precisa Díez Picazo- que debe delimitarse del acto propio la eficacia vinculante del negocio jurídico, por cuanto son los efectos del consentimiento los que explican y dan sustento a la asociación del sujeto con sus actos jurídicos y a las consecuencias derivadas del apartamiento unilateral del contrato.

4.2 Vinculación con el derecho comercial

Prácticamente no hay distinciones con la contratación civil; a lo sumo las normas operativas que condicen la aplicación del principio son de extracción diferente.

El art. 218, especialmente en sus incisos 1º y 4º del Código de Comercio, relativos a desentrañar la intención común de las partes y observar la conducta de los contratantes, respectivamente, aporta un elemento de conducción.

José Luis Amadeo expresa con acierto que, la parte que con su conducta ha contribuido a fijar el sentido de las cláusulas de un negocio y por ende a su interpretación, no puede luego discutir ese sentido ni pretender que la cláusula discutida posea otra diferente. Una discusión posterior del sentido que con la propia conducta interpretativa se ha atribuido a un negocio jurídico, parece de esta manera que constituye un *venire contra factum proprium*, constituyendo a simple vista una contravención a la buena fe y por tanto inadmisibles su tutela.

Asimismo, la jurisprudencia ha sostenido que la valoración de las conductas de las partes para determinar el sentido y el alcance del compromiso por ellas asumido en el contrato, alcanza trascendencia a través de otro instrumento hermenéutico, cual es la llamada doctrina de los propios actos, según la cual no resulta admisible que los contrayentes ejerciten pretensiones que importen volver contra sus propios actos o se intenten interpretaciones del contrato que contravengan el sentido y significación que la conducta anterior de esas mismas partes, ha venido asignando a las declaraciones de voluntad exteriorizadas al concluirse el negocio jurídico (CNCCom., Sala A, agosto 29/996, E.D. 172-55).

4.3 Vinculación con el derecho constitucional

La teoría del propio acto se vincula también con el ejercicio de derechos constitucionales.

La exigencia de atenerse a las consecuencias de los propios actos es tantas veces más insoslayable cuanto el contenido de tales actos esté en la disponibilidad de quien así se manifiesta; de modo tal que cuando sea un derecho o una garantía fundamental la que se encuentre colisionada, debe prevalecer la defensa de la Constitución.

En este sentido, resulta irrazonable aplicar la doctrina de los propios actos para denegar la revisión de derechos a los que la Constitución Nacional confiere carácter de irrenunciables (CS, octubre 27/992, Fallos 215:2584), como “aquellos vinculados directamente con el estatuto personal de la libertad...” (CS, junio 22/999, J.A. 1999-IV, 706; ED, 186-860).

El Superior Tribunal de la Nación ha dicho que las garantías atinentes al derecho de propiedad pueden ser renunciadas por los particulares, de manera expresa o tácita, cuando el interesado realiza actos que, según sus propias manifestaciones o el significado que a su conducta quepa atribuir, importen aquiescencia o acatamiento a las disposiciones susceptibles de causar agravio a dichas garantías (Fallos 225:225; 241:162; 249:51, entre otros). En tales condiciones, debe concluirse que la hipotética invalidez de la cláusula resolutoria inserta en un contrato -fruto de la concertación voluntaria de las partes- cede ante el sometimiento de los interesados, sin reservas, al régimen jurídico que ahora pretenden impugnar (CNCCom., Sala B, junio 15/999, J.A. 1999-III, 26) pues en el caso, se trata de ejercer una pretensión manifiestamente contradictoria e incompatible con la conducta anterior deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz.

4.4 Vinculación con el derecho administrativo

La doctrina de los propios actos tiene aplicación incuestionable en las relaciones jurídico-administrativas.

Nuestro Máximo Tribunal consignó, en este sentido, que la buena fe constituye una regla que gobierna tanto el ejercicio de los derechos como la ejecución de los contratos, y es aplicable por igual en el campo del derecho privado y del derecho administrativo (CS, setiembre 8/998, Fallos 321:2530).

La única variación puede encontrarse en una de las partes que, por el conocido principio de exorbitancia, cuenta con facultades superiores que repliegan la igualdad del sinalagma.

Fernando Genera advierte que la administración debe moverse en un marco tal de coherencia en cuanto a las decisiones que adopte que jamás deja de girar bajo la órbita de la doctrina de los propios actos, teniendo en cuenta que, mientras más amplio sea el margen de discrecionalidad en el que pueda moverse, más sujetos a contradicciones estarán sus actos.

No obstante, el *quid* del “acto propio” no atraviesa por la voluntad negocial, sino por los comportamientos que se expresan en la continuidad de los actos jurídicos, por lo cual la atención principal a brindar, para tener por verbalizada una conducta inconsecuente, deviene de un obrar trascendente, que demuestre la situación contradictoria de su autor.

Ha señalado la jurisprudencia en concordancia con la postura de Héctor Mairal que: “Por una parte, la Administración defiende intereses públicos y es de suponer que sus cambios de posición sólo buscarán una mejor defensa de aquéllos; pero desde otro punto de vista, la intensa presencia del Estado en todas las facetas del tráfico moderno y la supremacía jurídica de sus actos hacen que a confianza que en ellos depositan los particulares ostente una frecuencia e importancia superiores a las observadas en hipótesis análogas del derecho privado. Por lo tanto, la conclusión de que la teoría de los actos propios alcanza a las personas jurídicas de derecho público es la única compatible con el Estado de derecho, ya que el hecho de que la Administración persiga el bien común no autoriza a liberarla de ataduras morales...” (SC Mendoza, sala I, mayo 2-1990, E.D. 141 p. 210).

Ahora bien, no debe perderse de vista que en el derecho administrativo la doctrina de los actos propios opera únicamente cuando la administración, con actos eficaces jurídicamente, haya revelado su designio de definir una situación jurídica, al margen de la existencia o no de derechos subjetivos derivados del acto o actos administrativos reveladores de aquella conducta.

4.5 Principio general

Las diversas vinculaciones que pueden enrolarse en cada una de las ramas del derecho indudablemente sirven para encontrarle en el principio del

comportamiento sin equívocos, manifestaciones particulares y giros singulares de acuerdo al tipo de concertación.

Ello no priva a los “actos propios” de su carácter de principio general del derecho, de modo tal que su configuración se encuentre en toda actuación de la ley y en cuanta comunión de intereses vincule a los derechos subjetivos.

En definitiva, el principio de la conducta sistemática aparece como un dogmatismo fecundo que se nutre de postulados propios aunque con efectos residuales, pues el instituto exhibe una característica personal, pero que debe aislarse de las consecuencias que el comportamiento inusual tenga hecho efectivo en las normas que midan sus consecuencias.

5. Requisitos y exigencias del principio

No hay lugar a dudas de que al “principio” le interesa interpretar conductas sistemáticas, y no acciones individuales.

El comportamiento coherente, es decir, aquella conducta que suscita en otra persona una confianza basada en una razonable pauta de buena fe y que importa pensar la continuidad de esos actos según el sentido objetivo de los hechos anteriores, hace a la esencia de la doctrina.

Una actividad contradictoria vulnera la idoneidad de lo celebrado, pues quiebra la buena fe que ha respaldado la concertación inicial.

Ahora bien, esta conducta exige ciertos encuadres para considerarla antecedente de un “acto propio”.

5.1 Requisitos objetivos

1) Conducta sistemática precedente

Como hemos dicho anteriormente, el principio que nutre esta doctrina es la interpretación de comportamientos humanos que se expresan en una relación jurídica.

Existen en consecuencia conductas iniciales (antecedentes) que hacen al comienzo de la vinculación; estos actos pueden ser únicos o darse en una sucesión de entrevistas que culminan en una relación dada.

El problema a determinar es qué tipo de conducta hace al antecedente del comportamiento para tener por válido y aceptado que la misma haya sido el proceder continuo del individuo a quien se le impute una actitud contradictoria.

Partiendo de lo expuesto, insistimos en que deben interpretarse no los actos aislados sino la conducta sistemática, aquélla que represente una coherencia con el hilo de conducción que ha llevado a las partes a vincularse en

un negocio determinado, de modo tal que la observación global del caso demuestre sin hesitación que ha existido discernimiento del autor en el obrar cumplido y que el mismo se ha expresado sin vicios que lo invaliden.

En efecto, tal como advierte Martínez Alcubilla, la voluntad del hombre es libre para determinarse mientras al hacerlo no cree derechos a favor de terceros, pues desde el momento en que éstos surgen, aquellos que los han producido o amparado no pueden ser contrariados válidamente por otros posteriores.

Por consiguiente, va contra sus propios actos quien ejercita un derecho en forma incompatible con su conducta anterior.

Tal conducta es referida por la jurisprudencia como aquella “jurídicamente relevante y plenamente eficaz”, términos que por su reiteración se tienen por aceptados, aunque pueda dudarse de su precisión técnica.

Señala Alberti que tales conceptos son impropios de las denominaciones legales de la conducta humana. En mi parecer -agrega-, del cual admito inicialmente ser opinable, la conducta precedente idónea para constituir el término originario de la contradicción debe ser atribuible a su autor como un hecho voluntario (art. 897, Código Civil). Esta calificación se halla en un grado anterior respecto del actuar orientado inmediatamente a la adquisición, modificación o extinción de un derecho; y permite pues diferenciar positivamente los actos propios del obrar negocial.

Para calificar la conducta es preciso establecer la consecuencia de los actos celebrados intencionalmente, desplazando la calidad subjetiva que preste al autor en esos vínculos pues, aunque medie error -de hecho o de derecho-, éste es indiferente para el funcionamiento del principio.

Con este razonamiento, se ha declarado que la necesidad de que exista intención, que se trate de actos que “sean realizados como expresión de la voluntad y del consentimiento de uso efectivo de un derecho u obligación, asunción -explícita o implícita- de las consecuencias del mismo y nunca aquellos que, por las manifestaciones, las reservas o los silencios que les acompañen, vengán a dejar desautorizada de antemano la invocación de un tal fundamental principio” (T.S. Español, oct. 4-1977).

Asimismo, si los actos alegados son espontáneos y voluntarios, queda desplazado el posible error incurrido, pues en el *venire contra factum proprium*, el efecto se produce de un modo *objetivo*, en el cual no se tiene en cuenta la voluntad que haya presidido o impulsado esos actos, sino la confianza o certeza que los mismos suscitaron.

No interesa que pueda imputársele a la persona dolo o culpa por su proceder, lo decisivo es la desarmonía objetiva con el standard de confianza concretado y actualizado en la apreciación judicial del caso —el destacado nos pertenece— (CNCom., Sala D, marzo 15/985, con nota de Amadeo José, Doctrina Judicial, año I, n° 27).

Claro está que, respecto de quien interpreta la conducta consecuente buscando la incoherencia, no es bastante que el comportamiento inicial provoque apenas una “expectativa ingenua”, o que sea quien alega el desvío el que confunda la intencionalidad primigeniamente cumplida.

Si la confusión proviene de la actuación provocada con subterfugios o maquinaciones fraudulentas, la “apariencia” de los actos determina una aplicación precisa de normas positivas usuales (V.gr.: arts. 1051, 2510, 2511, 3270, 3273, 2601, entre otros del Código Civil) que desplazan -por su especificidad- la aplicación de la teoría del propio acto –por ser residual su utilización-.

También puede suceder, como acotan Chiappini y Peyrano, que no obstante el comportamiento en cuestión sea idóneo para suscitar una expectativa seria y la correspondiente confianza, de hecho ello no ocurra, y si ello es así, no existen razones suficientes para descalificar un proceder contradictorio que no vendría a defraudar buena fe-creencia alguna.

En ambos casos se demuestra que la *intención* de constituir una conducta vinculante resulta innecesaria para tener por cumplida la presencia de comportamientos sin consecuencia.

Alberti, en este aspecto, relaciona y al par diferencia la doctrina de los propios actos de la doctrina de la apariencia, porque en la primera es indiferente el ingrediente intencional del acto voluntario vinculante, en tanto la apariencia constituida por el sujeto de derecho le es atribuida porque ha procedido con la finalidad de provocarla o con indiferencia respecto de su provocación que puede serle reprochada como incurrencia en negligencia culpable.

Preferimos adoptar la voz “conducta sistemática” para verbalizar la constancia de un comportamiento que no admite interpretaciones contradictorias en su etapa de formación (vínculo).

La presencia de actitudes contrapuestas en la inicial confrontación de voluntades trae la ambigüedad y, con ello, la renuncia a tenerlos por válidos como hechos que vinculan para lo futuro.

La exigencia de un comportamiento sin vacilaciones, concluyente e indubitado, para tenerlo como válido como antecedente de un conducta sistemática, ha sido explicada por nuestros tribunales al indicar por ejemplo que “la circunstancia de que los recurrentes se encuentren prófugos obsta a la procedencia del recurso extraordinario” (CS, mayo 9/2000, Fallos 323:1094); de igual modo, al rechazar el planteo de nulidad deducido por un ex accionista de la sociedad fallida, sobre la base de que fue nula la decisión asamblearia tomada por ésta, entonces “in bonis”, en la cual se ratificó el pedido de concurso preventivo, si se verificó que el pretensor había pedido anteriormente la quiebra de la deudora, invocando un crédito laboral (CNCom., Sala E, agosto 29/997).

Cuando la jurisprudencia se refiere a la conducta relevante y plenamente eficaz, trata de especificar el fin de crear, modificar o extinguir algún derecho que defina la situación de su autor, en una proyección que no pueda ser discutida como equívoca.

El Tribunal Supremo de España ha resuelto que “son requisitos de los actos propios, entre otros, que sean claros y explícitos, que hayan sido adoptados y realizados con plena libertad y que los mismos causen o puedan causar estado...” (sala 1ª, junio 19-1992, La Ley, España, Rep. XII, p. 66); por el contrario, “no tienen el carácter de actos propios los

que no entrañen manifiestamente el propósito de contraer una obligación”
(sala 1ª, enero 25-1983, La Ley, España 1982-2, p. 1979).

Esta condición de validez (*rectius*: eficacia) supone la actuación de consecuencias válidas en derecho, es decir, con posibilidad de crear una vinculación jurídica. Por eso, toda conducta que no genera esta característica deviene ineficaz en tanto viola preceptos legales cuya inobservancia no puede subsanarse por el mero consentimiento.

Es decir que los actos propios que vinculan a su autor han de tener solidez y consistencia para de ellos deducir verdaderas declaraciones de voluntad en términos concluyentes y sin posibilidad de interpretación diversa.

Éstos no deben ser contrarios a las buenas costumbres, ni de cumplimiento imposible, ni opuestos a ley, pues de otro modo la consecuencia legítima derivada de la manifestación de voluntad no sucede por el vicio que trasunta.

2) Actuación posterior contradictoria.

Objetivamente, la contradicción con los actos anteriores se advertirá en la actuación incoherente con esos comportamientos sistemáticos.

No surge necesariamente la condición de “conductas contrapuestas” sino de una actuación; en ésta se apoya la ilicitud confrontada con el espíritu negocial asumido hasta entonces.

Ha de procurarse no confundir otras instituciones con la doctrina en estudio (V.gr.: declaración tácita de la voluntad; interpretación negocial auténtica; renuncia, etc); por ello, queremos significar que este enclave de manifestaciones objetivas del comportamiento, que puede darse en una única oportunidad, otorga el suficiente fundamento a la ineficacia de los actos posteriores.

No las nulifica *per se*, para ello será necesario encaminar una pretensión procesal -como veremos más adelante- que, basándose precisamente en la actuación contradictoria, persiga la invalidación de lo sucedido.

De modo entonces que la incoherencia debe manifestarse dentro de una situación jurídica que pueda identificarse con una sistemática expresión de voluntad, tendiente a la asunción de compromisos; esa intención lleva a generar una expectativa en la otra parte que, razonada en el principio de la buena fe, otorga un sentido finalista a la conducta advertida: confía en ella y traba el vínculo.

La objetividad de los hechos alerta sobre el desplazamiento de los sucesos “subjetivamente” considerados. No interesa la disposición subjetiva del autor.

Su contradicción –como indican Bianchi e Iribarne- puede ser fruto de error, culpa o dolo, pero ello no tendrá relevancia para la aplicación de la teoría de los actos propios, pues lo decisivo es la desviación objetiva del estándar, concretado y actualizado en la apreciación judicial de cada caso.

Cabe acotar que el principio del *venire contra factum proprium* entraña un problema de veracidad.

Sin embargo –dice Wieacker- no es idéntico al deber ético de decir verdad. El *venire contra factum proprium* es *dolus praesens*. No presupone necesariamente el que, de mala fe o con negligencia culpable, se cree una expectativa en la otra parte. La exigencia de confianza no es obligación de veracidad subjetiva sino -como en la moderna teoría de la validez de la declaración de voluntad- el no separarse del valor de la significación que a la propia conducta puede serle atribuido por la otra parte. Más simplemente: el principio del *venire* es una aplicación del principio de la “confianza en el tráfico jurídico” y no “una específica prohibición de la mala fe y de la mentira”.

Ahora bien, la actuación contradictoria, para ser considerada como tal, necesita complementarse con otras situaciones de hecho.

En primer lugar, deben subsistir las mismas circunstancias que se daban al producirse la conducta vinculante, sin encontrar término a su eficacia en tanto se mantengan las condiciones que determinan la relación.

La valoración objetiva de esta calidad de hecho asume una prioritaria importancia en épocas en las que la virtualidad de lo convenido se ve enfrentada con imponderables, que -muchas veces- quiebran la posibilidad de mantener en sus términos la relación inicial (v.gr.: decretos de necesidad y urgencia que quitan efectos habituales a los hechos corrientes, intervención estatal que posterga los términos pactados en una relación bancaria, inflación en la compraventa, etc.).

Hecho valer como fundamento procesal de una pretensión (la conducta sistemática), el principio de congruencia vinculará, en lo sucesivo, los actos que en su consecuencia se dicten.

Sin embargo puede ocurrir que la contradicción suceda en este mismo momento, de modo tal que la incoherencia se manifieste en el obrar contra sus propios actos, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces.

Por ejemplo: “Un médico demandó se declarara la nulidad de las disposiciones que limitaron su función como jefe de servicio, y dispusieron su traslado del servicio a otro hospital. Con anterioridad a la demanda contenciosa administrativa, había solicitado permanecer en el hospital originario, con su mismo cargo de interino”, donde la justicia se ha expedido diciendo que “de lo expuesto surge que el actor no cuestionó en sede administrativa lo que debió cuestionar: el mantenimiento de su calidad de jefe de servicio en su nuevo asiento. Pretendió, en cambio, seguir con su cargo en unas nuevas funciones. Su cargo de interino le daba derecho a proseguir con sus funciones, hasta tanto se cubriera el cargo en la forma normada, en el lugar el nuevo asiento de las funciones del servicio, pero no a conservar el cargo fuera del mismo. Debía estar a las “duras y a las maduras”; no tenía derecho a ese cargo sino dentro del servicio. Por ello deviene inadmisibile la pretensión deducida en juicio ya que importa ponerse en contradicción con sus propios actos anteriores, deliberados, jurídicamente relevantes y plenamente eficaces” (SC Bs. As., abril 13/981, DJBA 121:53).

5.2 Requisitos subjetivos:

1) Calidad del sujeto autor de la conducta sistemática (vinculante)

El acto propio anterior no siempre apareja la actuación personal del mismo sujeto en los hechos contradictorios.

Obsérvense las relaciones emergentes del mandato, o las obligaciones hereditarias, o el caso de las personas jurídicas que transfieren sus fondos de comercio, para citar sólo algunas de las alternativas que nos llevan a la necesidad de aclarar la calidad del sujeto autor de la conducta sistemática que pone en juego el principio en comentario.

Es sabido que nadie puede ponerse en contradicción con sus propios actos, ejerciendo una conducta incompatible con un anterior comportamiento que ha significado un obrar coherente que ha merecido confianza a otro, y en el cual ha fundado la vinculación.

Desde este simple primer punto de vista, la calidad del sujeto autor se identifica con el mismo individuo que provoca ulteriormente la actitud contrapuesta.

Se puede afirmar que este caso es el que presenta el mayor número de ejemplos.

Los actos del heredero deben ser consecuencia de las actitudes del causante, pues la sucesión le obliga a asumir gravámenes que tuviera el *de cuius* en vida, por lo cual aquél deberá ser coherente en el compromiso obligacional, para continuar en los hechos tal como indica el fundamento de la sucesión universal (art. 3417, Código Civil).

El mismo principio se sigue en los actos del mandatario, aunque se limitan a la actuación propia de los lineamientos indicados por el principal.

Por lo tanto –señala Alberti- el exceso en la actuación del representante, su torpeza, la colisión de su interés con el de su representado, serán argumentos idóneos para desvirtuar la oponibilidad al representado de los actos del representante aunque no pudiesen configurar plenamente restricciones de derecho estricto de las facultades de este último.

El supuesto de las personas jurídicas no tiene mayores diferenciamientos. El nuevo órgano que sustituye la personalidad jurídica anterior no podrá eludir la doctrina de los actos propios alegando que la conducta anterior proviene de un órgano distinto.

Las personas colectivas han dado origen a una cuantiosa elaboración jurisprudencial y han servido para que la doctrina abundara en el tema a través de distintos supuestos de aplicación.

Se ha dicho, por ejemplo, que resulta descalificable la sentencia que asignó al acto de fusión de sociedades, efectos extintivos de la responsabilidad por las faltas atribuidas a la entidad absorbida, pues los compromisos asumidos por la entidad subsistente respecto de las empresas que absorbió, son consecuencia de sus propios actos y de lo

establecido en el régimen jurídico al que voluntariamente sometió su actividad (CS, marzo 21/2000, Fallos 323:574).

Asimismo cabe señalar el caso de la sociedad que ha negado al actor el derecho a percibir el cupón (dividendos) como consecuencia de haber cesado como socio en virtud de receso. Ante esto, no aparece pues como procedente que la misma sociedad invoque luego que ese receso ha nacido recién con la inscripción registral de la modificación del estatuto, pues “ello contradice sus propios actos” (CNCom., Sala A, octubre 7/982, La Ley 1984-A, 525).

En la Administración Nacional, la estructura y organigrama de sus componentes determinan que cada repartición e vincule por la conductas de los órganos competentes, en consecuencia, el Estado, aun dividido en diferentes Ministerios o Direcciones, es siempre único y no puede volver sobre sus propios actos, ni desconocer derechos que ella misma concede.

Ahora bien –agrega González Pérez-, es necesario que actúe el órgano administrativo como tal, emitiendo un acto imputable a la entidad. Por lo que, en modo alguno, puede ser vinculante la declaración del titular del órgano, limitándose a emitir una opinión particular sin trascendencia alguna.

En todos los casos lo importante es advertir que la pluralidad de sujetos no priva la *unicidad del vínculo*, es decir, la *identidad jurídica*. Siempre la relación se traba entre dos sujetos, de modo tal que la presencia del principio de la conducta sistemática es indiscutible y puede hacerse valer como una limitación al derecho subjetivo opuesto en una pretensión.

La unidad autoral se encuentra en la *imputabilidad* del comportamiento a la misma persona que continúa los actos que dieron origen y causa al vínculo inicial.

2) Calidad del sujeto que invoca la conducta incoherente

De acuerdo a lo establecido, para asumir el carácter de acto propio vinculante es necesario el propósito de contraer una obligación, y que la misma se concrete en una determinación espontánea y voluntaria de las partes.

Este comportamiento supone, para quien lo recibe, el sometimiento a derechos y deberes que podrá desconocer cuando la conducta de aquel con quien se ha vinculado resulta contradictoria con aquellos que inspiraron su confianza.

En estos términos, sólo contra quien se ha mantenido la relación obligacional encontrará legitimación procesal suficiente para oponer el “principio del propio acto”.

Empero –resalta Alberti-, la cuestión no es tan sencilla como parece pues la conducta habitual de ciertos organismos (v.gr.: Administración Pública) que por su reiteración alcanza una sistematicidad tal que no puede ser inequívoca, pone el interrogante en la posibilidad de que terceros extraños puedan alegar la actuación contradictoria anterior.

Si bien el propósito o finalidad de la regla es el de mantener la relación jurídica en los términos en que haya sido creada, sin permitir su voluntaria contravención, el principio del acto propio pretende no quebrar, ni oponerse en

contradicción con otros principios generales del derecho como sería, en el caso, la igualdad ante la ley.

La virtualidad del *venire contra factum proprium*, en cuanto a determinar la constitución, modificación o extinción de una relación de derecho, sin posibilidad jurídica de que su autor lo contradiga, requiere entre otras condiciones que el vínculo resultante del acto vaya de acuerdo con las exigencias del derecho objetivo y se trate de hacer valer "en contra y no a favor de quien lo ha producido" T.S. Español, sala 6ª, marzo 6/981, La Ley, España 1981-2, 827.

En casos como el indicado, debe atenderse el centro de interés del acto precedente y la pretensión ulterior.

El centro de interés importa considerar la calidad del vínculo establecido, en tanto que la pretensión ulterior recepta el equilibrio en la ponderación de circunstancias.

González Pérez ha entendido que, partiendo de una determinada conducta de la Administración Pública, el principio de los actos propios comportará la vinculación de la misma respecto de las personas afectadas por la relación jurídica de que se trate. Mientras que el principio de igualdad comportará que no se otorgue trato distinto a otras personas.

Siendo así, se observa que no hay contradicción entre principios sino, más bien, armonía entre ellos, de modo tal que unos se integran con otros. Ante esta evidencia, la igualdad ante la ley no se vería frustrada si se impide a un individuo alegar la conducta incoherente (*venire contra factum proprium*) en una relación que no lo tiene por legitimado, pues debe recordarse que la doctrina del acto propio opera residualmente, y bien se abastece de la posibilidad de nulificar el comportamiento inapropiado razonando en la privación a la igualdad ante la ley.

5.3 Conclusiones

Inspirada en el principio general de la buena fe, la doctrina que nace en la interpretación de los actos propios de quien luego se pone en contradicción con sus comportamientos anteriores, prácticamente constituye otro principio general de derecho, cuyo fundamento reposa en ese mandamiento moral que ordena no defraudar la confianza inspirada.

Cuando esta confianza suscita la vinculación contractual, es decir, cuando se crean, modifican o extinguen obligaciones jurídicas, el *venire contra factum proprium* adviene como un principio ordenador de la seguridad del tráfico.

En razón de esta característica, no constituyen supuestos de actuaciones incoherentes aquellas actitudes del sujeto que con su comportamiento omisivo pueden dar lugar a que el adversario suponga, objetivamente, que el derecho no se ejecutará (retraso desleal).

Tampoco lo son aquellas infracciones al principio general de la buena fe -en razón del tiempo-, cuando por su transcurso no tendría ya sentido ejercitar un derecho determinado.

En suma, la doctrina es conteste en cuanto a que es inadmisibile que un sujeto intente verse favorecido en un le precede en el tiempo.

Del mismo modo, la presencia del principio en la esfera negocial cumple un rol conservador de la *pacta sunt servanda*, tendiente a que no se desvirtúe el sinalagma con posiciones contradichas en actos anteriores que inspiraron la vinculación.

6. Efecto residual del principio

Precisado en sus exigencias el principio de mentas, resta por aclarar la razón por la cual se le asigna una utilización por descarte, esto es: el carácter residual que tiene la doctrina del acto propio.

Existe, en nuestro ordenamiento positivo, una numerosa cantidad de normas que adjetivan la defensa de la buena fe y el comportamiento sistemático, convirtiéndolo en ley para las partes (art. 1197 del Código Civil) y en reglas jurídicas a las cuales se someten por su encuadre específico.

Tales regulaciones no privan de eficacia la máxima *venire contra factum proprium*, sólo han tomado sus directivas para aplicarlas en una solución precisa.

Por ello resulta que el carácter residual es relativo, pues las consecuencias de aplicar la regla positiva o el principio general se comulgan en una misma directiva, por lo cual sus finalidades son convergentes.

Restarle identidad al principio, significa menoscabar toda su elaboración y, quizás, privarle de una extensión no prevista en la figura específica, riesgo que se corre cuando al utilizar la norma positiva se repliega el *venire contra factum*, por asignarle carácter residual.

De manera que, a nuestro entender, la supletoriedad atribuida no debe ser sinónimo de inutilidad ante la expresión hecha efectiva, sino de integración de la norma de acuerdo a sus circunstancias.

Observemos las leyes sustantivas y tomemos de ellas algunos ejemplos de lo comentado:

6.1 Actos jurídicamente relevantes:

La previsibilidad sustenta la confianza y ésta a su vez determina las distintas formas en que los hombres se asocian en el comercio o en sus relaciones jurídicas.

La manifestación del individuo, por un acto explícito, supone, en algunos casos, una expresión de voluntad "jurídicamente relevante" (V.gr.: oferta, promesa de donación, etc.); cuando ese acto se presta ante otro individuo, surge el contrato, que vincula a las partes y las rige como la ley misma (art. 1197 del Código Civil).

Bien indica Puig Brutau que, cuando las personas que integran un grupo social tienen conciencia de la existencia de un arquetipo de conductas, su acatamiento produce un estado de mutua dependencia en el comportamiento de los individuos, hasta el punto de permitir cierto grado de previsión en el obrar, pues el de una persona es la base de la conducta observada por la otra.

Los apartamientos unilaterales suponen conductas incoherentes con lo dicho en sus actos explícitos, y, por lo general, la inconsecuencia (además de importar la presencia del *venire contra factum proprium*) determina una consecuencia jurídica (v.gr.: responsabilidad contractual).

Sin embargo, han sostenido Alterini y López Cabana que en algunas ocasiones el derecho positivo legitima la conducta contradictoria: tal sucede, v.gr.: cuando autoriza al oferente a retractarse de la oferta antes de que sea aceptada por el destinatario (art. 1150, 1ª parte del Código Civil), o impone que la fuerza vinculante de la conducta previa dependa de ciertas formalidades (arts. 974 y ss. Y 1145 del Código Civil); o permite el arrepentimiento en caso de haber seña penitencial (art. 1202, Código Civil); o concede -mediando pacto comisorio- la acción de resolución a quien optó previamente por la de cumplimiento (art. 1204, Código Civil y 216 del Código de Comercio); o establece la revocabilidad como esencial al testamento (art. 3284, Código Civil).

En todos los casos, existe un comportamiento jurídicamente relevante, que interesa a uno, a otros, o conjuntamente a varias figuras positivas.

1) Efectos del consentimiento

“Una persona no puede impugnar un negocio irregular cuando ha ejecutado voluntariamente dicho negocio, o de cualquier otra manera ha prestado con sus actos su aquiescencia a dicho negocio. Venir contra los propios actos significa originariamente impugnar el acto que uno mismo ha realizado” (CNCiv., Sala E, mayo 2/979, La Ley 1984-A, 523).

Del ejemplo jurisprudencial se pueden advertir las direcciones del principio: el individuo se ha sometido voluntariamente en una concertación, la que luego pretende nulificar.

La eficacia jurídica de la conducta explica las consecuencias del consentimiento prestado, que lo lleva a responder por su apartamiento unilateral en el grado de responsabilidad que se le atribuya.

La doctrina del acto propio, por su parte, cubre el respeto a la regla de confianza ya señalada.

2) Declaración tácita de la voluntad

La manifestación tácita de la voluntad es la suma de actos cumplidos por una persona que, interpretados armónicamente, muestran la intención del agente, aunque no se la exprese exteriormente.

Suele darse el silencio como ejemplo de este acto; sin embargo aquél sólo constituye una manifestación de la voluntad en los supuestos excepcionales previstos por la ley.

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado v.gr.: que “la institución del silencio positivo exige, para su procedencia, la existencia de una cláusula contractual expresa o de una norma legal que demuestre en forma indubitada la voluntad tácita de la Administración de acogerse a las consecuencias que su omisión producirían” (abril 9/991, ED, 143-326).

Por ello, la falta de respuesta a una carta referente a un supuesto crédito no puede interpretarse como admisión del mismo, desde que el silencio opuesto a actos implica una manifestación de voluntad sólo cuando haya obligación de explicarse por la ley o por una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes (CNCiv., Sala F, ED, 30-744).

La diferencia esencial para comprender a la manifestación tácita como eventual reserva para alegar conducta contradictoria, y operar el principio del *venire contra factum proprium*, reside en que esta doctrina interpreta comportamientos inequívocos, en tanto aquélla presupone la existencia de un derecho al que luego puede o no asociarse de acuerdo a la teoría de la declaración de voluntad.

3) Renuncia de derechos

Con la renuncia de derechos (art. 873, Código Civil) se ha creado un complejo entramado que liga al principio del “propio acto” con las actitudes dispositivas que se toman en ejercicio de aquel derecho. Quizás sea, en definitiva, porque como sugiere Alberti, actuar en una forma determinada supone, a la vez, renunciar a comportarse de otra manera.

Sucede así con la jurisprudencia que interpreta que quien consiente un acto procesal determinado, “por aplicación de la denominada teoría de los actos propios, según la cual nadie puede alegar un derecho que vaya contra sus propios actos, media una renuncia tácita que invalida la pretensión” (CNCIV, Sala E, junio 7/977).

Sin embargo, como ya hemos indicado, la doctrina del comportamiento sistemático no alude a las consecuencias de la voluntad, que presupone la existencia de un derecho; sino que interpreta conductas jurídicas, y que necesitan de una decisión jurisdiccional para su operatividad.

Alberti destaca que, aun siendo similares sus consecuencias (una pérdida de posibilidades jurídicas) la renuncia difiere del acto propio tanto conceptualmente como en sus efectos determinados. Aquélla presupone la existencia de un derecho, y el sacrificio de éste; los actos propios no están referidos a un derecho subjetivo sino que impiden proceder ulteriormente en justicia de manera contradictoria. Si se quisiera formular una comparación dialéctica, podrá decirse que la renuncia extingue un bien patrimonial, los actos propios privan de una posibilidad no ejercida aún. En definitiva, todas sus diferencias obedecen a que la renuncia actúa dentro de los vínculos determinantes de asignaciones

patrimoniales, mientras los actos propios afectan negativamente una actuación futura.

4) Confirmación del acto viciado

Marcando la tesis sostenida por Betti, diversos autores han dicho que en la doctrina del acto propio se ha pretendido hallar un límite al derecho de impugnar un negocio ineficaz, con fundamento en que la ejecución de las obligaciones asumidas en el negocio equivale a un bloqueo de los mecanismos de impugnación.

Nuestra legislación sustantiva recepta en el artículo 1063 del Código Civil la hipótesis, habiéndose entendido que: "...de nada vale argumentar sobre un acto que, nulo o no, ha sido tácitamente confirmado por la parte que podía invocar el vicio capaz de invalidarlo" (CNCom., Sala A, noviembre 20/980, La Ley, 1984-A, 522).

7. Aplicación del principio en el proceso

La doctrina de los propios actos constituye, en los términos del artículo 16 del Código Civil, un principio general del derecho. Como tal, los jueces deberán aplicarlo en cada oportunidad que consideren reunidos sus elementos estructurales, partiendo de que es inadmisibles que un litigante pretenda fundamentar su acción, aportando hechos y convicciones de derecho que contradigan sus propios actos; es decir que asuma una actitud que lo venga a colocar en oposición con su anterior conducta.

De esta pauta surge que una de las partes de un proceso va contra sus propios actos cuando intenta formular una pretensión, dentro de una determinada situación litigiosa, que no es compatible con su obrar primero.

Ello es así por cuanto no sólo la buena fe sino también la seguridad jurídica se encontrarían gravemente resentidas si pudiera lograr tutela judicial la conducta de quien traba una relación jurídica con otro y luego procura cancelar parcialmente sus consecuencias para aumentar su provecho (CN Cont. Adm. Fed., Sala 4ª, diciembre 31/996, J.A. 1999-III, síntesis).

Las proyecciones que se han explicado de la doctrina son plenamente aplicables en el ámbito del procedimiento civil, de modo tal que, la misma subsidiariedad atribuida se recepta en su utilidad procesal.

El carácter residual se entiende respecto de determinados institutos del proceso, a saber:

7.1 Preclusión

Se denomina preclusión a la pérdida, extinción o consumación de una facultad procesal; en otras palabras, cuando respecto de una determinada cuestión, se ha cerrado la sustanciación debido al ejercicio o pérdida de la correspondiente facultad procesal que tenían las partes para sustentar sus pretensiones, esa cuestión ha quedado precluida, es decir, ya no puede volver a ser objeto de discusión por haberse “consumado” dicha potestad del proceso.

El instituto tiene una sólida interpretación jurisprudencial y la doctrina ha concretado sus alcances precisos; por ello la teoría del acto propio se encuentra aislada en su funcionalidad a pesar de que se cuentan precedentes que, fundados en la aquiescencia de las partes, les impide formular o sostener una determinada alegación, por haberse consentido el acto que oportunamente les permitía hacer la declaración.

Sostenida la nulidad de una sentencia por errores *in procedendo* el Tribunal sostuvo que “resulta contrario a la doctrina de los propios actos al impugnar ahora una conducta procesal que en su momento no fue cuestionada” (CNCom., Sala D, octubre 26/983). Así, por ejemplo, no puede acogerse la objeción de la parte a los gastos realizados por la intervención del auxiliar técnico formulada al tiempo de presentar la rendición de cuentas del perito, si tal erogación fue incluida al requerir un anticipo sin que en dicha oportunidad las partes cuestionaran su intervención (Fallos 316:41).

7.2 Confesión.

La prueba confesional presenta características singulares que se reflejan en su utilidad procesal y en las implicancias que le deriva a quien le presta.

En más de una ocasión se encuentran pronunciamientos jurisdiccionales que, advirtiendo reconocimientos explícitos en actos expresados fuera del proceso, pretenden desconocerse en la oportunidad de absolver posiciones o de tener que prestar respuesta a un traslado dispuesto judicialmente.

Se ha explicado que “no es admisible que la demandada reconozca frente a la compradora el carácter defectuoso de la obra y como tal absorba la reparación y luego pretenda en juicio que el resultado dañoso ha sido consecuencia de la actitud negligente de la actora” (CNCom., sala D, agosto 20/982). Igualmente se ha dicho que “la seguridad jurídica quedaría gravemente resentida si fuere admisible y pudiera lograr tutela jurídica, la conducta de quien primero acata una norma y luego la desconoce” (CNCIV., Sala A, abril 26/984, La Ley 1984-D, 537).

Del mismo modo, el reconocimiento a ciertos actos puede prestarse dentro del proceso, sea explícitamente o a través de la admisión. Un ejemplo típico de la aplicación de esta idea es el apartado tercero del artículo 411 del Código procesal.

Resulta así que las cambiantes posiciones de las partes no deben influir para dejar sin efecto actos y manifestaciones anteriores, pues rige el principio de los propios actos y sus efectos.

7.3 Principio de congruencia

La doctrina de los actos coherentes se ampara en la buena fe, en cuanto el ordenamiento jurídico impone a los sujetos el deber de proceder, tanto en el desenvolvimiento de las relaciones jurídicas como en la celebración y ejecución de los negocios jurídicos, con rectitud y honradez.

Este principio, extendido al proceso, significa que la pretensión marca el hilo conductor de un proceso, condicionando a las partes y al Juez, en razón del principio de congruencia, a ajustar sus intervenciones a los hechos y al derecho suscitado en la instancia.

El apartamiento de esta regla procesal determina que sea “absolutamente antitético afirmar al mismo tiempo que un acto es falso (querrela de falsedad) y que es real pero inválido (inconsciencia del testador, captación de la voluntad, irregularidades formales), teniendo presente que la demanda se ha promovido por el primer motivo, y sólo en la alzada se ha introducido la segunda alegación (CNCiv., Sala C, junio 22/978, La Ley 1978-D, 378).

Lo mismo acontece si la accionada ha admitido el carácter complejo del asunto y la existencia de un error “inculpable” de su parte y luego apela la distribución de las costas en el orden causado (CS, Fallos 310:434), o si la demandada incidentista al acusar la caducidad de la instancia se autolimitó a pedir costas “en caso de oposición” y -habiéndose allanado la vencida- luego pretende la aplicación del principio general establecido en el art. 68 del código de rito (CNCiv., Sala F, agosto 7/992, ED, 149-337).

Los supuestos prácticos son abundantes, pero es preciso destacar que, el principio *venire contra factum proprium* es supletorio, pues el principio de congruencia reconoce aplicación estricta en la interpretación de los arts. 34 inc. 4º y 163 inc. 6º del Código Procesal.

7.4 Lealtad, probidad y buena fe

Tras este rótulo se sustenta el deber de moralidad que requiere el proceso, dejando de lado la “moralina”, la exigencia a una verdad utópica, para asumir con realidad un litigio inspirado en el conflicto de intereses, pero en lucha franca y honesta para su dilucidación.

Los desvíos al principio de colaboración encuentran respuestas en las sanciones por temeridad y malicia; o por inconducta procesal; empero, el *nemo potest contra factum venire* puede ser utilizado como principio de integración, para aquellos supuestos que, sin tener malicia procesal, escapan por su tipicidad a las reglas sancionatorias normadas.

Así, v.gr.: Morello y Stiglitz destacan que no se puede amparar a quien ha creado con su derecho una apariencia de legitimación; esta situación productora de errores o falsas interpretaciones debe resolverse, si fuere necesario, en perjuicio de quien se comporta desoyendo los dictados de la ley.

En estos casos, carece de incidencia la falta de intención para provocar la “apariencia” pues la apreciación es objetiva, de modo tal que prescinde del grado de consciencia o conocimiento que haya tenido el agente al realizar su conducta.

Se ha fallado que “al haber creado el asegurado con su comportamiento frente a la aseguradora una verdadera y sólida apariencia acerca de la efectiva existencia de un supuesto de pluralidad de seguros, su pretensión de percibir la indemnización resulta ostensiblemente contradictoria, violatoria del principio general de la buena fe y de la prohibición de volver sobre los propios actos” (CNCom., Sala A, marzo 15/985, DJ, año I, nº 27).

En fin, para comprender con plenitud esta regla, será preciso compartir con González Pérez que la norma que prohíbe ir contra los propios actos no limita su ámbito de aplicación a los supuestos de ejercicio de un derecho subjetivo, sino que se extiende a todos aquellos en que se produce una conducta de un sujeto en relación al nacimiento de la relación jurídica, ejercicio de los derechos subjetivos, cumplimiento de la obligación y extinción de aquélla, así como en la actuación procesal.

En todos los casos existen comportamientos que deben confrontarse, lo que determina un estudio particularizado de aquéllos.

8. Aspectos procesales del principio

La incoherencia es un aspecto de la conducta que puede trasuntarse en el proceso, en distintas etapas o condiciones.

Puede ocurrir que un individuo modifique su pretensión procesal a través de actos indiciarios que lleven a tener por cierto que quiere una conclusión distinta a la liminarmente pedida (claro está, que este in contra sus actos previos, está prohibido tanto por el principio de preclusión, como de congruencia).

O bien, que asuma un comportamiento en el proceso muy diferente al estimado en sus etapas anteriores, sea a través de expresiones documentadas (v.gr.: expediente administrativo), o de actitudes personales que reflejen una intención inequívoca.

Otras veces, el hombre se ve compelido por las técnicas modernas de contratación, que lo llevan a consentir convenios de renuncia a facultades procesales que hacen a la garantía del debido proceso adjetivo (v.gr.: restricciones al ejercicio de excepciones, o prórrogas de competencia, etc.).

Este condicionamiento pone en juego el instituto de la renuncia; sin embargo, será imperioso interpretar si el acto de liberalidad ha sido otorgado de pleno consentimiento y en un plano de igualdad contractual no viciado de cláusulas vejatorias, que posterguen el vínculo contractual por el negocio predispuesto, para resolver si el rompimiento unilateral de esos convenios supone una contradicción con los actos cumplidos.

Pensadas estas posibilidades pueden plantearse distintos interrogantes, o responderse con figuras ya establecidas.

1º) Será un litigante temerario quien varía una calidad de conducta asumida previamente. O es, acaso, un justiciable que ha sufrido el abuso de una parte más fuerte.

2º) De ser así, ¿será un problema procesal?, o ¿debe resolverse con las normas de fondo?

3º) ¿Cómo se interpretará, en el proceso, el principio del *venire contra factum proprium*?

Seguramente encontraríamos muchas más variantes o alternativas, pero a los fines de recortar el perfil procedimental que asume el principio, observemos los enunciados.

Hemos insistido en que el “comportamiento sistemático” debe estudiarse objetivamente, excluyendo la intención que pueda tener quien lo realiza, de manera que esta singularidad excluye la posibilidad de tener al autor por temerario o malicioso.

Si éste se ve “forzado” a asumir un comportamiento incoherente con el que obligacionalmente ha convenido, habrá de corresponderse si la conducta constituye una infracción al deber de buena fe o si, por el contrario, este repliegue merece la tutela judicial por encontrarse amparada en una situación injusta, que apuesto al inconsecuente en una posición de desventaja al momento de contratar.

Surge, así, que no siempre el obrar contradictorio es fuente de repulsa jurisdiccional o de causa para interponer al principio como fundamento de la improcedencia de una pretensión.

Resolver el problema de la renuncia a través de postulados procesalistas es un quid de alta complejidad.

Blomeyer niega que la conducta anticontractual pueda desvincularse de proyecciones procesales, y piensa que, en las acciones de prestación, de constitución y de declaración positiva, la obligación asumida extrajudicialmente contiene una renuncia explícita a hacer valer la pretensión.

Sin embargo, tenemos por cierto que existe una serie de derechos disponibles en el proceso, que no tienen una necesaria vinculación jusmaterial (v.gr.: desistimiento de la acción o de actos procesales específicos -recurso-), y si su ejercicio no modifica ni transforma el derecho subjetivo, no podría ser entendida esta conducta desde el punto de vista de la norma sustantiva.

Habrá de coincidir con Zeiss en que una obligación convencional de observar una determinada conducta en el proceso, se refiere, conforme a toda regla, a la facultad procesal y no al derecho material.

Por supuesto, habrá quienes opinen que la violación a las cláusulas contractuales apareja una responsabilidad objetiva, que se funda en la prohibición de obrar en contra de sus actos, jurídicamente relevante y plenamente eficaces.

Dado el caso, sería de esperar que los jueces tengan presente la función social que cumplen, interpretando el sistema legal en armonía con un ejercicio regular de los derechos que, a veces, se evade aplicando exegéticamente la ley.

No se trata aquí de afirmar que existe conducta contradictoria entre quien primero actúa una norma y luego la desconoce, sino de amparar el desarrollo adecuado del derecho de defensa, evitando el abuso, la lesión y considerando el fin social del proceso.

Por otra parte, parece dudosa la aplicación estricta de “la doctrina” cuando el comportamiento asume un incumplimiento a lo pactado, pues recordándose la residualidad del principio, no es desconocido que la responsabilidad contractual tiene reglas propias y no sería correcto explicar la fuerza vinculante del contrato mismo, simplemente, por la idea de que sería injusto colocarse en contradicción a la propia actividad de la voluntad.

De modo entonces, ¿cómo se explica la doctrina de los propios actos en el proceso?

La definición no se aparta de lo explicado en la exposición general: también en el proceso, la doctrina del propio acto interpreta conductas, objetivamente consideradas.

De acuerdo al momento del proceso donde se suscite la contradicción, habrá que encontrar el origen del comportamiento sistemático para enfrentarlo con el incoherente y resolver así, la aplicación del principio.

De este modo, volvemos a recordar las distintas alternativas que pueden suceder. V.gr.: conducta precedente extraprocesal con una actuación contraria en el proceso, sea en su promoción, o al asumir la defensa; comportamientos distintos dentro del proceso; actitudes diferentes en procesos diversos, pero vinculados por algún presupuesto. Todas ellas ocasionan, a su vez, la posibilidad de interponer el principio como fundamento de una pretensión, como excepción o defensa, o como “argumento de prueba”.

9. La doctrina del acto propio como fundamento de una pretensión

Se ha creído que la doctrina del propio acto puede constituir el antecedente de una pretensión, cuando quien concreta una actuación procesal esconde tras ella un derecho que no tiene más que en apariencia, o fundamenta en circunstancias que siendo reales o ciertas, en realidad, solapan intenciones diversas a las que se manifiestan.

Es el caso –apunta Minoprio- de quien ha creado la apariencia de una cualidad que no ostenta, que no puede discutirla frente a quien confió en

esa apariencia, pues lo contrario importaría contravenir el deber de comportarse con lealtad y buena fe en el tráfico jurídico.

Aplicación de ello es el fallo en el cual se condenó a asumir las derivaciones de una situación aparente a una asociación civil que había actuado de modo que los compradores de vivienda supusieron fundadamente que respaldaba las operaciones, luego frustradas” (CNCom., Sala B, La Ley 1977-C, 439).

También el Superior Tribunal de Jujuy ha interpretado que: “se desprende de la posición que adopta en este juicio (la demandada), en abierta contradicción con las circunstancias que rodearon la concertación del contrato, cuando crearon una situación en la que la otra parte podía confiar, como si ahora les fuera permitido volver sobre sus propios actos: la inadmisión de la contradicción con una propia conducta previa se basa en la misma exigencia de *fides* que fundamentalmente impone el mantenimiento de la palabra, el *pacta sunt servanda* (ED, 109-165).

Sin embargo estos precedentes se fundan en la aptitud causal que provoca la teoría de la apariencia jurídica que, por su precisión conceptual y normativa, desplaza la posibilidad de razonar sobre el *venire contra factum proprium* dando solidez al reclamo.

Como indica Alberti, aunque ambos institutos guarden similitud, la apariencia resulta reprochada por sí misma, es decir, por el hecho de la simulación; en tanto que la conducta sistemática preserva, en su principio, el obrar coherente castigando las inconsecuencias presentes.

La especificidad de las figuras de encuadre (v.gr.: arts. 1051, 4010, 3270, 3999, etc. del Código Civil) confiere autonomía suficiente al argumento de la pretensión; normas que privan de fundarse en el principio del “propio acto”.

De todos modos, conviene no abusar del instituto de mentas, pues de consuno suceden hechos que por contingencias de distintos registros (v.gr.: inflación, cambios legislativos, conveniencias contractuales, etc.) facilitan el encuentro con actitudes contradictorias a través del tiempo.

La libertad del individuo para decidir el curso de sus comportamientos no le priva de ser inconsecuente, si con ello no restringe o limita el derecho de los demás y, aunque así fuese, el ordenamiento sustantivo reconoce un sinnúmero de normas que reprimen esas actitudes lesivas a la confianza que pueda haber suscitado en otro (arts. 899, 910, 1197, entre otras del Código Civil).

Una vez más dice Alberti que, de otro modo, es decir, si se contara como fundamento de una pretensión el principio del *venire contra factum proprium*, los sujetos serían inducidos a la inacción para evitar caer a lo largo del tiempo, en el reproche de incongruencia.

Otra situación, pero siempre en el supuesto de la pretensión que se muestra de una forma pero actúa en el proceso de otra (es decir, en manera o actitud contradictoria), por ejemplo: si preexiste un pacto de no demandar y luego la concreta sorpresivamente, surge a nuestro entender, una interpretación desfavorable a quien lo hace, pues quien deduce una pretensión procesal, con sustento en un derecho sustancial que invoca en su favor, debe hacerlo respetando los postulados de lealtad y probidad que el tribunal debe preservar (art. 34 inc. 5º ap. d] del Código Procesal).

En tal sentido, “la conducta del litigante que en un acto suyo realizado en la causa hace una afirmación o un reconocimiento, y luego sostiene lo contrario impugnando su primera y propia actitud, comete una acción éticamente reprobada, y por consiguiente inválida, que el orden jurídico no puede tolerar” (C. 1ª Civ. y Com. Bahía Blanca, sala 1ª, febrero 27/990, J.A. 1991-II, 242).

10. La doctrina del propio acto como defensa

La suma de conclusiones que hasta aquí puedan haberse alcanzado, encontrarán que es en el ámbito de la defensa donde la doctrina tiene una valiosa posibilidad de expresión.

Evidentemente la interposición de una demanda, o de una alegación, que sea contraria con comportamientos preliminares que hayan inspirado confianza y sido fuente del vínculo, lleva a tener por antifuncional este procedimiento, pues la coherencia de la conducta es un pilar que sostiene la buena fe en las concertaciones, y su violación, sin causa aparente alguna, da lugar a oponerse al progreso de la acción mediante la llamada doctrina de los actos propios.

Esta viene así a cumplir una defensa de fondo, pues ataca al derecho subjetivo e impide su recepción jurisdiccional.

El principio tiene amplia recepción jurisprudencial destacándose que “toda pretensión formulada dentro de una situación litigiosa por una persona que anteriormente ha realizado una conducta incompatible con esta pretensión debe ser desestimada” (CNCCom., Sala D, agosto 29/997, entre otros).

Si la contraposición es palmaria y elocuente, el Juez que recibe la pretensión estará en condiciones de rechazarla de oficio, como veremos más adelante; en otro caso, la interposición como defensa necesitará de argumentación y prueba, tendiente a comprobar la conducta antecedente y su eficacia respecto de los nuevos proceder.

Incorporado al proceso el acto contradictorio respecto a la causa de pedir, lo demás transcurrirá en dialéctica, siendo el juzgador quien precisará el encuadre de derecho (art. 34 inc. 4º y 163 inc. 6º del Código Procesal).

Puede afirmarse entonces que la doctrina de los propios actos pretende que no se ampare el ejercicio de un derecho que por la forma y circunstancia de su actuación, es abusivo al sobrepasar manifiestamente los límites normales de su ejercicio, mediante una demanda que es elocuencia de un obrar contrapuesto a los actos que le han precedido.

Siendo así, aparecen otras figuras que merecerán ponderación: abuso del proceso, improponibilidad objetiva de la pretensión, buena fe postergada, etc..

Por lo cual, el empleo del *venire non potest*, si bien útil y sustantivo en cuanto a la relación que afecta, continúa su carácter residual; calidad que parece correcta frente a la legislación positiva.

11. Otros actos del proceso.

De lo expresado se colige que vale para la reconvencción todo lo expuesto, pues la contrarréplica tiene una dimensión procesal idéntica a la pretensión.

Sin embargo, -manteniendo las reservas explicadas en la atención de aquellos actos que, siendo contradictorios, reconocen un principio procesal propio (v.gr.: preclusión, notificación tácita, temeridad, etc)- son múltiples las posibilidades de encontrar en el proceso, actitudes contrapuestas con comportamientos previos.

Algunos ejemplos prácticos son útiles para demostrar la aparición del acto incoherente.

1º) En el proceso penal, “el procesado que voluntariamente se sustrae a la jurisdicción de los jueces, constituyéndose en fugitivo de la justicia que reclama su presencia, carece de derecho para impetrar el resguardo de garantías ante la autoridad que él ha desconocido y el cumplimiento de preceptos cuya observancia elude, impidiendo por su acto propio, su puntual satisfacción” (CS, noviembre 24/988, Fallos 311:2397).

2º) Si el demandado no negó la existencia del mutuo hipotecario, ni tampoco ha desconocido las facultades del apoderado de la razón social actora al tiempo de celebrarlo, no puede pretender su cuestionamiento en el juicio ejecutivo por vía de la excepción de falta de personería, ya que no sólo importaría contrariar los propios actos, sino también la buena fe que debe presidir en el cumplimiento de los contratos (CNCiv., Sala I, agosto 26/997, La Ley 1998-B, 56); tampoco resulta procedente que el deudor que interviene personalmente en el acto escriturario mediante el cual se constituye una hipoteca sobre un bien de la sociedad conyugal, oponga luego la falta de asentimiento de su cónyuge, en el marco de la ejecución hipotecaria (L.L. del 6/7/98, pág. 5).

3º) En el ámbito del principio de congruencia, la Corte Nacional tiene por sentado que “el mayor estudio de la causa que haya realizado el *a quo* para expedirse sobre el tema accesorio de las costas, no le confería jurisdicción sobre aquellos puntos del fallo impugnado que no hubieran sido debidamente sustentados por el recurrente mediante su expresión de agravios; de modo que si el demandante dio lugar a la deserción del recurso y a que se dictara una sentencia aparentemente contradictoria, no puede invocar sus propios actos para obtener invalidez de un fallo que no le fue totalmente adverso” (Fallos 275:235 y 459; 294:220; 300:480).

4º) La llamada intercadencia o autocontradicción, que sucede cuando una parte ofrece versiones distintas acerca de un mismo hecho. V.gr.: se ha sostenido que, si la sociedad que se ha comprometido -en el acuerdo liminar celebrado con la otra parte- a concretar “un contrato más formal”, sólo arguyó un defecto informático y un problema judicial cuando fue compelida a hacerlo, no

puede invocar luego la falta de aprobación por parte de su directorio para justificar su proceder (CNCom., Sala C, mayo 5/2000, ED, 189-315).

5º) Los casos en que se plantea la inconstitucionalidad de una norma en orden a su aplicación retroactiva, habiéndose sometido los impugnantes -sin objeciones- al procedimiento por ella establecido (CS, noviembre 24/998, Fallos 321:3150).

6º) Si en la instancia administrativa la contratista solicitó la rescisión del contrato por fuerza mayor, se ha negado la posibilidad de cambiar a discreción la postura exteriorizada e imputarle una actitud ilegítima a la Administración (CS, mayo 5/992, Fallos 315:865), pues la posición sostenida en la instancia judicial no puede ser receptada por el tribunal en la medida en que se contradice con la adoptada en sede administrativa (CS, octubre 21/997, Fallos 320:2233).

7º) Los supuestos en que la Administración Pública emite una decisión, actuando en el marco de la ley vigente y adoptando conductas jurídicamente relevantes, y posteriormente pretende desconocer los efectos de dicha resolución a los fines de la habilitación de la instancia judicial (C. Fed. Seg. Social, Sala I, julio 17/998).

8º) La conducta de quien sustenta promiscuamente la interrupción del plazo de caducidad de la acción de nulidad de asamblea y la imprescriptibilidad de esa misma acción por tratarse de una nulidad absoluta (CNCom., Sala A, julio 10/997, J.A. 1999-III, 737).

9º) “Si por medio de un acto procesal expreso, claro y contundente, el actor ha reconocido que pesaba sobre el Subprocurador del Tesoro de la Nación la representación y patrocinio del Estado Nacional, mal puede cuestionar en otra instancia la representación asignada, frente a una conducta deliberada, jurídicamente relevante y plenamente eficaz” (CS, abril 17/997, Fallos 320:521).

10º) Con relación a la cuestiones incidentales que surgen en el proceso, adviértase el caso de la parte que ha reconocido la obligación de rendir cuentas en los autos principales, y se agravia contra la sentencia ordenatoria que lo condena en el incidente. Allí se dijo que: “el organismo jurisdiccional prescindiendo del interés del titular del derecho, debe proteger el interés social de la certeza del derecho que el ambiguo comportamiento de aquél podría perjudicar” (CNCiv., Sala A, abril 26/984).

11º) En relación al procedimiento probatorio, son cuantiosos los casos que pueden ofrecerse, teniendo presente que el código regula supuestos claros de conformidad a una regla que luego no puede cuestionarse (art. 411, párr. 2do., Código Procesal) v.gr.: el coheredero que, en oportunidad de celebrarse la audiencia, se comprometió a poner a disposición de la restante heredera toda la información necesaria respecto a las tenencias accionarias de las distintas sociedades en las que tuvo participación el causante, no puede luego oponerse a la exhibición de los libros (CNCiv., Sala D, marzo 3/998, La Ley 1998-D, 758).

12º) O cuando se invoca la cosa juzgada por el litigante que en el fuero civil solicitó –reiteradamente- que se estableciera por peritos que la firma de una

escritura que se le atribuía no le pertenecía, lo que ya había sido decidido así en jurisdicción penal. Realizada la nueva pericia, se dictaminó que era su firma (CNCiv, Sala E, agosto 13/976).

13º) Con posterioridad al dictado de la sentencia, la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha señalado que, si el vencido adoptó una posición que coincidía con el pronunciamiento recaído, la pretensión de que prospere el recurso extraordinario constituye una contradicción con un acto propio jurídicamente relevante y plenamente eficaz (sent. del 30/5/95, Fallos 318:1059).

14º) Finalmente, pueden surgir algunos elementos del principio en los escritos de postulación que podrán contrarrestarse con una defensa de oscuro libelo, que puede importar en su demostración la presencia de actos contradictorios. V.gr.: “En su demanda los actores reiteradamente pusieron énfasis en destacar que era falso que la causante hubiera testado a favor de la codemandada, y que por ello redargüían de falso dicho testamento... paralelamente, y sin precisar nítidamente que las restantes articulaciones eran para el supuesto de que se descartara la falsedad del testamento, se alude a una crisis de la voluntad del causante... por lo que... es absolutamente antiético su pretensión y lo vuelve contra sus propios actos” (CNCIV., Sala D, junio 22-1978).

12. El principio de los actos propios actuado de oficio

Sostiene Díez Picazo que, “solicitada por el demandado la desestimación de la pretensión, cualquiera que haya sido el fundamento invocado, el juez puede, de oficio, fundar esta legitimación en el carácter contradictorio de la demanda (o de la reconvenición) aunque este problema no haya sido abordado por las partes”.

En principio, parece exagerado el alcance atribuido por el jurista español, alertando el reparo en la circunstancia del problema probatorio que contiene la necesaria confrontación de comportamientos para deducir la incoherencia.

Sucede que el Juez puede no conocer la conducta sistemática-precedente, o que no surja de los elementos de prueba agregados, o bien, que la presunta contradicción no tenga estricta vinculación con el asunto que tramita la litis.

En estos casos, el problema del ámbito de composición del entuerto (principio de contradicción, principio de congruencia) le impide al sentenciante introducir otros argumentos de hecho que no hubieran sido planteados por las partes.

Distinta puede ser la cuestión, si tomada la doctrina de los propios actos como “principio general de derecho”, el Juzgador la utiliza como argumento de sus fundamentaciones pues, en este supuesto, no necesita de la actividad procesal de introducir el planteo (*iura novit curia*).

Sin embargo, interpretando el principio en la medida del alcance que pretendemos asignarle (residual), parece más coherente afirmar la necesidad de

que se oponga como defensa y se pruebe la conducta incompatible con el obrar anterior, so riesgo de privar al principio de su presencia en el proceso.

Señala Alberti que “lo necesario, en todo caso, es que la conducta precedente respecto de la cual la pretensión provocaría una contradicción inatendible por el Tribunal, sea invocada y probada en sí misma; cual todo otro hecho de la causa. De manera que si no estuviera ya contenida en la relación formulada por el pretensor –contra el cual ella sería vuelta por la interpretación de su sentido-, el demandado estará constreñido a referir cuál haya sido la conducta antecedente, y a probarla de negar el pretensor haber actuado de tal manera”.

Si bien la contraposición es elocuente y surge sin hesitación de la simple lectura de los actos de postulación y defensa, el Juez podrá advertir el origen de la “conducta anterior”, de modo tal que, tanto por el principio *iura novit curia* como por la función integrativa para la composición del proceso, estaría en condiciones de echar mano a la doctrina señalada.

En fallo ya citado, la Suprema Corte de Mendoza ha ratificado este criterio al sostener que “aunque el accionante no se haya referido a tal doctrina con esa terminología, su aplicación deviene procedente si en su demanda denunció el cambio de actitud de la Administración...” (sala 1ª, mayo 2-1990).

13. La doctrina del propio acto como argumento de prueba

La reforma procesal introducida en el Código adjetivo Nacional ha incluido el principio como elemento de convicción (art. 163 inc. 5º).

La conducta procesal de las partes viene así a constituir un argumento de prueba por el cual el Juez obtiene su convencimiento y deduce sus conclusiones.

Se debate doctrinariamente el valor que corresponde asignar al comportamiento, tanto reconociendo propia virtualidad probatoria *stricto sensu*; como –inversamente- atribuyéndole alcances indiciarios.

Por nuestra parte, remitimos a lo dicho en el capítulo de "*Improponibilidad objetiva de la pretensión*", sin perjuicio de coincidir con Peyrano en cuanto a que el *venire contra factum proprium* puede funcionar como un argumento de prueba idóneo para formar la convicción del Tribunal, en virtud de concurrir dos conductas procesales contradictorias entre sí, aunque una de ellas no consista necesariamente en el ejercicio de una pretensión.

14. Conclusiones

Llegados a este punto, es hora de sentar conclusiones.

Hemos visto cómo la doctrina de los propios actos se expande en el espectro de las relaciones jurídicas, protegiendo la confianza que inspira un

comportamiento coherente y sistemático que conduce a afirmar el proceder honesto de sus autores.

Cuando esta regla se frustra por actos inequívocos que muestran un obrar contrapuesto, aparece la teoría para volcar, con sus consecuencias jurídicas, el reproche de esas actitudes incoherentes, declarando la inadmisibilidad de tutela jurisdiccional para esos comportamientos.

Entonces el *venire contra factum proprium* surge como un principio general de derecho, cuya virtualidad opera en un marco postergado cuando existen normas positivas específicas que regulen el apartamiento o desvío de aquella actitud que mereció confianza.

El principio de la conducta sistemática tiene, en consecuencia, una procedencia *secundum lege*, pues su expresión se consigue –siguiendo a Alberti- como elemento de integración cuando no hay norma precisa; o *praeter legem* “como un instrumento del arte judicial de resolver las causas justamente”.

La necesidad de contar con un proceso judicial que ponga en evidencia los hechos contrapuestos no empalidece la función general del principio como ordenador de conductas, teniendo presente para ello que, en definitiva, todo comportamiento que contradiga la confianza es, en suma, una agresión contra el deber de moralidad procesal y un atentado contra la paz jurídica.

15. “Estoppel y Verwirkung”: figuras del derecho comparado

Solamente con el afán de mostrar la operatividad de la doctrina de los propios actos en el derecho comparado, es válido exponer las situaciones siguientes:

15.1 Estoppel:

En el derecho anglosajón existe el instituto del *estoppel* que tiene puntos de conexión con el principio *nemo contra factum venire potest*.

La esencia de aquél radica en que a una persona no puede permitírsele negar un estado de hecho que ella ha establecido como verdadero, expresamente por medio de palabras o, implícitamente, a través de su conducta en algún momento anterior.

El *estoppel* protege así la “apariencia jurídica” ya que concreta la afirmación que quien crea en otra persona una confianza en una determinada situación aparente e induce con ello a que se obre en un sentido, no puede luego pretender que aquella situación provocada fuere justicia para hacer prevalecer la real circunstancia.

La teoría formada a partir de este principio, integra las denominadas *rules of evidence*.

Existen varios tipos de esta figura: *by record*, *by deed*, *by fact in pais*, *by representation* y *by acquiescence*.

El primero –expresa Safontás- guarda correspondencia con la eficacia material de la cosa juzgada. Juega entre las personas que han sido parte en el juicio, para las cuales, es inadmisibles negar las declaraciones contenidas en una sentencia, porque sería ir contra la propia obra. Quien mediante su conducta procesal contribuyó a que fuera decidido un determinado punto litigioso, no puede hacer después una declaración que contradiga el fallo, salvo que éste tenga efectos *erga omnes*, o haya sido obtenido fraudulentamente”.

El *estoppel by deed* trabaja cuando un documento contiene un negocio jurídico determinado que no puede ser desconocido por quienes lo han suscripto.

El *by fact in pais* tiene lugar cuando se reconoce que una persona, en cierto tiempo y lugar, ha efectuado actos jurídicamente eficaces para formar en los demás la convicción de certeza, respecto de la autoría de dichos actos (V.gr.: posesión, patentes de invención, etc.).

El *estoppel by representation* integra el supuesto precedente, aunque vinculado con los casos de mandato, gestoría o representación.

El *estoppel by acquiescence* se vincula con la demora provocada intencionalmente en el ejercicio de un derecho. Se lo conoce también como retraso desleal.

Constituye uno de los supuestos típicos de límite al ejercicio de los derechos en aplicación del principio de la buena fe.

En este sentido, Díez Picazo afirma que “un derecho subjetivo o una pretensión no pueden ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlos valer, sino que incluso ha dado lugar con su actitud omisiva a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercitará”.

En síntesis, el *estoppel* es una figura de reconocida utilidad en el derecho anglosajón y ha tenido una difundida aplicación –inclusive- como principio de juricidad imperante en la justicia internacional.

15.2 Verwirkung

Enseña Díez Picazo que, este instituto propio del ordenamiento jurídico alemán, parte de la idea de que un derecho subjetivo o una pretensión no puede ejercitarse cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerlo valer, sino que incluso ha dado lugar, con su actitud omisiva, a que el adversario de la pretensión pueda esperar objetivamente que el derecho ya no se ejercite.

Constituye una derivación de parágrafo 242 del B.G.B., que consagra el deber de buena fe en las relaciones jurídicas y del principio del *favor acti*, conforme al que, si los que intervienen en una vinculación contractual actuaron lealmente, esos comportamientos hacen suponer que querían se produjesen, en el acto estipulado, sus efectos normales.

Boehemer sostiene que no puede ejercitarse una pretensión cuando el titular no sólo no se ha preocupado durante mucho tiempo de hacerla valer, “sino que también da lugar con su actitud a que el adversario de esa pretensión pueda esperar fundadamente que ya no hará valer su derecho”.

De modo tal que en la idea del *verwirkung* concurren tres requisitos: un retraso desleal en el ejercicio de un derecho, una conducta contradictoria y la violación al deber de buena fe.

Ahora bien, analizada la institución a la luz de los tiempos que otorga la prescripción de las acciones y de los derechos, es menester destacar que para que tenga relieve aquélla (*verwirkung*) es necesario, además del transcurso del tiempo, que la conducta omisiva haga inadmisibles y abusivos el ejercicio del derecho, debiendo el tiempo ser determinado y valorado por el juez conforme a las circunstancias del caso.

En terreno procesal, la Z.P.O. interpreta la figura a través del concepto de la “caducidad de facultades procesales”.

Según Zeiss, requiere su aplicación los siguientes presupuestos:

a) Una de las partes tiene que haber mostrado durante un lapso no desdeñable una conducta que permitiera a la contraria suponer que no quería hacer uso de sus facultades procesales.

b) La parte contraria tiene que haberse acomodado a la situación resultante de esa conducta.

c) El posterior ejercicio de la facultad procesal, tiene que ser intolerable para la parte contraria.

d) Para la caducidad rige el principio de la subsidiariedad. El principio general del ejercicio leal de los derechos cede ante normas especiales que posibilitan la misma solución”.

La caducidad, a estos fines, se diferencia de la doctrina de los propios actos, por el mayor lapso de tiempo que transcurre entre las dos conductas. Pero, como también en los actos incoherentes media cierto tiempo entre los comportamientos, y no se determina ni precisa cuánto tiempo se requiere, ese “lapso mayor” (calificado por la doctrina mayoritaria) no resulta adecuado como elemento distintivo.

Bibliografía

Actos Propios, en Nueva enciclopedia Jurídica, Barcelona, 1950, v. II, p. 348.

Alberti, Edgardo M., prólogo a la obra de Amadeo, José Luis, *Doctrina de los actos propios*, Manuales de Jurisprudencia, editorial La Ley, vol. 5, Buenos Aires, 1986.

Alterini, Atilio – López Cabana, Roberto, *La virtualidad de los actos propios en el derecho argentino*, Rev. La Ley, 1984-A, 877.

Amadeo José Luis, *Doctrina de los actos propios*, Manuales de Jurisprudencia, editorial La Ley, vol. 5, Buenos Aires, 1986.

La doctrina de los propios actos en la jurisprudencia argentina y española, Rev. La Ley 1984-A, 527.

Los actos propios en el procedimiento, J.A. 1992-IV, 1052.

Valoración objetiva de los actos propios, en *Doctrina Judicial*, año I, nº 27.

Betti, Emilio, *Teoría general del negocio jurídico*, editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1943.

Bianchi, Enrique - Iribarne, Héctor, *El principio general de la buena fe y la doctrina "venire contra factum proprium non valet"*, Rev. ED 106-851.

Borda, Alejandro, *La teoría de los actos propios*, editorial Abeledo-Perrot, 3ª ed., Buenos Aires, 2000.

De Los Mozos, José I., *El principio de la buena fe*, editorial Bosch, Barcelona, 1965.

Díez Picazo, Luis, *La doctrina de los actos propios*, editorial Bosch, Barcelona, 1963.

Dobson, Juan M., *El abuso de la personalidad jurídica —en el derecho privado—*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1985.

Genera, Fernando, *La doctrina de los propios actos de la administración y sus facultades discrecionales*, J.A. 1994-III, 702.

González Pérez, Jesús, *El principio general de la buena fe en el derecho administrativo*, editorial Cívitas, Madrid, 1983.

Kielmanovich, Jorge L., *Teoría de la prueba y medios probatorios*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1996.

Larenz, Karl, *Derecho justo-Fundamentos de ética jurídica*, editorial Cívitas, Madrid, 1985.

López Mesa, Marcelo J. – Vergara del Carril, Juan Antonio, *La doctrina de los actos propios*, Rev. ED, 168-899.

Llambías, Jorge Joaquín, *Código Civil anotado*, tomo I, editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1982.

Mairal, Héctor A., *Una aplicación de la doctrina de los propios actos a la administración pública*, Rev. ED, 141-210.

Martínez Alcubilla, L., *Diccionario de la Administración Española*, 5ª ed., Madrid, 1892.

Minoprio, César, *El boleto de compraventa, el ejercicio abusivo del derecho y la prohibición de ir contra los propios actos*, Revista del Notariado nº 742-1247.

Morello, Augusto Mario - Stiglitz, Rubén S., *El contrato por adhesión a condiciones generales*, Revista del Colegio de Abogados de La Plata, nº 41, año XXIII, 1981.

La teoría del acto propio, Rev. La Ley, 1984-A, 865.

Morello, Augusto Mario, *Dinámica del contrato*, editora Platense, 1985.

Nicolau, Noemí, *La doctrina de los propios actos y la verwirkung*, Juris (27/3/85).

Peyrano, Jorge Walter, *Valor probatorio de la conducta procesal de las partes*, Rev. La Ley, 1979-A, 1053.

Peyrano, Jorge W. - Chiappini, Julio O., *El proceso atípico*, 2ª parte, Buenos Aires, editorial Universidad, 1984.

La doctrina de los propios actos en el ámbito del procedimiento civil, J.A. 1985-IV, p. 819.

Puig Brutau, *La doctrina de los actos propios*, en Estudios de derecho comparado, Barcelona, 1951.

Rodríguez Berruti, Camilo Hugo, *Estoppel: advenir el obrar internacional del Estado*, sp. La Ley, 22/10/86.

Safontás, Simón P., *Doctrina de los propios actos*, Rev. Jus. Revista Jurídica de la Pcia. de Bs. As., nº 5, pág. 28/37.

Serik, Rolf, *Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso del derecho por medio de la persona jurídica*, editorial Ariel, Barcelona, 1958..

Stiglitz, Rubén S. - Hitters, Juan Carlos, *EL abuso en las nuevas técnicas de contratación. Cláusulas que limitan la facultad de oponer excepciones y que establecen la prórroga de la competencia territorial*, SP La Ley, 15/11/84.

Wieacker, Franz, *El principio general de la buena fe*, editorial Cívitas, Madrid, 1977.

Zeiss, Walter, *El dolo procesal*, traducción de Tomás A. Banzhaf, editorial Ejea, Buenos Aires, 1979.

Capítulo XIII

CONDUCTA EN EL PROCESO Y NULIDADES PROCESALES

1. Introducción

La tarea de investigación que lleva a cabo el Juez, le impone la necesidad de interpretar comportamientos humanos; circunstancia en cierto modo conflictiva si observamos que la jurisdicción habitualmente se limita a “decir” el derecho aplicable a una situación de hecho presentada.

Sin embargo, la plenitud de conocimiento que tiene el magistrado sobre la causa, sumado a sus deberes y potestades le permite, e incluso se espera, que vea más allá de lo dispuesto por las partes e investigar la verdad real de las cuestiones que se le acercan. Esto último implica investigar el contenido subjetivo de los actos con que las partes se expresen.

Gira en esta cuestión el meollo a discernir pues, cualquier vicio que inficione la regla de moralidad en el proceso, necesitará particularizarse para derivar de allí una conclusión propia o una remisión a consecuencias ya establecidas en principios generales.

2. Acto procesal y acto jurídico.

Toda relación jurídica reconoce su origen –causa eficiente– en un hecho que le antecede, en tanto la índole y calidad de esa relación dependerá de la índole y calidad del hecho que constituya su causa.

En el campo del derecho no interesan, en general, los procesos íntimos, desarrollados en la conciencia del sujeto, sino su exteriorización, es decir, los hechos. No hay derecho que no provenga de un hecho y, precisamente, de la variedad de hechos procede la variedad de derechos.

Por eso a partir de los hechos suceden los actos, los que pueden producirse voluntariamente, si son realizados con discernimiento, intención y libertad; o involuntariamente, si hay ausencia de algunos de estos elementos.

El acto jurídico será, entonces, todo hecho voluntario lícito, que tenga por fin inmediato establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos (art. 944 Código Civil).

De ello se desprende que el acto jurídico presenta los siguientes caracteres enunciados en un orden de generalidad decreciente: 1º) es un hecho humano o acto; 2º) es un acto voluntario; 3º) es un acto lícito; 4º) tiene un fin jurídico.

Los tres primeros caracteres son comunes a los actos jurídicos y a otros actos. El cuarto y último carácter constituye la nota específica de los actos jurídicos que sirve para distinguirlos de los demás.

Es, en base a este concepto, que Couture define al acto procesal como el acto jurídico emanado de las partes, de los agentes de la justicia o aun de los terceros ligados al proceso, susceptible de crear, modificar o extinguir efectos procesales. En sentido similar lo hace Palacio al tratarlo como una especie del género de los actos jurídicos y definiéndolo como aquél hecho voluntario que tiene por efecto directo e inmediato la iniciación, desarrollo o la extinción del proceso.

Aplicar esta conclusión al acto procesal resulta un tanto forzado ni bien se observa que la potestad de las partes se sujeta al orden público que preserva el proceso. No se trata de enfrentar al acto jurídico con el acto procesal, sino de diferenciarlos convenientemente para elaborar, a partir de sus principios, las consecuencias propias que importan sus respectivos desvíos.

La doctrina más caracterizada ha advertido los problemas que provoca la falta de una teoría del acto procesal que abarque su contenido subjetivo, recomendando en su lugar, y hasta tanto se legisle convenientemente al respecto, el uso de los principios sustentados por el derecho civil.

Guasp observó las dificultades de esta remisión, pues ello suponía hacer extensivo a los actos procesales, los vicios en el consentimiento. Decía que cuando la voluntad exteriorizada en el acto procesal coinciden con la voluntad del agente no surge cuestión de gravedad alguna; pero puede ocurrir que tal coincidencia no exista o, en otros términos, que se produzca una discrepancia entre voluntad real y voluntad declarada o manifiesta: en este caso ¿será eficaz dicho acto?, es decir ¿exige el ordenamiento jurídico procesal para la válida realización de un acto, además de la declaración o manifestación en que el acto consiste, una voluntad real en el sujeto que lo origina?. En principio la respuesta ha de ser, sin duda, negativa; dada la presencia de un órgano del Estado en el proceso, los actos que ante él se realizan, cuando aparecen exteriormente del modo exigido son eficaces aunque la disposición interior de su autor no coincida con la que ellos revelan. Sin embargo, este principio no puede ser tampoco afirmado sin reservas: para precisarlo más: es necesario aludir a los distintos supuestos de discrepancia entre voluntad interior y declaración o manifestación de voluntad, distinguiendo los casos de discrepancia intencional que son aquéllos en que la falta de coincidencia es conocida y querida por el sujeto del acto, de los de discrepancia no intencional en los que el sujeto no reconoce la falta de coincidencia, o bien la conoce pero no la desea.

Sin embargo, no hay acuerdo absoluto porqué cuando se estudian los actos jurídicos se advierten diferencias con los actos procesales; inclusive algunos indican que estos son una especie de aquéllos.

En nuestro país, Palacio se ha plegado a esta línea de pensamiento, agregando que la distinción que suele hacer la doctrina entre actos procesales propiamente dichos y negocios jurídicos procesales, tiene relevancia respecto de los actos provenientes de las partes; en tanto los primeros trasuntan el ejercicio de un derecho subjetivo preexistente y no producen otro efecto jurídico inmediato sobre el proceso como no sea el consistente en obligar a los órganos judiciales a emitir una decisión sobre ellos, los restantes constituyen declaraciones de voluntad cuyo efecto inmediato radica en constituir, modificar o extinguir derechos procesales. De manera que los negocios jurídicos procesales se condicionan a la eficacia jurídica que produzca la voluntad de las partes que los realizan. Nota que no se presentaría en los actos procesales propiamente dichos, que sólo producen efectos en la medida en que la voluntad de las partes se

integra mediante una declaración de voluntad decisoria, es decir, emanada del órgano ante el cual aquella se expresa.

El mencionado autor coincide con Guasp en sostener que la noción de negocio jurídico, de acuerdo con su aceptación tradicional, debe considerarse circunscripta al área del derecho privado y no extenderse al dominio del derecho procesal, puesto que los efectos jurídicos de las declaraciones procesales de voluntad no se derivan inmediatamente de ésta, sino mediatamente, a través de otra declaración de voluntad del órgano jurisdiccional, que recoge la de la parte.

No obstante, apoyado en la nota de Vélez al art. 896, se reconoce al acto procesal como una especie indiferenciada del acto jurídico, aunque se debe tener presente que existen distinciones extrínsecas que sujetan al primero a condicionamientos de forma que lo particularizan.

La línea divisoria, en cambio, es más difusa y hasta inexistente cuando se analiza el contenido del acto – jurídico o procesal –.

Similar es la conclusión a la que llega Arazi pero su asimilación [de los actos procesales] a los actos jurídicos que reglamenta el Código Civil es solamente parcial, puesto que aquéllos se cumplen frente a un poder del Estado y, por ello, sus elementos, naturaleza y vicios tienen reglamentación propia.

Definido y diferenciado de otras instituciones que fue el acto procesal, estamos ahora sí en condiciones de tratar sus diversas calidades.

La actitud humana trasunta en actos exteriores que muestran hacia fuera lo que internamente se ha elaborado. Cuando estos actos son llevados al proceso, se deben respetar ciertas formalidades bajo sanción de nulidad (ésta sería la voluntad declarada, según Guasp); pero interiormente el acto manifestado bajo una apariencia formal lícita puede esconder una finalidad desdorosa, ilícita, que oculta su verdadera intención (para Guasp, esta fase representa la voluntad real).

Este solo inconveniente demuestra las razones por las cuales el elemento volitivo del acto procesal no puede subsumirse en el componente formal del mismo. Al incorporarse la voluntad al acto procesal, los principios generales que vician el acto jurídico le son aplicables.

Ocurre que la actividad procesal se desenvuelve en un juego procedimental que estructuralmente no difiere del acto jurídico; ambos requieren para su configuración el discernimiento, la intención y la libertad (ya que son éstos los requisitos necesarios para que exista voluntad) a los que cabe agregar otros tres elementos a saber: causa, objeto y forma.

La ausencia de una regulación expresa al aspecto interno del acto procesal nos lleva a la utilización de las normas de fondo, sin perjuicio de las adaptaciones que exige el caso.

De ello surge que también el acto procesal puede viciarse por error, dolo o violencia, y aun provocar la indagación de la causa que porta la pretensión.

La moderna doctrina refuerza esta posición; en este sentido Gladys Estigarribia de Midón afirma que: 1º) En cada acto procesal existe algo más que su elemento externo, porque en cada uno de ellos interviene en mayor o en menor medida la decisión de introducir un objeto dado en el proceso; 2º) Tratándose de acto procesal emanado

de una de las partes, basta con pensar que él puede ser el producto involuntario de un estado de inconsciencia, producido artificialmente (por hipnosis, drogas u otros procedimientos similares) y que imposibilita a su autor darse cuenta de lo que hace para que se advierta que la falta de discernimiento es dable en un acto del proceso aunque medie el presupuesto de la capacidad; 3º) La consagración normativa del error como causa de ineficacia de la confesión configura una seria observación para quienes entienden que el error de hecho no puede ser válidamente invocado para evitar los efectos del acto procesal. Antecedente éste, enteramente aplicable al dolo, porque en definitiva, él no equivale sino a un error provocado por el engaño de otro; 4º) Siendo dables actos procesales de partes, realizados fuera del despacho judicial, sin la presencia del juez y en una situación de violencia; como dables actos procesales de parte en presencia del juez y producidos como resultado de perturbaciones psicológicas por violencia aplicada antes con tal fin, no parece atendible la afirmación de que en los actos jurídicos del proceso no se concibe la violencia debido a la presencia del órgano; 5º) Indudablemente, entonces, el motivo determinante de una actuación procesal, puede estar ahuecado por alguna de las causas que vician el entendimiento, ya que también los actos jurídicos procesales, tienen en la connotación de su deformación por ausencia de voluntad libre, los mismos matices que se dan en el tráfico general.

En Italia, sostuvo Satta que si bien no se puede ciertamente negar que el acto procesal exista, o que se pueda considerar como un acto jurídico en el latísimo sentido de la palabra, es lícito dudar de la oportunidad de instituir una doctrina de los actos procesales sobre el modelo de los actos jurídicos sustanciales.

En realidad -agrega- en el mismo término de los actos procesales hay un sutil equívoco que se revela en la carga impuesta por la ley para alcanzar un resultado que es independiente de la voluntad de quien cumple el acto; lo que se demuestra también con el hecho de que en los actos procesales (en cuanto tales) no nacen derechos y obligaciones entre quienes los han realizado y los otros sujetos del proceso, sino sólo situaciones procesales, coordinadas al fin que se requiere alcanzar. Así, para dar un ejemplo, la proposición de la demanda es un acto voluntario, pero la voluntad no es, como en los actos jurídicos, voluntad de un determinado efecto, que dependa de ella, sino más bien aspiración a este efecto, que depende de múltiples circunstancias, y ante todo de tener y obtener razón. Determina una situación procesal, pero no como efecto de una voluntad dirigida a esto, sino como elemento ella misma de esta situación. Frente al adversario, la demanda es nada más que acción, y de otra parte ella no constituye ejercicio de un poder (considerada, se entiende, en concreto), sino cumplimiento de una carga; así como frente al juez no es constitutiva de una obligación, que ciertamente existe, pero nada tiene que ver con la norma procesal y con el proceso, sino a lo sumo de un límite al ejercicio del poder. Análogamente, la sentencia del juez es por cierto un acto voluntario, pero la voluntad no tiene aquí relevancia alguna, porque no se dirige a producir efectos entre el juez y las partes sino a regular una relación entre las partes, y esta relación no depende de la voluntad, sino del juicio.

El acto procesal, en realidad, contiene en sí mismo su definición y la sola definición posible, que es la de "acto de proceso". Esta aparente tautología expresa que el carácter procesal del acto no está en relación con un efecto suyo, sino con una cualidad suya, que es precisamente la de constituir un

elemento del proceso de realización de la tutela jurisdiccional. Y desde que el proceso está instituido y regulado por la norma (procesal), es a esta norma que es preciso acudir para saber si un determinado acto constituye, un elemento de ese proceso, y cuándo ocurre esto.

Continúa explicando Satta que esto es necesario para establecer cuál es la ley reguladora del acto, conforme al art. 27 de las disposiciones preliminares al Código civil, que es tal vez la única cuestión práctica para la que interesa conocer ese carácter procesal. Cualquier otra tentativa de distinguir el acto procesal en base al efecto (a un efecto particular respecto del efecto general de cualquier acto jurídico), difícilmente pueda tener éxito. La juridicidad del acto desde el punto de vista del efecto resulta de su coordinación al ejercicio de la jurisdicción, pero este efecto no es procesal, en el sentido expuesto por las definiciones corrientes, es simplemente jurídico, y nada impide que sea estrictamente sustancial, como por ejemplo en la sentencia definitiva de mérito, que es acto procesal, pero establece la regulación de una relación entre las partes. Por otra parte, no se puede negar que existen actos indudablemente no procesales que tienen muy relevantes efectos procesales, es decir, que determinan situaciones importantes del ejercicio de la jurisdicción, tanto que la misma ley procesal los toma en consideración para establecer las condiciones y límites de su eficacia: tales, por ejemplo, la elección de domicilio, la aquiescencia expresa o tácita a la sentencia, la derogación consensual de la competencia, el compromiso, etc. Y junto a estos actos se pueden poner los hechos (también impropriamente considerados como procesales) como, por ejemplo, la muerte de la parte, del procurador, etc.

No menos estéril parece el intento de querer individualizar y clasificar los actos procesales en relación a su contenido. Es evidente que el contenido de un acto del proceso puede ser el más variado posible, en relación a las exigencias concretas del juicio. Se tratará, normalmente, de instancia, recursos, demandas, defensas, proposiciones de pruebas, deducciones, etc., pero nada impide que se trate de verdaderas y propias declaraciones de voluntad (de carácter estrictamente negocial como ocurre, por ejemplo, en la renuncia al juicio (art. 306), en la aceptación de la renuncia, en la oferta, en la subasta, etc., para no hablar de los acuerdos procesales, bilaterales o plurilaterales. Estas declaraciones negociales son procesales, en tanto son elementos constitutivos del proceso, pero no difieren de los otros negocios jurídicos, a cuyo régimen jurídico están plenamente sujetas, especialmente en lo atinente a la voluntad, en neto contraste con las otras hipótesis indicadas, en las cuales la voluntad no tiene relevancia particular alguna. Hay después actos procesales que tienen un contenido sustancial como por ejemplo, las declaraciones probatorias contenidas en los actos del proceso; y no se excluye que haya actos que tienen idéntico contenido, y que pueden ser procesales o no según que sean o no elementos del proceso regulado por la norma, así, por ejemplo, la reserva de impugnación tiene carácter procesal, mientras no lo tiene cualquier otra reserva que la parte haga incluso en un acto del proceso.

Las mismas observaciones -concluye Satta- se pueden hacer en relación a aquellos actos del proceso que son las providencias del juez (para no hablar de los otros órganos judiciales). También éstos son indudablemente procesales por la norma que los regula, pero como su contenido puede ser el más diverso y por lo tanto se sustrae a cualquier clasificación, así pueden tener los más diversos efectos, ya procesales, ya sustanciales. Piénsese en las providencias

meramente ordenatorias, y por lo tanto estrictamente procesales y, por lo contrario, en las providencias decisorias, se contengan en sentencia u ordenanza, o dispositivas (ejemplo: secuestro, caución), o declarativas (ejemplo: ordenanza que declara la extinción del proceso), o certificatorias, que tienen todos efectos sustanciales, a más que naturalmente procesales. Como ya hemos señalado, aun más que para los actos de parte, la voluntad se presenta irrelevante en la disciplina de los actos del Juez. Lo que cuenta es el juicio y la conformidad del juicio con la norma. También donde la voluntad parece tener relevancia, como por ejemplo en el caso de dolo del juez a los efectos de la revocación, en realidad, juega un papel completamente distinto que en los actos jurídicos negociales: es solamente el elemento sintomático en base al cual se argumenta la injusticia de la sentencia.

3. Nulidades intrínsecas y extrínsecas

Tomando como base los principios que preceden, deben distinguirse los *vicios internos* del acto procesal – que inficionan el proceso por la ausencia de un requisito de fondo imprescindible para convalidar lo actuado –, de los *vicios externos* – que se derivan de una mutilación a las formas y solemnidades del proceso –.

Esclapez propone diferenciar entre el acto procesal que padece vicios intrínsecos o de contenido que conspiran contra su validez, y el acto procesal viciado extrínsecamente o en sus formas, que es el que, de ordinario, determina la declaración de nulidad procesal que es la privación de efectos imputables a los actos del proceso que adolecen de algún vicio en sus elementos esenciales y que, por ello, carecen de aptitud para cumplir el fin a que se a que se hallan destinados.

La violación de las formas transita sus correctivos por el denominado incidente de nulidad a cargo de la parte interesada en nulidecir; en tanto, el principio publicístico avanzado en el proceso, agrega la potestad de saneamiento a cargo del Juez (art. 34 inc. 5 ap. a] CPN).

Para resolver el vicio intrínseco, en cambio, será menester – otra vez – discurrir en algunas consideraciones:

Si el acto procesal es una especie indiferenciada del acto jurídico, parece lógico pensar que las nulidades que encuentre el primero deben regirse por disposiciones sustantivas.

Coincidimos con Peyrano en que el acto procesal viciado intrínsecamente (por ejemplo, por error) es también un acto jurídico sujeto como tal a las normas insertas en el Código Civil (v.gr.: delimitación de si existe o no intimidación), pero por formar parte de un proceso, necesariamente queda sometido al régimen de impugnación vigente en éste, que no es otro que el de las nulidades procesales.

La duplicidad de criterios, o el brazo alternativo que abre la senda impugnativa, nos lleva al análisis de posibilidades. La utilización del régimen civil de nulidades y anulabilidades posterga la aplicación de ciertos principios procesales que estructuran el proceso (v.gr.: trascendencia, convalidación, etc.); en otra cara, el ejercicio exclusivo del régimen adjetivo de las nulidades

procesales deja en el camino la certeza que produce el régimen sustantivo en cuanto predice las normas aplicables con sus referentes específicos.

En uno u otro sentido la doctrina se polariza. Así Palacio sostiene que todos los vicios del acto procesal son validables porque sus nulidades son relativas; negando cualquier remisión al Código Civil. Corresponde dejar aclarado que aun en el caso de admitirse excepcionalmente la relevancia jurídica de la voluntad en el cumplimiento de los actos procesales, los vicios consecuentes serían convalidables en todo caso en el proceso, pues las nulidades procesales son todas relativas. Si bien en virtud de la trascendencia que revisten las formas dentro del proceso, es usual que las leyes vinculen el concepto de nulidad a la idea de quebrantamiento o violación de algún requisito formal, no existe razones válidas que autoricen a excluir del concepto que estudiamos aquellos vicios que afecten a los requisitos propios de los restantes elementos del acto procesal (falta de competencia del órgano, o de capacidad de las partes; vicios del consentimiento cuando ellos fueren invocables; ilicitud del acto). De allí el término genérico que utiliza el artículo 169 2º apartado del Código Procesal Nacional. En cambio, Berizonce apunta que la estructura interna de actos jurídicos y actos procesales es idéntica, de manera que participan de los mismos elementos y son susceptibles de padecer los mismos vicios; y ante la inexistencia de disposiciones que en los códigos rituales estatuyan sobre los vicios sustanciales propios de los actos del proceso, debe recurrirse supletoriamente a las normas contenidas en el código civil sobre el error, dolo, violencia (vicio de la voluntad), fraude y simulación (vicios del acto). Concluyendo el profesor platense que es necesario adecuarlas a los caracteres propios de los actos que se realizan en el proceso y especialmente, en lo posible, a las reglas generales que rigen los vicios formales.

El régimen de las nulidades tiene tanto en la dimensión civil como en el campo procesal presupuestos específicos; algunos de ellos se comparten, otros se postergan, porque, en principio, la forma adquiere singular gravitación absorbiendo el contenido o validez intrínseca del acto.

Nosotros estimamos que la degación del vicio en el acto procesal no tiene necesariamente que encuadrarse en una tipificación sustantiva o bajo un régimen procesal. La adaptación se muestra más coherente con la flexibilidad del derecho, evitando los aprisionamientos rígidos que no otorgan soluciones equitativas, postergando la justicia en manos de la seguridad.

Cuando los defectos de conformación sean propios del sujeto que emite el acto, habrá de investigarse el origen del desvío, es decir, encontrar el elemento psicológico que lo vicia, sea por error, engaño, culpa, dolo o mala fe. Hecha esta interpretación, el ajuste podrá completarse con los principios sustantivos y tipificar el desvío consecuente.

Luego de la intelección habrán de aplicarse los sucedáneos procesales, sea por la vía de impugnación, o del incidente autónomo de anulación.

La ausencia de normas expresas que regulen el caso, o la pobreza de ellas para enmarcarlo en su reducida óptica no convalidará el vicio, y la analogía podrá servir de integración a las normas objetivas con las procesales. Obviamente, la trascendencia y gravedad del vicio conlleva la magnitud de su consecuencia y, en este aspecto, hemos de observar pasajes que suceden en el proceso ejemplificativamente.

4. Vicios de la voluntad

La distinción elaborada entre vicios de la voluntad – cuando el defecto incide en un elemento de ella – tales como el error, la ignorancia, el dolo y la violencia, y los llamados vicios de la buena fe, esto es, la simulación y el fraude, determinan la clasificación que vamos a seguir en este acápite.

Hemos de partir de una coincidencia con Josserand en cuanto a la necesidad de encontrar, en todos los casos, el móvil *intencional*, dado que el acto expuesto cobra fisonomía propia en la exteriorización y se califica según la voluntad anunciada.

La “intencionalidad” refleja el ánimo, aunque los componentes volitivos deben desentrañarse para advertir el desvío del acto.

a) En un primer grado, el *discernimiento* se interpreta como la idoneidad para juzgar las propias acciones. De modo tal que, cuando se carece de esa aptitud, no se podrían producir actos válidos. Sin embargo, es factible tramitar un proceso frente a incapaces, pues las ficciones que crea el Código Procesal permiten que, notificado un incapaz, éste comparezca al proceso por su propio derecho o, de lo contrario, que por el instituto de la rebeldía, el juicio siga en su ausencia como si aquél tuviese plena capacidad para estar en juicio. Pero debe observarse que en estas hipótesis se afectarían presupuestos procesales, es decir, las condiciones mínimas indispensables para que el proceso obre como tal.

La estructura adjetiva, a suerte de paradoja, permite la sustanciación del juicio en condiciones insuficientes, pues deriva al régimen de las excepciones (resistencia a la pretensión) el impedimento para la continuidad del trámite.

En los hechos, esta ausencia de discernimiento se comprende con la falta de capacidad procesal, de manera que las consecuencias sobre el fondo del asunto adquieren un paralelo con los resultados de la incapacidad.

También es cierto que las situaciones descriptas atienden la carencia en el sujeto pasivo pues, respecto del actor, su condición es distinta. Él es un sujeto capaz que puede o no obrar de buena fe, por lo tanto, habrá que introducirse en la subjetividad de lo expuesto y a partir de allí deducir la intención.

La veracidad del móvil no siempre se expresa en los actos exteriores, por eso la importancia de investigar la voluntad real.

b) En tal sentido la motivación, o intención, puede estar viciada por *error* y, en consecuencia, surge el interrogante de si el error o la ignorancia deben ser excusables.

En la base de esta consideración se encuentra la buena fe de quien produce la actuación para señalar entonces si la anormalidad del estado psicológico puede convalidarse.

Afirma Bonfante que el ver una tal conexión (ente la buena fe y la excusabilidad del error) sea una ilusión, no rara en estas materias sutiles; en cuanto a mi, no la admito, porque sea cual fuere la opinión que se acepte sobre el grado de *bona fides*, no me parece que lógicamente la excusabilidad o inexcusabilidad del error deba tener sobre ella alguna influencia: dado siempre – todo se enlaza a este principio fundamental – que la *bona fides* es un hecho social y ético no alterado por el derecho. ¿Qué es de hecho la *bona fides* (y sea también el grado más alto y elevado de *bona fides* el sentimiento más sano del propio derecho), cuando ella tenga por base un error inexcusable, un error de derecho, por ejemplo? ¿Se dirá, tal vez, que aquella absoluta convicción no se puede admitir en caso de error inexcusable, que la buena fe, en suma, no existe? Pero, entonces, se confunde la excusabilidad del error con la probabilidad de su existencia: dos cosas que marchan es verdad, juntas en general, pero que en todo caso son dos cosas y nada impide que a veces se separen. ¿O se dirá entonces que la buena fe se transforma en mala fe en cuanto es tratada como tal, si el error sobre el cual ella se funda es inexcusable? ¿Por qué se transforma? Por el derecho. Pero entonces, el derecho tiene una *bona fides* con presupuestos suyos especiales, la buena fe jurídica no es idéntica a la buena fe ética. Como se ve soy en general de la opinión de Watcher: el error que es presupuesto de la buena fe es un error impropio, señal de reconocimiento que la voluntad (en el caso, la voluntad de lesionar a otro) no existe y, así, las consecuencias no derivan de error, sino de ausencia de voluntad.

Es obvio que la ignorancia no se puede alegar como vicio, máxime si se tiene en cuenta la necesidad de asesoramiento o conducción a través del patrocinio letrado, descartando igualmente el error de derecho, aunque aceptando el error de hecho como causal nulificante cuando se produce mediante engaño.

c) La voluntad puede ser viciada por *intimidación o fuerza*.

Sostiene Josserrand que ja violencia, en general, evoca la idea e una presión ejercida sobre la voluntad de una persona; especialmente y en el dominio de las obligaciones, esta presión tiende a determinar, a constreñir al paciente a celebrar un acto, una convención, un pago o un acto unilateral; en estas condiciones, para quien penetra hasta el fondo de las cosas, hablando propiamente, no es la violencia misma lo decisivo y lo que vicia el contrato, sino más bien, la coerción que de ella resulta: el acto realizado bajo el imperio de tal obsesión, de una opresión de esta clase no es obra de la voluntad libre y por ello está afectada de nulidad.

En el campo procesal la libertad para manifestarse no tiene simetría con los actos jurídicos sustanciales. La relación procesal es distinta, y el dolo o el fraude aparacen como supuestos más posibles que la violencia en sí misma.

Recordaba Esclapez que la violencia es menos frecuente que el dolo, pero no por ello deja de ser común. La extorsión interviene en no pocos desistimientos, transacciones y convenios judiciales, bajo la apariencia de un perfecto acuerdo y bajo el manto de la aprobación judicial. En la mayor parte de los casos, la intervención judicial no constituye una garantía para la presunta víctima. Por el contrario, se procura la aprobación judicial, como medio idóneo para que la extorsión quede impune.

El acto procesal alterado por un hecho violento que disminuye o equivoca la intención (fraude o dolo) determina la nulidad de aquél pues, en suma, la voluntad sería inficionada por la actitud manifiestamente desleal.

d) El *dolo* en el proceso también se muestra como una actividad intencional. El hecho que lo genera (*machinatio*) puede ser multiforme y hasta resumirse en una abstención. Esta composición, aplicable tanto al derecho privado como al proceso, abstractamente considerada, nos lleva a una definición del vicio como todo embuste, artificio, o fingimiento por el cual se hace imposible al adversario su defensa, inhabilitándose al juez para una decisión justa.

Sin perjuicio de su análisis *in extenso* conviene anticipar que los autores en general distinguen entre dolo esencial, que es un ingrediente de la litis temeraria, y el dolo instrumental, que es el dolo en la actividad procesal.

En Brasil, el Código Procesal establece en el artículo 63 que “Sin perjuicio de lo dispuesto en el art. 3º, la parte vencida, que hubiese alterado intencionalmente la verdad, o se hubiere conducido de modo temerario en el curso de la litis provocando incidentes manifiestamente infundados, será condenada a reembolsar a la vencedora las costas del proceso y los honorarios del abogado”.

“1) Cuando, no obstante resultar vencedora, la parte hubiera conducido de modo temerario en cualquier incidente o acto del proceso, el Juez deberá condenarla a pagar a la parte contraria los gastos a que hubiese dado causa”.

“2) Cuando la parte, vencedora o vencida, hubiere procedido con dolo, fraude, violencia o simulación, será condenada a pagar el décuplo de las costas”.

“3) Si la temeridad o malicia fuera imputable al procurador, el Juez llevará el caso a conocimiento del Consejo local de la Orden de los Abogados del Brasil, sin perjuicio de lo dispuesto en el párrafo anterior”.

Por su parte el art. 64 dice que: “Cuando la acción resultara de dolo o culpa, contractual o extracontractual, la sentencia que la juzgare procedente condenará al reo al pago de los honorarios del abogado de la parte contraria”. A continuación, el art. 65 norma que: “Aquél que recibiere costas indebidas o excesivas quedará obligado a restituirlas en el triple, sin perjuicio de otras penalidades previstas por ley”. El art. 66 finalmente expone que: “Las multas impuestas a las partes a consecuencia de mala fe serán contadas como costas; las impuestas a los procuradores y a los empleados serán cobradas en sellos inutilizados en los autos por el Juez”.

La lectura de estas disposiciones demuestra la preocupación de la legislación extranjera por sancionar las hipótesis en que se abusa del proceso a través de una intención temeraria o maliciosa.

e) Finalmente el *fraude en el proceso*, se muestra como la existencia de un comportamiento ilícito tendiente a eludir la norma imperativa realizada por una maquinación insidiosa que hace que muy a menudo la conducta se disimule, o trate de disimularse, bajo una apariencia de adecuación a la norma.

Se define al fraude procesal como toda maniobra de las partes, de los terceros, del juez o de sus auxiliares que se incline a obtener o a dilatar una sentencia con o sin valor de cosa juzgada o a la homologación de un acuerdo procesal u otra resolución judicial, con fines ilícitos o impedir su pronunciamiento o ejecución.

5. Vías de impugnación contra los vicios intrínsecos del acto procesal

Conocer la intención del acto procesal sin idoneidad nos lleva a interiorizarnos en el conocimiento de la voluntad, para indagar el origen de la violación y nulificar toda la manifestación a suerte de saneamiento del proceso.

Cuando los vicios residen en la voluntad, es menester reconocerlos a través de una tarea de intelección que podrá tomar del derecho civil sus principios específicos para remontar desde allí hacia la invalidación concreta del acto procesal inficionado.

Si el vicio se ubica en la agresión hacia la buena fe, tanto la simulación como el fraude y el dolo sufrirán los efectos de una nulidad absoluta que puede demostrarse incidentalmente o en un proceso de revisión, según la etapa que atraviese el conocimiento judicial.

La naturaleza procesal del acto le determina un régimen específico de sujeción a las nulidades regladas y a su trámite adjetivo, sin importar la cualificación que pueda otorgarse sustantivamente al acto viciado.

Lo importante reside en complementar ambos ordenamientos: si el Código Civil delimita los institutos, por su vía deberá encontrarse el ajuste material de la conducta con el comportamiento disvalioso, para luego atacarlos con precisos instrumentos del proceso. Este, a su vez, tendrá que reconocer la posibilidad de encontrar vicios provenientes de una voluntad que no fue expresada libremente.

Peyrano deduce dos lineamientos doctrinarios, por un lado aquellos que pregonan la conveniencia de propiciar un régimen de nulidades por vicios intrínsecos del acto procesal que enlacen el *derecho de fondo*, en lo que hace a la existencia y delimitación del vicio sustancial en sí, con el régimen legalmente previsto para las nulidades por vicios formales. Por otro, los juristas que combinan el derecho de fondo con el régimen legal de nulidades procesales formales, pero sin llevarlo al extremo. En este sentido, Berizonce destaca que respecto de los actos procesales con vicios sustanciales, sería injusto aplicarles la regla (alude al principio de convalidación), porque es evidente que no podría pretenderse que la posibilidad de recabar la nulidad de tales actos quede perjudicada por no haberse hecho vales dentro de los plazos angustiosos y perentorios establecidos por la ley y la jurisprudencia.

Las modalidades expuestas se inspiran en un definido propósito: evitar que el incidente de nulidad procesal se transforme en una puerta abierta a la chicana y en un consecuente favorecimiento a la deslealtad procesal.

En razón de ello, debe acudirse a la perspicacia judicial y confiar en que el juez ejerza el poder-deber de sanear el proceso y de corregir su desvío ordenando la realización correcta del acto viciado.

Por supuesto que en la atención del problema dependerá de la trascendencia del vicio, para no caer en la mera desestimación del comportamiento inoficioso, sin importancia alguna. Es preciso que la frustración preserve la eficacia del proceso.

En suma, el incidente de nulidad protege el funcionamiento del proceso que aún no cuenta con sentencia firme.

Imaginemos ahora un proceso terminado: el control extraprocesal podrá encaminarse por el recurso de nulidad, si el pronunciamiento no se encuentra consentido, o por el recurso de revisión.

Finalmente, y como excepción, recuerda Quevedo Mendoza que podrán subsanarse las consecuencias dañosas de esta especie de vicios, en la etapa de ejecución de sentencia, por vía de interpretación del mandato judicial, cuando se trate de simples errores de hecho, fácilmente detectables a través de las mismas constancias documentales incorporadas al proceso y que hubieren irrogado perjuicios evidentes.

Bibliografía

Arazi, Roland, *Derecho Procesal Civil y Comercial*, editorial Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1999

"Fraude Procesal y Proceso Fraudulento", Rev. La Ley, 139-1226.

Berizonce Roberto O., *La nulidad en el proceso*, editorial Platense, La Plata, 1967.

Bueres Alberto J. -, Highton Elena I., *Código Civil*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1999

Carnelutti, Francesco, *Instituciones del proceso civil*, editorial Ejea, Buenos Aires, 1973.

Chiovenda, Giuseppe, *Principios del Derecho Procesal Civil*, editorial Reus, Madrid, 1977.

Couture, Eduardo J., *Fundamentos de derecho procesal civil*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1997.

Esclapez, Julio H., *El fraude procesal en los nuevos ordenamientos procesales*, en "Problemática actual del derecho procesal", editorial Platense, La Plata, 1971.

El nuevo código de procedimiento a dictarse debe legislar sobre el contenido del acto procesal, J.A., 1948-II, 112.

Guasp, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil Española*, editorial Aguilar, Madrid, 1973

Hitters, Juan C., *Revisión de la cosa juzgada*, editorial Platense, La Plata, 1977.

Josserand, Louis, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, editorial José M. Cajica. México, 1946.

Llambías, Jorge J, *Código Civil Anotado*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1979

Maurino, Alberto L., *Nulidades procesales*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1985.

Morello Augusto M. y otros, *Estudios de Nulidades Procesales*, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 1979.

Palacio, Lino E., *Derecho Procesal Civil*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1992 (Tomo III)

Peyrano, Jorge W., *El Proceso Civil*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.

Quevedo Mendoza, Efrain, Comunicación a las 1ª Jornada Chaqueñas de Derecho Procesal, J.A. semanario 5516 del 20 de mayo de 1987.

Satta, Salvatore, *Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando De la Rúa, editorial Ejea, Buenos Aires, 1971 (Tomo II)

Capítulo XIV

FRAUDE PROCESAL

1. Introducción

Una de las dificultades más importantes a resolver entre las cuestiones que afectan la validez del proceso judicial, se presenta con el fraude procesal, el cual genera una polémica aun sin respuesta definitiva en la doctrina y jurisprudencia.

Ocurre que suele tomarse como punto de partida para el análisis los efectos y alcances que tiene el *fraude civil*, con el que tiene parentesco, pero carece de simetría absoluta. También, en el afán de recortar perfiles propios, la figura se suele confundir con el dolo o con la estafa procesal, sin embargo, estos institutos son diferentes, como veremos más adelante.

En suma, la posibilidad de acceder a un tipo específico que deslinde el campo del *fraude procesal* de otras figuras ilícitas que pueden surgir en el proceso, requiere abordar el principio de moralidad en su absoluta dimensión, y aplicarlo en los fines que persigue la garantía fundamental de las personas que buscan en el proceso judicial una vía útil y efectiva para resolver sus diferencias.

De este modo, el principio de moralidad rige y condiciona la validez de los actos procesales. Se orienta por la buena fe en las conductas, de manera que cualquier desvío en los procedimientos, determinará una actitud reprochable que merecerá repudio y sanción.

El comportamiento procesal idóneo se puede explicar en dos planos: interpretado en un *sentido jurídico*, propicia la regla de honestidad (*rectius*: lealtad y probidad) que debe primar en las relaciones de convivencia expuesta en el plano del conflicto judicial. En otro aspecto, el *fundamento axiológico* del proceso, o mejor, la tésis que lo inspira, no puede permitir deslices que le tuerzan su destino de asegurar el bienestar común. Precisamente, el carácter garantista del proceso destaca la exigencia.

En uno u otro sentido, existe una conducta procesal punible, que se deberá interpretar a la luz de los hechos que la exponen; por ello, para tener por aprehendida la configuración de fraude en el proceso, habrá que comprender *ab initio* que la actitud violatoria a la buena fe reconoce gradaciones y tipologías puntuales que pueden iniciar en la *culpa* (con sus consecuencias en el marco de la responsabilidad civil), continuar en el *dolo* (con sus derivaciones penales) y llegar a la *estafa*; o bien, representar un simple desorden de conducta que el Juzgador podrá o no reprender.

Dice Véscovi que el fraude aparece en el proceso como en los demás campos del derecho, y se disfraza allí como aquí de las formas más inimaginables. Su represión es a veces difícil y choca contra principios de seguridad como el de la propia cosa juzgada, que domina el ámbito de las providencias judiciales.

2. Definición de fraude procesal

Los variados matices que tiene el color del fraude, problematizan su encasillamiento en una definición para ahora y todos los tiempos.

Su presencia en el proceso constituye la negación manifiesta del derecho, modificando el curso normal que teleológicamente inspira la litis, buscando una finalidad que por la vía normal del correcto desenvolvimiento no se podría lograr.

Por eso, afirma Carnelutti, un elemento característico del fraude procesal es el fin, que consiste en desviar al proceso de su curso, o lo que viene a ser lo mismo, de su fin natural. Este fin es la decisión de la litis según justicia o, en otros términos, su justa composición.

La doctrina no se ha puesto de acuerdo para una definición común. Así, Garrote opina que "es elemento característico en el fraude procesal el fin, que consiste en desviar el proceso de su curso natural, que es la decisión de la litis de acuerdo con el derecho. Esta finalidad dolosa implica una violación al principio de la buena fe procesal. Es violación al principio de la buena fe y no vicio de la voluntad, porque es regla general admitida en los actos o negocios procesales la prevalencia de la voluntad declarada sobre la voluntad real".

Vallejo, también señala que el fraude procesal no es un vicio de la voluntad, sino una violación al principio de la buena fe e importa el análisis de una conducta dolosa.

En cambio Esclapez estima que "el acto procesal es un acto jurídico con modalidades propias, que no puede juzgarse con el mismo criterio que el acto civil...como todo acto jurídico (se refiere al acto procesal) tiene sujeto, objeto y forma. Estos tres elementos pueden estar viciados por falta de capacidad, de legitimación y de voluntad. Dentro de los vicios de la voluntad, cabe consignar el dolo propiamente dicho, el error originado por el dolo, la coacción (fuerza o temor), el fraude y la simulación".

Sin embargo, se debe observar que, técnicamente, el fraude no puede constituirse en un vicio de la voluntad tal como se lo conoce y pondera en las normas sustanciales, pues -como define Chardon- "el fraude consiste en el acto péfido de desafiar las leyes con apariencia de someterse a ellas y de violar los contratos bajo la apariencia de ejecutarlos, engañando con la exterioridad sobre el verdadero sentido de los actos o hechos...El fraude es el arte de violar las leyes, engañando a los magistrados y a los terceros por medio de los actos".

De modo tal que, en el fraude procesal, existe conciencia de la actitud contraria al orden formal de los actos, de manera que, lo particular de la figura es la consecuencia desleal que persigue conseguir a través del proceso consagrando, además de la mala fe, una finalidad ilícita.

3. Diferencia con otras figuras

Trataremos de distinguir por exclusión. Desde luego, el fraude no se confunde con la intención de dañar, con la malignidad, ni la malevolencia, pues

el autor sólo persigue beneficiarse a través del desvío procesal. No busca el daño, aunque eventualmente lo pueda provocar.

Para Josserand, el medio más seguro para descubrir lo que es el fraude, es determinar lo que no es: mediante eliminaciones sucesivas, estaremos en posibilidad de penetrar hasta la esencia de este concepto fugaz y cambiante.

Tampoco se confunde con la estafa, porque no hay inducción ni engaño, sino ocultamiento de la verdadera intención. La *maniobra* propiamente dicha, es el ejercicio abusivo de la acción procesal, por la cual se engaña a otro y, particularmente, al órgano jurisdiccional.

Hay, en consecuencia, engaño, pero aumentado al punto de ser malicioso y sin tolerancia por el ordenamiento procesal.

En suma, con el fraude se procura evadir la ley, sustraerse de las consecuencias de un hecho que le es imputable, obteniendo una ventaja ilegítima en el curso del proceso.

Por eso lo decisivo en el fraude es el fin y, en tal sentido, su vinculación con el abuso del proceso.

Es decir -sostiene Véscovi- que hay un comportamiento ilícito tendiente a eludir la norma imperativa y realizada por una maquinación insidiosa que hace que muy a menudo la conducta se disimule, o trate de disimular, bajo una apariencia de adecuación a la norma.

4. Clases de fraude procesal

Puede adoptarse como punto de partida una definición aceptada en jornadas científicas de análisis particular sobre el punto: "*fraude procesal, es toda maniobra de las partes, de los terceros, del juez o de sus auxiliares, que se incline a obtener o a dictar una sentencia con o sin valor de cosa juzgada, o a la homologación de un acuerdo procesal u otra resolución judicial, con fines ilícitos o impedir su pronunciamiento o ejecución*".

De esta lectura se concluye que el fraude procesal se puede plantear:

a) *Unilateralmente*: mediante la denuncia que realice una de las partes en el proceso, que de alcanzar una sentencia favorable, puede ocasionar responsabilidades civiles y penales.

Por ejemplo: 1) la insolvencia fraudulenta prevista en el artículo 179, 2ª parte del Código Penal; o el delito de desobediencia procesal fraudulenta incorporado en el Código Penal por la Ley 17.567; 2) la negativa maliciosa a firmar que, a pesar de constituir un supuesto legislado, tendría que reprimirse con mayor severidad; 3) el proceso de usucapión que, sobre bases artificiosas y con fundamentos aparentes, promueve una pretensión que no encuentra réplica adecuada por la mentira que oculta su formulación; 4) la adulteración de piezas del expediente, testimonios mal logrados, deformación de escritos, etc.

b) *Bilateralmente*: por medio de la actitud engañosa que dirigen las partes, perjudicando a un tercero o burlando la ley, el orden público o fiscal.

La conciencia de la propia sinrazón (temeridad) agrega como elemento característico la *colusión*, derivando la posibilidad de: 1) *procesos aparentes*: es decir, aquéllos que no componen un litigio real y concreto, sino que buscan a través del proceso una finalidad específica que no coincide con la natural eficacia que sirve a la justicia (v.gr.: procesos que buscan solamente la declaración jurisdiccional para verbalizar en otro proceso su jurisprudencia); 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* (propriadamente dichos), en los que se utiliza la estructura adjetiva con el fin de provocar daños a terceros (v.gr.: juicio ejecutivo que hace iniciar el deudor al tercero, con el fin de sustraer sus bienes de otras obligaciones asumidas).

Esta misma clasificación de fraude unilateral y bilateral o concertado, atiende también las posibilidades de defraudación por vía de los funcionarios judiciales.

Los auxiliares de la justicia (peritos, testigos, intérpretes, traductores, depositarios, martilleros, síndicos, etc.) pueden ser agentes del desvío procesal a través de la multiplicidad de actos que cumplen en el desarrollo procedimental (v.gr.: perito que informa en sentido diverso al encontrado; testigo que calla la verdad o la oculta para beneficiar a alguna de las partes; intérpretes que modifican el sentido de una expresión, etc.).

El fraude se puede analizar objetivamente ocurriendo *en el proceso*, o actuando en él como un *ejercicio abusivo* que tiende a conseguir una decisión oponible a terceros (*fraude con el proceso*).

El *fraude en el proceso* sucede dentro del litigio y se puede dar en cualquiera de sus etapas. El sistema de instancias conectadas que tiene el método de debate provoca que el acto viciado afecte a los sucesivos, porque la corrosividad se extiende y determina la nulidad de lo actuado.

Un caso común de fraude procesal es el artilugio arreglado entre las partes para evitar que se apliquen las disposiciones procesales pertinentes (por ejemplo, dar cumplimiento a la sentencia sin acreditar el pago en el expediente con el fin de evitar el pago de las obligaciones fiscales y previsionales).

El *fraude con el proceso* aparece comprendido en todo su trámite, o sólo en tramos de su desarrollo. El proceso simulado defrauda el orden legal previsto; en cambio, la ocultación de bienes prendados, la verificación de créditos inexistentes, las medidas cautelares pedidas para sustraer bienes del patrimonio del deudor; entre otras; ocupan sólo una etapa, pero claro está, desvían el destino axiológico del proceso.

Es indudable -sostiene Véscovi- que la realización del fraude mediante el proceso tiene algunas desventajas frente al realizado fuera de él, en el campo negocial, puesto que al mayor costo se agrega un cierto contralor, que hace que las partes, aun en los procesos dispositivos, no actúen en la absoluta impunidad. Pero por otro lado existen ventajas, especialmente la de que por medio del negocio fraudulento en realidad no se obtiene nada, puesto que la nulidad sancionada por el derecho civil hace inhábil el resultado buscado, mientras que el proceso agrega al acto un elemento de indiscutible estabilidad: la cosa juzgada. Esto sin olvidar, todavía, que

ciertos resultados jurídicos (divorcio, prueba de determinados estados civiles, etc.) sólo puede obtenerse mediante el proceso y no mediante el simple acuerdo de voluntades contractuales.

Simplificando: por *fraude en el proceso* se entiende aquél desarrollo de procedimientos que se realiza dentro del trámite iniciado con el fin de perjudicar a la contraparte; por ejemplo, la notificación del traslado de la demanda practicado en un domicilio falso y con la complicidad de quien la recibe. En cambio, el *fraude con el proceso* se interpreta toda falsedad y simulación planificada entre las partes para perjudicar a un tercero. Es el caso de quien para evadir la porción legítima de sus herederos forzosos fabrica un juicio ejecutivo en connivencia con el presunto acreedor, facilitándole a éste la realización de sus bienes.

Justo es señalar que existe una *tercera opción* al cuadro clasificado, según el cual existe fraude procesal cuando constituye un *ilícito penal*, sea una estafa, falso testimonio, etc.

5. Presupuestos del fraude procesal

Reunidos sus elementos característicos, cabe interrogar si es preciso que se produzca *daño* para tener por configurado el fraude procesal.

Devis Echandía señala que no basta el propósito fraudulento de una parte, hace falta el elemento objetivo, esto es, el daño sufrido por la que fue víctima del engaño. Peyrano participa de esta idea que, en cierto sentido, también era de Couture, pues, al comentar la función de la acción revocatoria de la cosa juzgada fraudulenta, dice que la demanda a promoverse por el tercero perjudicado tiende a destruir o revocar la cosa juzgada...y funciona tan sólo en cuanto la revocación fuera necesaria para satisfacer el interés del interés lesionado.

En los hechos, la conciencia de obrar sabiendo lo que se hace, destaca que el que así actúa persigue eludir la ley, antes que dañar a otro (característica más adecuada al dolo procesal). El engaño es la característica principal, y por eso, la figura se encuentra en el proceso cuando una de las partes o ambas en colusión, quieren inducir al error o provocar una acción aparente, dirigida objetiva y subjetivamente, a la finalidad del engaño.

Es decir, que en el obrar fraudulento existe conscientemente la malicia de su intervención y una acción de engaño a otro (sea la otra parte, el juez o terceros) sin importar si les causa daño.

El móvil que destruye la licitud de este tipo de comportamiento radica en la utilización del proceso con fines diversos a los que su estructura atiende; de manera que el funcionamiento viciado por la conducta de la parte o de las partes, lo vicia inmediatamente por ser contrario al orden público.

Ahora bien, si el fraude procesal no se refiere a una situación que se analice respecto al daño que potencialmente a otros le provoca; en la medida que importa más considerar la situación intrínseca del principio de inmaculación en el proceso, en consecuencia, el acto fraudulento es, por definición, un acto contrario a la regla moral.

Sostiene Gelsi Bidart que se puede pensar en el fraude como *acto* o como *procedimiento* que procura lograr cierto resultado, desde el punto de vista de la actuación del sujeto defraudador. O bien como *resultado*, o sea, lo que se alcanza a través de esa actividad. Si se piensa, por lo demás, en los variados matices de la actividad o del acto desde el punto de vista de la finalidad perseguida (consumación, frustración, tentativa, preparación, intención), podría señalarse que ambos factores o elementos en la situación de fraude, tanto subjetiva como objetivamente.

El fraude supone siempre, desde el punto de vista de los sujetos implicados en la situación, al menos dos partícipes, uno activo y otro pasivo, sin perjuicio de que la pluralidad pueda existir de uno y otro lado.

Dicha bilateralidad no significa necesariamente, que la acción del uno conduzca al otro a realizar, a su vez, determinada actividad, como en cambio ocurre en el caso de violencia, que se ejerce por el sujeto activo (el que coacciona) sobre el pasivo (el coaccionado). Pueden darse, en rigor, ambas situaciones: la de actividad en el defraudado, en base al fraude o bien la de pasividad, el de sufrir simplemente las consecuencias de la acción fraudulenta.

En el plano del sujeto activo, el factor principal es la intención de dañar a otro, vale decir que el fin último o mediato perseguido, es el de causar un daño (ilícito) a tercero. El acto o la actividad del sujeto activo del fraude, va encaminado a provocar ese daño; el fin perseguido, la finalidad, la causa (final) del acto es el elemento principal que vicia el acto mismo.

Sin embargo, en la atención de sus consecuencias, el fraude se distancia de otras actitudes hostiles que se dan en el curso del proceso.

Es evidente que ciertas formas de ingenio son lícitas dentro del mecanismo natural del contradictorio, de modo tal que, exigir a las partes una conducta estrictamente ajustado a lo legalmente previsto significa, a veces, pensar en un desatino.

Esos límites tal delgados que distinguen la moral del derecho devienen atendibles para alertar que no todo móvil ilícito constituye un obrar fraudulento; es preciso reputar en esta materia la calificación que merece la actitud del agente, es decir y una vez más, la conducta de la parte en el proceso.

En este sentido, Couture dice que pueden utilizarse las figuras del "dolo bueno" y del "dolo malo" del antiguo derecho, para deducir de ellos, cuando se encuentra el exceso en la habilidad y astucia y asoma en el proceso la *conscientia fraudis*.

De acuerdo a la intención reflejada, la responsabilidad que asume el litigante artero, variará de conformidad a los hechos que provoque en consecuencia.

De este modo, el fraude procesal como desviación de la finalidad ética - social del derecho, encuentra tres estados en la exposición de la conducta procesal:

- El fraude, empleado aquí no en el sentido de engaño, sino de aquél otro (que siempre le concierne cuando se contrapone a la culpa) de conciencia de la injuris, o dicho de otro modo, de intención de infligir una sinrazón. Ambito preciso, también, del comportamiento temerario.

- La figura del litigio culposo excluye la conciencia de la sinrazón, en cuyo lugar interviene ahora la insuficiente ponderación de las razones que apoyen la pretensión o la discusión. No obstante, puede existir el derecho en cabeza del actor o del accionado, y actuarse en un sentido malicioso, de manera que se exagera la potestad de promover la acción, llegando en este punto, al principio *culpa lata dolo aequiparatur*.

- La agravación de la responsabilidad se produce, con independencia de la temeridad, respecto de algunas fases o tipos del proceso de conocimiento en el sentido de que frente a ellos el mero vencimiento determina, no sólo la responsabilidad en cuanto al reembolso de las costas, sino también en cuanto al resarcimiento de los daños.

En síntesis, la intención de engañar y de utilizar el proceso desviándolo de su fin natural presuponen y caracterizan el fraude procesal, pudiendo ser definido en los términos siguientes: *todo embuste, todo artificio, todo fingimiento por el cual se hace imposible al adversario la defensa, inhabilitándose al Juez para una decisión justa*.

6. Prevención del fraude

La clasificación precedente permite encontrar las bases a tener en cuenta para definir los mecanismos de prevención del desvío procesal que supone la acción fraudulenta.

Cuando la inmoralidad apunta a viciar un trámite del conflicto, una etapa o un acto específico, se debe atender las facultades (poderes-deberes) del Juez para controlar la marcha normal del pleito.

La concepción publicística en la ciencia procesal ha dotado al órgano jurisdiccional de iniciativa en la dirección y decisión del proceso, de manera que la vigilancia puede convertirse en un verdadero *poder de policía*, cuando la atención es continua y el control consecuente ocurren oportunamente.

Tanto el saneamiento, como las sanciones que puede aplicar responden a aquellas medidas de seguridad que se pretenden alentar como remedios contra el litigio temerario o malicioso.

El régimen de nulidades abunda en precisiones para conseguir el proceso limpio, sin desvíos que lo inficionan.

Sin embargo, no existe dentro del código procesal un mecanismo autónomo que prive de efectos al acto fraudulento que haya conseguido llevar a cabo su cometido entorpecedor.

En este aspecto se propone retornar al *despacho saneador*, no sólo como medio de seleccionar el material verdaderamente controvertido, sino como elemento de seguridad basado en la intermediación.

Las medidas disciplinarias complementarán esta audiencia, regulada como preliminar a la etapa probatoria (v.gr.: art. 360, CPCCN), y de asistencia obligatoria para las partes y el Juez.

Este control desde la jurisdicción permite encaminar un proceso que, para su mejor continuidad y prevención, ha de sostenerse en el principio de la presencia activa del Juez en las etapas del procedimiento.

Desde otra perspectiva, las partes controlan y reprimen a su contradictor con la denuncia de fraude, debiendo tener presente, en tal caso, el momento que atraviesa el proceso.

Encontrándose en trámite, la vía incidental autónoma cobra singular importancia por la amplitud y soltura con que se desenvuelve.

Cabe tener presente que por este camino lo que se busca es que el Juez declare la nulidad o inoponibilidad del acto impugnado. Por lo tanto las partes deben someterse al régimen de preclusión de las resoluciones judiciales.

Asimismo, si el proceso hubiera terminado y alcanzado los efectos de la cosa juzgada, la revisión debe ponderar una vía independiente de solución.

7. Represión del fraude

Para encausar un proceso viciado por fraude se impone considerar el estado procesal en que se encuentra y la gravedad de las consecuencias.

Básicamente se ubica como plataforma de asentamiento y respeto, el principio del artículo 1071 del Código Civil, que no ampara el ejercicio abusivo de los derechos, de manera que un proceso fraguado, aun con respaldo en el derecho objetivo, se debe nulificar por violación al mentado principio.

La responsabilidad civil medirá las consecuencias según exista culpa o dolo y daño.

Luego, en un primer peldaño, se ubica el principio protector (moralizador) de actuar en el proceso con lealtad, probidad y buena fe, de manera que cuando se vulneran algunas de estas premisas, operarán las sanciones correctivas disciplinarias pertinentes.

A continuación, el código procesal particulariza actuaciones de conducta procesal indebida, incorporando las sanciones por temeridad y malicia e imponiendo distintas consecuencias a los actos irregulares, según los principios que regulan las nulidades procesales.

Hasta aquí el control y el régimen represivo que explicamos se da *en el proceso* en marcha, y a resguardo e iniciativa de las partes y del magistrado.

Pero el punto decisivo que se debe resolver radica en el proceso que ha pasado en autoridad de cosa juzgada.

Con este estado, más sus implicancias procesales y constitucionales que el instituto importa, se presenta el problema de resolver la inmutabilidad del decisorio, cuando éste se ha conseguido en el debate de una contienda fraudulentamente entablada.

El interrogante enfrenta serias posturas de resistencia y dada la complejidad y alternativas que reproduce la doctrina, las analizamos en el capítulo siguiente.

Bibliografía

Carnelutti, Francesco, *Contra el proceso fraudulento*, en "Estudios de Derecho Procesal", tomo II, editorial Ejea, Buenos Aires, 1952.

Couture, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal*, tomo 3, editorial Depalma, Buenos Aires, 1979.

Devis Echandía, Hernando, *Fraude procesal: sus características, configuración legal y represión*. Ponencia presentada en la 1ª Jornada de Derecho Procesal del Litoral Argentino, Rosario, provincia de Santa Fe, 1969.

Esclapez, Julio, *El fraude procesal en los nuevos ordenamientos procesales*, en "Problemática actual del derecho procesal" (libro homenaje a Amílcar Mercader), editorial Platense, La Plata, 1971.

Garrote, Angel Fermín, *Fraude procesal*, Revista de Estudios Procesales, nº 4, Rosario, provincia de Santa Fe. Argentina.

Gelsi Bidart, Adolfo, *Noción de fraude procesal*, en "Libro de ponencias del XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal", Santa Fé, junio de 1995.

Josserand, Louis, *Los móviles en los actos jurídicos de derecho privado*, traducción de Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica, editorial José M. Cajica, México, 1946.

Peyrano, Jorge Walter, *El proceso civil*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1978.

Silveira, Alipio, *La buena fe en el proceso civil*, en "Revista de Derecho Procesal", año V nº 2, Buenos Aires, 1947.

Vallejo, Lucio, *Hechos y actos jurídicos procesales*, Revista de Estudios Procesales, nº 2, Rosario, provincia de Santa Fe. Argentina

Véscovi, Enrique A., *Fraude procesal: sus características, configuración legal y represión*, Revista de Estudios Procesales, nº 2, Rosario, provincia de Santa Fe. Argentina

Capítulo XV

REVISIÓN DEL PROCESO FRAUDULENTO

1. Objetivo

Emplazado el valor justicia frente al de seguridad, el consejo de Couture ha sido preferir por el primero. Tal dilema se presente entre la seguridad que consolida una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada; y la justicia que se oculta, cuando existen presunciones sobre la obtención del tal efecto definitivo de la sentencia, conseguida en un procedimiento perturbado por la inmoralidad de sus actos.

La *res judicata* impide la repetición de un proceso ya resuelto porqué, de otro modo, la reiteración del conocimiento afectaría notoriamente la confianza que merece la actuación jurisdiccional.

Asimismo, se acota el valor normativo de la sentencia declarada que, como tal, ha establecido una ley individual, firme y definitiva por no tolerar más revisiones que las procesalmente admitidas.

Por ello, procurar soluciones que supongan eliminar el efecto de *derechos adquiridos* que traen los pronunciamientos judiciales, significa tanto como enfrentar el valor de la cosa juzgada; y en consecuencia, el debate radica en resolver si la fuerza vital y permanente que ella tiene, pierde firmeza cuando se encuentran vicios sustanciales que, de soslayarse, consagrarían una auténtica injusticia.

2. Antecedentes históricos

La progresividad de los derechos ha llevado a evitar que, tras el manto del ritualismo se consagren situaciones *de jure* que resulten manifiestas violaciones de garantías y valores fundamentales.

No se trata de eludir ni quitar razones al significado constitucional que tiene la cosa juzgada, sino de advertir que no es posible alcanzar este grado cuando la consolidación del derecho haya sido logrado en un proceso fraudulento.

El derecho comparado ha cubierto con las últimas reformas procesales el vacío legislativo que tenía esta situación. Es el caso de Latinoamérica, donde tras cierta laguna legal, producida por una preferencia hacia la plenitud de los principios procesales solapando los vicios de un pronunciamiento viciado internamente, se ha llegado a considerar un recurso o una acción autónoma de revisión de la cosa juzgada fraudulenta.

Recordemos que en el antiguo derecho romano se reconocía en la regla *non bis in eadem* la imposibilidad de reiterar un caso ya resuelto, principio que tenía su consagración desde antes de las XII Tablas, conforme lo explica Cogliolo. Agrega, este autor que, durante el último siglo de la República, el rigor del *ius civile* exageraba el uso de las formas postergando las decisiones justas.

Antes, la legislación americana se encontró notoriamente influenciada por la Ley de Enjuiciamiento Civil española de 1855 que no trataba el recurso de revisión.

En cambio, el derecho romano encontró procedimientos acordes para restituir los derechos o desbaratar aquellos que se hubieran acordado en un proceso aparente, a veces con acciones específicas y en otras con impugnaciones internas del procedimiento.

Si la sentencia había sido obtenida por medio de documentos falsos, o actividades dolosas, sobornos de testigos o colusión del procurador, los romanos auxiliaban a la parte perjudicada con la *exceptio doli* contra la *actio iudicati*; con la *restitutio in integrum* como admisibilidad de la misma acción; con la *replicatio doli* contra la *exceptio rei iudicata*, y subsidiariamente, aun con la *actio doli* (Cfr. Parry).

La *exceptio doli* es una defensa personal que sólo puede ser opuesta contra la persona autora del dolo. Se la distingue en dos aspectos: especial y general. Por el primero, esta excepción puede suplir y sustituir a otras excepciones como la *exceptio metus* (el que contrata por miedo) y la *exceptio pacti* (pacto de no pedir o cobrar), y se llama *exceptio doli specialis* porque contrarresta hechos concretos, como la amenaza o la deuda perdonada. Por el segundo, de una manera general, el Juez recibe del magistrado la "fórmula" que le permite averiguar todos los hechos sobre los cuales se pueda deducir que el actor obró de mala fe, y se llama *exceptio doli generalis*. En este último aspecto general, el Juez debe averiguar si hubo dolo no sólo en los hechos que motivan la demanda (*si dolo factum fiat*), sino también en el hecho mismo de demandar (*si dolo fiat*) cuando reclama cosas que está expresamente obligado a restituir.

La *restitutio in integrum* encuentra su mecanismo en una creación pretoriana que tiende a subsanar los vicios del consentimiento en los contratos y proteger a las personas que a causa de su inexperiencia hubieran contratado en condiciones lesivas a su patrimonio, anulando todo lo convenido y restituyendo las cosas al estado que tenían antes de celebrarse el convenio.

La institución fue recogida por el derecho Justiniano -dice Cuenca-, y se reprodujo en el derecho moderno, extendiendo sus alcances a la revisión de sentencias. La *restitutio* configuró un verdadero proceso de impugnación que se fue moldeando con la interpretación judicial. De aquí se derivaron una serie de acciones que se proyectaron como recursos autónomos (v.gr.: revisión, rescisión). En sus inicios la impugnación operaba en dos fases: una primera se cerraba con el derecho del pretor que atendía el juicio de rescisión (*iudicium rescindens*); y otra posterior que anulaba la sentencia viciada (*iudicium rescissoriae*).

Durante el imperio apareció otra nueva vía de ataque contra los pronunciamientos firmes, la *supplicatio*, por medio de la cual se recurría ante el Emperador solicitándole la *retractio* de las providencias injustas, a través de la revisión del juicio.

Este medio de impugnación va a terminar por unificarse con la *restitutio*, completándose la integración en la legislación estatutaria, y luego en el derecho común.

En el siglo XII se da forma a la *querella nullitatis* como recurso de revocación contra las sentencias.

El derecho estatutario había demostrado que aquellos pronunciamientos jurisdiccionales viciados por errores de procedimiento, naturalmente, eran inexistentes, razón por la cual no se hacía necesario precisar los remedios que anularan la sentencia porque se consideraba que ella no era susceptible de pasar en autoridad de cosa juzgada.

En cambio, aquellas decisiones formalmente defectuosas necesitaban de la actividad judicial para variar su resolución. El pronunciamiento existía, y para provocar su anulación, se recurrió a la *querella nullitatis*.

Esta institución se conserva en el derecho canónico con particularidades procesales que la definen como un verdadero medio de impugnación.

Calamandrei ha sostenido que en el ordenamiento adjetivo italiano pervive la querella de nulidad, no como adaptación a la sentencia absolutamente nula de la general acción declarativa de nulidad (*actio nullitatis*) sino como específico medio procesal para impugnar ante el Juez superior la sentencia anulable (*querella nullitatis* del derecho común), adoptando el nombre de apelación. En el derecho vigente, esta diferencia de estructura entre querella de nulidad y apelación no existe ya en la mayor parte de los casos; pues, aunque la sentencia esté viciada por una de las irregularidades formales que producen anulabilidad (en el sentido del art. 161), el Juez de apelación entra directamente a conocer del mérito, sin necesidad de pasar a través de la fase preliminar del *rescindens*.

Prácticamente todos estos medios de impugnación fueron asumidos en la legislación de *Partidas*, concibiendo una vía autónoma de revisión de trámite procesos diferente según fuera interpuesto como acción, excepción o recurso. La crítica podía dirigirse hacia el error de conformación del Juez respecto de los hechos del pleito y, en su caso, observar dicha defección en la falsedad testimonial, documental u otra cualquiera (Parry).

El principio general se basa en que podían revisarse las sentencias ejecutoriadas en cualquier tiempo y en beneficio del patrimonio del Rey (*Partida III, Título XXII, Ley nº 19*).

Las leyes sucesivas que se fueron dictando no fueron todo lo precisas que sus antecedentes, al punto que suele marcarse en la confusión el hito de partida en la discusión doctrinaria acerca de la supervivencia o no de la *senda retractaria de la cosa juzgada* (Hitters).

La Ley nº 2, Título XVII del Libro IV de la Recopilación Castellana establecía que: "*Si alguno alegare contra la sentencia que es ninguna (nula) puédalo decir hasta los sesenta días desde el día que fuere dada la sentencia; y si a los sesenta días no lo dijera, no sea oído después sobre ésta razón; y si en los sesenta días dijera que es ninguna y fuera dada sentencia sobre ello, mandamos que contra esta sentencia no puede alguna de las partes decir que es ninguna, mas puede apelar la parte que se sintiere agraviada; y no puede ser puesta excepción de nulidad dende en adelante contra las sentencias que sobre ésta razón fueren dadas por alzada o suplicación y esto porque los pleytos tengan fin*".

Luego, en la Recopilación de Indias se leerá que: "*Los Jueces ordinarios y en comisión no conozcan de causas pasadas en cosa juzgada*" por lo que..."*mandamos que ningún Oidor, Gobernador, ni*

otro cualquier Juez de Comisión, así de los proveídos por Nos, como de los nombres por los Virreyes, Presidentes y Audiencias, no puede conocer ni conozca de ninguno negocios, ni causas civiles o criminales estando sentenciadas, y pasadas las sentencias en autoridad de cosa juzgada; y si contra dicho conociere, actuare y sentenciare, sea nulo y de ningún valor y efecto".

Según Hitters, ambas disposiciones generaron interpretaciones diversas, pero la síntesis ha razonado que "en el antiguo derecho español los vicios del dispositivo sentencial no sólo podían enmendarse por excepción o por recurso, sino también por vía de acción, luego de que el fallo quedara firme.

El derecho germano basaba el imperio de la decisión judicial en la voluntad divina, de modo que toda sentencia era irrecurrible por dicha calidad, y además por provenir de la Asamblea del Pueblo.

No obstante se toleraban dos formas de revisión extraordinaria: la *supplicatio* y la *restitutio in integrum*; instrumentos de impugnación que habían sido tomados del derecho romano y que fundaban su procedencia en los principios de justicia y equidad.

El breve recuento histórico halla otro jalón importante en el derecho intermedio y en especial en la antigua legislación francesa.

La justicia feudal reconocía una última palabra en la autoridad del Rey, en cuyo nombre se daba el Poder Jurisdiccional. Con las *letrés de justice* se concebía un remedio extraordinario de gravamen por el que se invocaba un grave error de los Parlamentos, solicitándose una nueva tramitación de la causa. Si el recurso prosperaba, los *maîtres des requêtes* libraban al interesado una orden del soberano para que el Consejo Real (y a partir de la Ordenanza de 1830, el mismo Parlamento que había pronunciado la sentencia) revisara el fallo dictado.

Para Véscovi, a partir de la *requete civile* se origina el recurso de revisión, hoy vigente.

3. Derecho comparado

En el derecho comparado se pueden encontrar tres modelos de oposición a la cosa juzgada fraudulenta: a) mediante *recurso*, b) a través de la *intervención en juicio* y, c) generando una *nueva acción*.

El proceso de revocación de la cosa juzgada fraudulenta, a través de la vía recursiva, puede tener origen en la *base 19* que dio la Ley del 21 de junio de 1880 para la Ley de Enjuiciamiento Civil española, constituyendo el artículo 1796 de la norma de 1881.

El inciso 4^o dice que: "*Habrá lugar a revisión si la sentencia firme se hubiera ganado injustamente en virtud de cohecho, violencia u otra maquinación fraudulenta*"

Sin embargo, afirma Guasp que, en el derecho español existe un instituto de derecho material que desdibuja al instituto procesal como el auténtico remedio, al punto que suele denominárselo alternativamente como recurso o como demanda (art. 1803). Agrega el autor que, en su opinión, es un verdadero recurso de revisión

porque se dirige a la impugnación extintiva de la autoridad procesal de un fallo, mediante el cual las sentencias firmes son sometidas a la crítica de su contenido (*iudicium rescindens*) por motivos taxativamente determinados, que en caso de revocación permiten la apertura de un nuevo debate sobre la materia ya decidida (*iudicium rescissorium*).

En Italia, también encontramos una forma de revisión mediante recurso. Los motivos de revocación saben de antiquísimos precedentes en la *restitutio in integrum* del derecho romano, en la *requête civile* del derecho francés, y en la *proposition d'erreur* del antiguo derecho galo.

Se distinguen tres figuras de revocación: 1) *ordinaria*, que impide a la sentencia pasar en autoridad de cosa juzgada; 2) *extraordinaria*, que se deduce luego de haber consentido la sentencia, y 3) *revocación del Ministerio Público*, en los casos en que la sentencia se haya pronunciado sin haber sido escuchado; o cuando el fallo es el efecto de colusión entre las partes.

Los motivos de revocación son taxativos, y se da:

a) "*cuando la sentencia es la conclusión del dolo de una de las partes en daño de la otra: art. 395 n° 1*".

b) "*Si se ha juzgado en base a pruebas reconocidas o como quiere que sea declaradas falsas después de la sentencia; o bien que la parte vencida ignoraba haber sido reconocidas o declaradas tales antes de la sentencia: art. 395 n° 2*".

c) "*Si después de la sentencia han sido encontrados uno o más documentos decisivos que la parte no ha podido producir en juicio por causa de fuerza mayor o por el hecho del adversario: art. 395 n° 3*".

d) "*Si la sentencia es el efecto de un error de hecho resultante de los actos y documentos de la causa; existe este error cuando la decisión se funda sobre la suposición de un hecho cuya verdad es incontestablemente excluida, o bien, cuando se supone la inexistencia de un hecho cuya verdad es positivamente establecida, y tanto en uno como en otro caso si el hecho no constituyó un punto controvertido sobre el cual la sentencia hubo de pronunciarse: art. 395 n° 4*".

e) "*Si la sentencia es contraria a otro precedente que tenga entre las partes autoridad de cosa juzgada, siempre que no se haya pronunciado sobre la respectiva excepción: art. 395 n° 5*".

f) "*Si la sentencia es efecto del dolo del Juez declarado con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada: art. 395 n° 6*".

Asimismo, el sistema procesal italiano categoriza otro tipo de oposición a través del tercero, que es un símil de la *tierce opposition* del "Code de Procedure Civile" de 1806.

El artículo 404 establece que: "*Un tercero puede hacer oposición contra la sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada o, en general ejecutiva, pronunciada entre otras personas, cuando perjudique a sus derechos*"

Calamandrei ha indicado que colocar la oposición revocatoria al lado de la oposición del tercero, y no al lado de la revocación, constituyen un error de construcción que, afortunadamente, no tiene graves consecuencias.

En Alemania coexisten dos modelos de revisión autónomos entre sí. Una demanda de nulidad y otra de restitución.

La primera tiene su origen en la *querella nullitatis*; la otra en la *restitutio in integrum*. En tanto una se refiere al quebrantamiento de preceptos fundamentales referidos al procedimiento; la demanda de restitución persigue erradicar los vicios *in iudicando*, en los casos en que el material del proceso ha sido inadecuado, sea por actos punibles de los sujetos intervinientes o por variación de las circunstancias que sustentaron la sentencia (Hitters).

En la antigua legislación Lusitana se encuentran fórmulas autónomas de impugnación que parecen tomadas del derecho romano.

El instituto se regló en las Ordenanzas Alfonsinas y en las Ordenanzas Manuelinas y Filipinas que datan del siglo XVII.

Estos registros se trasladan al derecho brasileño, que a través del reglamento 737 del año 1850 enuncia en el art. 680 las siguientes causales de rescisión de la sentencia:

- 1) *Si fue dictada por Juez incompetente, o en virtud de prevaricato o cohecho;*
- 2) *si fue pronunciada en contra de normas expresas del derecho de fondo, y*
- 3) *si fue proferida en virtud de documentos declarados falsos.*

En 1939, dictado el "Código de Proceso Civil" se regula la forma autónoma de revocación bajo el título "*Da ação rescisória de sentença*"; régimen que se mantiene en el actual ordenamiento procesal.

En América Latina, el nuevo código procesal de Perú sostiene en el artículo 178: "**Nulidad de la cosa juzgada fraudulenta.** *Hasta dentro de seis meses de ejecutada o de haber adquirido la calidad de cosa juzgada si no fuere ejecutable, puede demandarse, a través de proceso de conocimiento, la nulidad de una sentencia o del acuerdo de las partes homologado por el Juez que pone fin al proceso, alegando que el proceso en que se origina ha sido seguido con dolo, fraude, colusión o afectando el derecho a un debido proceso, cometido por una, o por ambas partes, o por el Juez, o por éste y aquéllas*".

"Puede demandar la nulidad la parte o el tercero ajeno al proceso que se consideren directamente agraviados por la sentencia, de acuerdo a los principios exigidos en este Título".

"En este proceso sólo se pueden conceder medidas cautelares inscribibles".

"Si la decisión fuese anulada, se repondrán las cosas al estado que corresponda. Sin embargo, la nulidad no afectará a los terceros de buena fe y a título oneroso".

Es verdad que esta norma constituye una recreación del artículo 577 del Proyecto de Código de Procedimiento (Uruguayo) de 1945 que fuera obra de Eduardo J. Couture

Bibliografía

Calamandrei, Piero, *La casación civil*, tomo I, volumen 1, editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1961.

Instituciones del Proceso Civil, tomo II, editorial Ejea, Buenos Aires, 1973.

Cogliolo, Pietro, *Trattato teórico práctico delle eccezione di cosa giudicata*, volumen 1, editorial Fratelli Bocca, Torino, 1863.

Costa, Stéfano, *Il dolo processuale in tema civile e penale*, editorial Librería Scientífica, Roma, 1954.

Gozáini, Osvaldo Alfredo, *La conducta en el proceso*, editorial Platense, La Plata, 1988.

Guasp, Jaime, *Límites temporales de la cosa juzgada*, en "Anuario de Derecho Civil", fascículo II abril-junio 1948. También en *Estudios Jurídicos*, editorial Cívitas (edición al cuidado de Pedro Aragonés), Madrid, 1996.

Hitters, Juan Carlos, *Revisión de la cosa juzgada*, editorial Platense, 1977.

Parry, Adolfo, *La cosa juzgada írrita*, Revista La Ley, tomo 82 págs. 748 y ss. (sección doctrina).

Capítulo XVI

ESTAFA PROCESAL

1. Concepto

Si resultaba difícil perfilar las identidades propias del fraude y el dolo procesal, con la estafa procesal se agrega otro inconveniente.

Esta figura toma presupuestos de aquellas y, sin embargo, no es igual, aunque se les asemeje.

La estafa procesal es la perpetrada en un proceso y se distingue de su figura genérica habida cuenta que el destinatario del engaño es el juez interviniente en una causa, de quién se persigue lograr un fallo, influido por una falsedad, que lo favorezca en detrimento patrimonial de la contraparte.

Del fraude, adopta la conciencia de obrar en contra del ordenamiento adjetivo (fraude a la ley); procurando asimismo una finalidad ilícita, aunque esto sea un destino mediato. Importa aquí sí observar que es una directa agresión a la buena fe y al principio de moralidad.

Con el dolo se iguala en sus elementos subjetivo y objetivo. El primero, en tanto existe la intención de engañar sin importar si con ello va a provocar un daño o no; el restante, porque también la estafa procesal constituye una expresión concreta de voluntad.

Las similitudes encuentran, empero, una distinción común: la estafa procesal no atiende al resultado, solo tiende a concretarlo desenvolviéndose en un proceso.

Tampoco interesa la participación de un contradictor ni la agresión a terceros, en todo caso si ello sucede habrá fraude, colusión fraudulenta o dolo procesal.

En la estafa el proceso judicial es un medio y se abusa de él sometiendo con permanente engaño la voluntad del magistrado, quien llegará a un resultado injusto (disvalioso) en función del artificio que se ha desarrollado a través de la contienda de intereses.

La estafa procesal pretende, entonces, inducir a engaño al juez, reduciendo el proceso judicial a sus propios intereses, vulnerando la finalidad axiológica que está llamada a cumplir la jurisdicción

Rojas Pellerano precisa que como estafa procesal se puede entender el despojo patrimonial llevado a cabo durante el transcurso del proceso destinado a engañar al juez y obtener de él una decisión que produzca y consagre dicho despojo. Igualmente Berges y Giudice Bravo indican que los elementos que caracterizan a la estafa genérica deben repetirse en la estafa procesal, aunque con notas distintivas. La estafa procesal no es más que una común en cuanto a su estructura típica.

La Cámara Nacional de Casación Penal ha precisado, como dato de interés que “la diferencia con la estafa es que en ésta la víctima, atrapada por el ardid del estafador cede voluntariamente algo de su patrimonio, y en la

procesal, no hay tal voluntariedad, el sacrificio patrimonial surge por la compulsión que entraña la decisión judicial (C.N.C.P. Sala IV causa N° 353 “*Ruisanchez Laures, Angel*”, junio 26/996).

2. Residualidad o concurrencia de ilícitos

Al enfrentarse el proceso con uno de estos vicios que venimos comentando, inmediatamente surge resolver si la presencia de uno desplaza al otro, o bien si pueden convivir sin anularse.

Es el caso del proceso simulado, supuesto típico de la estafa procesal, donde participan también el fraude y el dolo, con sus previsibles consecuencias.

La razón de diferenciar cada tipo de desvío obedece a una simple razón de implicancias: el fraude enrostra gradaciones que van desde la culpa lata hasta el delito, por la que habrá de responderse patrimonialmente; el dolo importa consecuencia civiles y penales, sin perjuicio de las sanciones procesales específicas, y la estafa genéricamente interpretada, acarrea nulidades procedimentales, pero sus consecuencias tipifican mayormente delitos procesales.

No puede otorgarse carácter residual a la estafa, pues su tipo se integra, claramente, en dos etapas: en la primera, advirtiendo el engaño; en la segunda, aplicando los sucedáneos de la figura penal correspondiente.

Por eso, en el ámbito del proceso civil pueden concurrir varias caracterizaciones de agravio a la moralidad procesal, pero las diferencias se apuntan a sus consecuencias.

Así resulta que cuando la doctrina no busca esta derivación, por lo general analiza los supuestos de agravio a la buena fe poniendo en un mismo plano el fraude, el dolo, la estafa, la simulación, la apariencia, la mentira, etc., correspondiendo a todos como generalizaciones de actitudes temerarias y maliciosas.

En el mismo sentido pero desde una perspectiva distinta, Vescovi señala que en algunos ordenamientos existe una figura delictiva especial que se integra por la realización de ciertas formas de fraude procesal con carácter más general. El ejemplo lo constituye el art. 374 del Código Penal Italiano que prevé una figura que podríamos decir genérica para cuando la actividad colusiva, para engañar al juez, no resulte expresamente prevista en otra figura delictiva. La previsión de este delito viene a ser la culminación del movimiento doctrinario y jurisprudencia italiano, que estudió intensamente la estafa procesal como posibilidad de encuadrar ciertas figuras del fraude procesal, dentro de las prescripciones del Código Penal. No obstante ello, el establecimiento de una norma especial tuvo el efecto de reducir la aceptación de los delitos procesales tanto en doctrina como en jurisprudencia.

3. Estafa Procesal: Tipología reprimida

El fraude procesal debe distinguirse de la estafa procesal, pues ésta consiste en el hecho de quien para procurarse a si mismo o para procurar a otros un provecho injusto, pide al juez una providencia injusta, usando engaños o artimañas con el fin de inducir a error al magistrado.

Otros autores diferencian ambas figuras, haciendo notar en primer lugar que la estafa procesal es un delito de resultado (el perjuicio patrimonial) mientras que el fraude procesal es un delito de peligro, que no requiere para su consumación que el autor logre su finalidad de engañar, y menos aun que se dé una posibilidad cierta de perjuicio patrimonial.

Fontán Balestra, por ejemplo, dice que en la estafa procesal el engaño es un medio, en la desobediencia procesal es fin, que objetivamente también las pautas de distinción son drásticas, ya que no puede concebirse la estafa procesal sin que medie una acción judicial en curso, lo que sí es aceptable en el fraude procesal, y los medios empleados para engañar en este último delito sólo pueden recaer sobre los objetos taxativamente enunciados en la ley, restricción que no rige en la estafa procesal.

Carlos Creus, por su parte, agrega que, aunque estas distinciones son exactas es indudable que en ciertos supuestos ambas figuras pueden coincidir: cuando el engaño está constituido por una acción propia del art. 240 bis, no se puede sostener que la finalidad de lograr el perjuicio patrimonial de una de las partes en el proceso desplace en el autor la finalidad de inducir a engaño a la autoridad judicial – ambas finalidades no son excluyentes, sino que se complementan-; en tales casos se ha dicho que “si se comete una verdadera estafa, el título más grave prevalecerá” (Fontán Balestra); es decir, el de la estafa, lo cual es exacto no por la gravedad de la sanción, sino porque el fraude procesal queda consumido por la estafa en razón de que la conducta descrita en aquel tipo fue el medio para perpetrar este delito.

La cuestión no es tan sencilla cuando la estafa procesal ha quedado en grado de tentativa, ya que según se ha visto, la existencia de una finalidad distinta concurrente con la propia del fraude procesal no enerva a esta última, además el llamado principio de subsidiariedad tácita arrastra dificultades que a juicio de Creus, lo convierten en insostenible, y en el supuesto de ser aceptado, en el caso tendría que quedar restringido a la concurrencia del fraude procesal con otro delito contra la administración de justicia.

Por tanto, parece que lo más congruente es la aplicación del principio de consumación en cuanto el delito perfecto (consumado) consume al imperfecto (el tentado), por lo cual, en la especie será el fraude procesal la figura que prevalecerá, desplazando a la tentativa de estafa procesal (Creus).

4. Sujetos de la estafa

Las partes de un proceso judicial pueden ser sujetos activos de la estafa procesal, en tanto ambos coincidan en la intención de generar engaño.

La alteración intencional de la verdad, y no la simple mentira, constituye el ilícito, de modo tal que participará como agente de la violación todo aquel

que provoque, sistemáticamente, un artificio o una maniobra destinada a desfigurar la realidad.

Sujeto pasivo es el tribunal. Los resultados prácticos del embuste van dirigidos a mal formar el ánimo del decisor.

Silveira manifiesta que esa deformación puede no funcionar <prácticamente> sino como instrumento, mediante el cual se proponen conseguir las partes consecuencias mucho más remotas y complejas. Agrega que, "no importa: desde el punto de vista jurídico, bajo el aspecto de apreciación del vicio procesal habido, lo que surge antes que nada como fruto relevante del dolo es la desviación o deformación de la sentencia".

Cuando la estafa es emprendida por una sola parte, el sometimiento se bifurca hacia el juez y hacia el oponente, limitándose al primero, cuando se trate de proceso de jurisdicción voluntaria (dolo unilateral).

5. Estafa y mentira

Lo característico de la estafa procesal es el engaño que padece el Juez. Pero este engaño ha de constituir un artificio orquestado sistemáticamente para modificar su voluntad, la que, de otra manera, obraría en sentido opuesto al pretendido con el sofisma.

La simple mentira no tiene influencia pues la estafa no critica la violación al deber de veracidad, sino que reprime civilmente la afrenta a la jurisdicción y, adjetivamente, el alejamiento de los postulados de lealtad y probidad.

La mendacidad pasajera no alcanza para tipificar el desvío, de otra manera sorprenderíamos a las partes modificándoles el trazado de los principios de publicidad y moralidad procesal, que no exigen decir verdad sino, solamente, conducirse con honradez y rectitud.

En cambio, si el embuste, por simple y sencillo que sea, consigue decidir en la buena fe del magistrado, será preciso recurrir al dolo para advertir desde allí, si constituye la mentira una causa de revocación de la sentencia. La síntesis explica que para arribar a esta conclusión, la sentencia tendrá que ser efecto directo del error provocado.

Para Báez, el estafador puede acudir a un sinnúmero de formas para hacer valer sus designios. Para la configuración de la estafa procesal no cualquier falsedad o engaño tienen entidad suficiente para su acuñación. Berges y Giudice Bravo indican que la instrumentación de la mentira en un proceso se traduce básicamente en presentaciones o alegaciones falsas con el objeto que sean creídas por el Juez o por la contraparte. Se requiere engañar utilizando la mentira como medio para llegar a ese resultado. Agrega Núñez, que cualquiera de las partes puede timar al Juez mediante el empleo de un fraude y lograr así una sentencia patrimonial perjudicial para ella o para un tercero. Pero, las simples afirmaciones, negaciones o deformaciones de la verdad sin sustento probatorio alguno, no configuran el ardid o el engaño necesario para que sea delito de estafa.

Ha dicho Báez que en toda controversia sometida a la autoridad judicial, especialmente en los procesos civiles o comerciales, las partes niegan falsamente los hechos de la contraria o efectúan

afirmaciones también mentirosas con el propósito de engañar al Juez. Una u otra, evidentemente, falsean la realidad. Es más, aquella que desconoce los hechos, lo que ocurre en general al contestar el traslado de la demanda, se cumple con un imperativo procesal. En efecto, el propio ordenamiento civil adjetivo establece que *“en la contestación opondrá el demandado todas las excepciones o defensas que según este Código no tuvieren carácter previo. Deberá además: 1) reconocer o negar categóricamente cada uno de los hechos expuestos en la demanda, la autenticidad de los documentos acompañados que se le atribuyen y la recepción de las cartas y telegramas a el dirigidos cuyas copias se acompañan”*. Pero cuando tales alegaciones o afirmaciones se realicen con la certera convicción que son falsas no han de configurar el ardid que le da cimiento a la estafa procesal. Para que ello ocurra, debe apoyarse en medios probatorios fraudulentos. Para que las mentiras salgan del plano de la impunidad —e ingresen en la esfera delictual— deben poseer una entidad tal que venzan el contralor del magistrado o de la otra parte. Agrégase a lo expuesto, que el Juez no falla en base a las alegaciones de los legitimados procesales, sino en las probanzas que ellos mismos aportan.

6. Estafa y error

El error es, un juicio equivocado. Savigny, demuestra que la diferencia con la ignorancia radica en que, en el error, la idea de la realidad de las cosas está oscurecida y oculta por un pensamiento falso y, en la ignorancia, hay ausencia de una idea verdadera, pues se puede muy bien no tener ninguna noción sobre una cosa sin poseerla falsa, aun cuando sus defectos jurídicos sean absolutamente idénticos, y aclara que en verdad la ignorancia en su más alta generalidad expresa dicho estado defectuoso de concepto.

Señala Molinaro, que es preciso que la víctima haya sido inducida a error no bastando que hubiese caído en el por su propia torpeza. El aprovechamiento del error ajeno, para lucrar un beneficio patrimonial ilícito, no constituye el delito de estafa.

En la estafa procesal el magistrado conoce en una circunstancia disfrazada; los hechos pueden ser o no veraces, pero sus efectos son modificados al punto de variar decisivamente la consecuencia final idónea o normalmente esperada.

El proceso es una maquinación que marcha sobre la concreción del equívoco que se requiere realizar.

Ahora bien, para que el error anule los efectos del acto, se precisarán ciertas condiciones. En primer lugar que sea esencial; que, como el dolo, resulte ser la causa principal que modifica el entendimiento del Juez, descartando el error accidental que deviene irrelevante. Para el Juez el error no debe serle imputable, pues de otro modo el ilícito obraría en su contra, en tanto a aquél le corresponde actuar en el proceso con la debida suficiencia, pericia y prudencia, que se presume presente en su saber. Finalmente ha de ser decisivo, de modo tal que el error del Juez constituya el fundamento de la decisión (ámbito del dolo) y el proceso pergeñado haya conseguido burlar la justicia (estafa procesal).

En cambio, Podetti piensa que “el error no puede tolerarse en el proceso como vicio, pues las partes no pueden ser negligentes en la apreciación de las circunstancias de hecho que fundan sus decisiones; de lo contrario, todo contradictor podrá invocar la existencia del error, y procurar subsanarlo, dilatando el proceso desmesuradamente y generándose la inseguridad”. Por el contrario Berizonce no encuentra inconvenientes en la recepción, variando el enfoque al advertir que se trata de dolo procesal, consistente en transformar el error procesal en error judicial. Irurzún, Luque y Rossi, enseñan que el mero error judicial no configura estafa procesal. Solo lo será si convergen en el hecho los elementos de la estafa genérica, a la sazón, el ardid o engaño el error y la disposición patrimonial perjudicial.

7. Casos de Estafa Procesal.

a)- En el Derecho Penal:

1°) *Usurpación*: delito que puede caracterizarse, por ejemplo, cuando se inviste la calidad de inquilino de un fundo, siendo en realidad usurpador, y se requiere la colaboración judicial para evitar ser desposeído (vide: J.A. 951-II-581).

2°) *Defraudación*: aquel que invocando derecho de retención busca la declaración de propiedad de bienes mal habidos. Hecho que puede extenderse al juicio de usucapión.

b)- En el Derecho Procesal:

1°) *Nulidad matrimonial*: aprovechando el régimen propio de nulidades, se abusa del proceso creando causales que anulan el matrimonio en franca complicidad de las partes.

2°) En *materia sucesoria*: la apertura del juicio de transmisión de bienes iniciado por el indigno (art. 3296 del Código Civil).

3°) *Petición de quiebra*: por quien no resulta acreedor de la empresa, y desenvuelve una ficción para distraer los bienes de aquélla en desmedro de los verdaderos acreedores.

4°) *Insolvencia Fraudulenta*: con sus derivaciones penales.

5°) *Beneficio de litigar sin gastos*: deducido por quien, en realidad, cuenta con bienes suficientes para afrontar los gastos de justicia.

En todos estos supuestos, no podemos olvidar que el principio, válido también en el derecho privado, es que nadie puede adquirir derechos dolosamente; pero ello no excluye la posibilidad de interponer demandas en tanto se encuentren los presupuestos procesales de andamiaje. En este aspecto prevalece el principio de que a nadie puede prohibírsele realizar actos sancionados por ley bajo determinados presupuestos; estando dados los mismos.

8. Creación artera de situaciones procesales.

Se trata de demostrar cómo el litigante artero, valiéndose del proceso (abuso procesal), promueve en su favor una determinada situación sobre bases absolutamente capciosas con el fin de generar una consecuencia en el nuevo estado creado artificialmente.

Zeiss ha observado, los supuestos de creación artera de situaciones jurídicas procesales constituyen un fraude a la ley cuyo rastro puede hallarse en determinadas operaciones dentro del marco de interpretación de la ley.

Así como las situaciones de abuso de derecho permiten una casuística francamente diversa en cuanto a alternativas, otro tanto sucede en estos casos, donde el ordenamiento procesal concede aptitudes y procedimientos que, ejercitados legítimamente, no obstante avanzan en un plano de capciosidad espúrea que merece repudio.

En el derecho Romano, Ulpiano había llegado a reglar que “porque se comete fraude contra la ley cuando se hace aquello que la ley no quiso que se hiciera y que no vetó hacerlo; y cuando dista lo explícito de lo implícito, tanto dista el fraude de aquello que se hace en contra de la ley”.

De este modo, la arteria se convierte en una ficción legal tolerada en la etapa del proceder, en tanto esconde o disfraza la realidad. Usurpa la norma jurídica abusando de sus consideraciones y provoca actividad jurisdiccional inidónea por el resultado, pues éste se ha generado sobre bases superficiales o mendaces.

Si interpretamos con Esser estas deducciones, llegaríamos a la conclusión de que este tipo de situaciones constituye abuso de derecho institucional, que consiste en aplicar una norma de contravención a su finalidad o función.

Pero de ser así, ¿en qué se diferencia el fraude a la ley del abuso institucional del derecho? Hemos de coincidir con Zeiss en que “solo en que a la persona que invoca la aplicabilidad de una norma favorable (caso de creación capciosa de la figura) o la no-aplicabilidad de una norma agravante (caso de la elusión de la figura), el pretendido derecho no le compete en realidad conforme al tenor de la norma, sino que ella misma fragua o evita los correspondientes presupuestos; actúa con vistas a eludir la norma. En cambio, el que invoca una facultad “aparente” encuentra ya servido el supuesto de hecho, el fraude se reduce a un abuso institucional”.

A modo de muestreo de las diversas posibilidades que el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación ofrece, brevemente se citan algunas posibilidades de la figura comentada:

1º) *Medidas Cautelares*: el proceso cautelar permite al aprovechado ejercer ante la jurisdicción una pretensión de garantía que, en el caso del embargo preventivo, y aun cuando su derecho sea “verosímil”, puede generarlo con el mero propósito de ocasionar un daño injusto; vejar al adversario o causarle molestias, sabiendo o debiendo saber que lo petitionado no es arreglado a derecho, o, en su caso, que los bienes pertenecían a un tercero.

2°) *Obtención de la Competencia*: Caso hipotético presentado cuando no dándose ninguna de las alternativas de los arts. 1° (prorrogabilidad) o 5° (selección de territorio) del Código Procesal, se promueve un proceso en extraña jurisdicción, con el fin de obtener un domicilio constituido donde provocar otros actos procesales.

3°) *Beneficio de pobreza*: con el fundamento mendaz expuesto recientemente. La doctrina en este aspecto se muestra coincidentemente contraria en tolerar este abuso, señalando que el beneficio de litigar sin gastos no puede utilizarse como un arma, mecanismo o vehículo de presión al adversario.

Bibliografía

Baez, Julio César, *Lineamientos de la estafa procesal*, editorial El Foro, Buenos Aires, 2001.

Berges - Giudice Bravo, Carlos, *La estafa procesal*, editorial Lerner, Córdoba, 1969.

Condorelli, Epifanio José Luis, *El abuso del derecho*, editorial Platense, La Plata, 1971.

Del abuso y la mala fe dentro del proceso, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1986.

Creus, Carlos, *Delitos contra la administración pública*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1981

Fontan Balestra, Carlos, *Tratado de Derecho Penal*, editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1969 (tomo VII).

Iruzun, Víctor y otros, *El ardid en la estafa con cheque sin fondos...*, editorial Lerner, Córdoba, 1969.

Millán, Alberto, *Reforma al Código Penal*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1983.

Nuñez, Ricardo, *Injusta petitito, falsedad ideológica y estafa procesal*, en *La Ley* 1951, p. 63

Podetti, J. Ramiro, *Teoría y técnica del proceso civil*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1942

Rojas Pellerano, Jorge, *El delito de estafa y otras defraudaciones*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1983.

Silveira, Alipio, *La buena fe en el proceso civil*, en *Revista de Derecho Procesal*, año V, n° 2, editorial Ediar, Buenos Aires, 1947

Solari Brumana, Juan A., *Un aspecto del beneficio de litigar sin gastos*, J.A. 977-IV

Véscovi, Enrique A., *Fraude procesal: sus características, configuración legal y represión*, *Revista de Estudios Procesales*, n° 2, Rosario, provincia de Santa Fe. Argentina

Zeiss, Walter, *Dolo Procesal*, editorial Ejea, Buenos Aires, 1976.

Capítulo XVII

DOLO PROCESAL

1. Definición

El Código Civil Argentino -art. 931- define el dolo como "*toda aserción de lo que es falso o disimulación de lo verdadero, cualquier artificio, astucia o maquinación que se emplee con tal fin*".

El término comprende diversas acepciones que varían según el alcance que se les otorgue. Así puede referirse al incumplimiento de obligaciones contraídas; a la intención de cometer actos ilícitos (art. 1072); a los actos lícitos como uno de los vicios de la voluntad para su anulación; o bien, puede relacionarse con el fraude (art. 961), la simulación ilícita (art. 957), o la mala fe.

En el derecho procesal puede utilizarse esta caracterización pero, de hacerlo, nos limitaremos a encontrar el elemento subjetivo que compone una de sus facetas.

El dolo en el proceso se integra con otro elemento: objetivo, que consiste en la expresión externa de la voluntad concretada en un acto procesal.

Bajo el primer aspecto, comprendemos la voluntad viciada que prolonga sus efectos al campo civil y penal.

Según Pothier: "dolo es toda especie de artificio de de que se vale una persona para engañar a otra".

El restante componente importa la particularidad de buscar través del proceso sorprender a su adversario; engañarlo con un finalidad determinada; provocar el error -con las diferencias que apuntamos más adelante-; y lo que determina la característica más importante que es la *intención de provocar daño*.

Dice Silveira que en esto radica su diferencia con el fraude. El dolo acarrea siempre, en sus elementos subjetivo y objetivo, un comportamiento destinado a dañar un interés ajeno; en cambio, el fraude a la ley, es un instrumento -proceso, o negocio- con el que se quiere eludir una norma imperativa, sustrayendo a su mandato o prohibición, una conducta concreta. Pueden tener en común el empleo de medio engañosos, que por lo demás representan un trazo accidental y contingente. Pero tienen diferencias pues en el dolo queda fuera la idea de eludir una norma imperativa, mientras que en el negocio o proceso fraudulento, las partes no obran con ánimo de dañarse una a otra.

Desde el prisma del principio de moralidad en el proceso atenderemos la conciencia o intención del agente que provoca la actuación dolosa; para completar la caracterización de dolo procesal habremos de interpretar la conducta explícita, corporizada en actos procesales determinados.

Por eso -dice Carranza- no basta con la intención de dañar, es preciso el acto consecuente: la conducta del individuo, pues así como ella es

un compuesto inescindible de alma y cuerpo, así también el dolo es un compuesto inescindible de intención y conducta.

2. Diferencia con otras figuras

Sabido es que las variables de la malicia procesal se diferencian apenas en grados, que ocultan bajo una apariencia común, diversas conductas compatibles con la idea de producir una obstrucción en el proceso.

Una primera diferencia hay que buscarla con el *error*.

Dice Ripert que el dolo es un error provocado, Por ello para apreciar si una obligación basada en el error constituye dolo, es preciso tener en cuenta la naturaleza del contrato, las relaciones de las partes y la confianza recíproca que se conceden. Partiendo de ésta idea se puede llegar a encontrar una causa de nulidad en la simple omisión, esto es, en el silencio guardado por una de las partes sobre un hecho que la otra ignora y que si lo conociese modificaría profundamente sus intenciones. Se expresa, en general, que la omisión no constituye dolo. No se puede sustentar un principio tan inhumano. Pero la solución cambia y la omisión se hace culpable si una de las partes tiene el deber de conciencia de hablar bajo pena de abusar de la ignorancia de la otra. Los Tribunales anularán por dolo proveniente de omisión, contratos en los cuales sólo una de las partes estaba en situaciones de conocer un hecho ignorado por la otra, y que aquélla debía honestamente revelar. Cuando el contrato supone una confianza recíproca entre las partes, la obligación de informar exactamente al contratante, se convierte en una obligación jurídica y la omisión en una causa de nulidad del contrato.

Lo importante será no confundir el dolo con el error, ni pensar que aquél queda absorbido en la aparición de éste.

El error se muestra como un vicio de la voluntad que recae sobre el objeto del negocio jurídico procesal, sobre la causa o sobre las partes que se involucran (error de hecho). Puede generar engaño en la otra parte, al punto de constituir la razón principal de su ligamiento.

Sostiene Berizonce que el error de hecho es esencial cuando recae sobre la naturaleza del acto, la persona, el objeto, las cualidades esenciales de la cosa o la causa principal del acto, afecta la validez del mismo a diferencia del error accidental.

Obvio es que si el error proviene de una negligencia de la parte afectada, se purga el vicio por aquello de que nadie puede ampararse en su propia torpeza (doctrina de los actos propios).

En suma, la distinción principal proviene de que en el dolo existe (engaño e intención de dañar. Como dice López Olaciregui, refiriéndose al principio de derecho común aplicable en la especie a los actos procesales- "es un error calificado por una causa determinativa que le imprime en algunos puntos tratamiento especial. El error es algo simple (falsa visión de la realidad), el dolo es algo complejo: la falsa visión y algo más, las acciones teñidas de ilicitud (maniobras del engañador) y reacciones por ellas determinadas (conducta del engañado).

Con la *violencia o intimidación* la distinción es más precisa.

Aun cuando se sostenga que este tipo de vicio del consentimiento no pueda surgir en el proceso por la presencia de un órgano rector, como el Juez, puede ocurrir que la amenaza constituya el móvil principal del agente que procede dolosamente.

En este caso puede colegirse con Carranza que, el *modus operandi* del agente mientras es ostensible y fácilmente advertible por el sujeto pasivo en el caso de la violencia (ejercitada prepotente e injustamente), es solapado y oculto en el dolo, tendiendo en el último caso a pasar inadvertido. Y, de otro costado, mientras la violencia obra inmediatamente sobre la voluntad, subrogándola, incluso, en el dolo actúa sobre el intelecto v sólo mediatamente sobre la voluntad.

En este aspecto, el Código Civil Alemán -art. 123- dispone que, "*quien ha sido determinado por engaños dolosos, o de una manera contraria al derecho, por amenazas, a emitir una declaración de voluntad, puede promover la nulidad de tal declaración*".

Con la *colusión fraudulenta*, el dolo se distingue en razón de las personas que intervienen. En éste, hemos visto que se requiere la conjunción de ánimo v actuación en miras a perjudicar los derechos o intereses legítimos del otro. En la colusión fraudulenta, el dolo es bilateral y se ejerce contra la jurisdicción a quien se convierte en sujeto pasivo del desvío (v.gr.: proceso simulado).

En el dolo, el afectado es la otra parte; en la simulación, un tercero. En el primero, el vicio radica en el propósito deliberado de dañar a otro; en la colusión, el ánimo ilícito se reproduce.

Con el *fraude procesal*, hemos anticipado algunos matices distintivos; veamos entonces cómo obra el proceso a su respecto.

En el dolo, el proceso se utiliza como medio de provocación a otro a quien se busca perjudicar en sus intereses. Se ejercitan sus mecanismos rituales desviándolos de sus fines específicos (v.gr.: ocultación de prueba, alegaciones falsas objetivamente dirigidas a entorpecer la defensa del contradictor, etc.). En cambio, en el fraude procesal, el desvío se opera en los mismos actos celebrados, sea dentro del proceso (fraude en el proceso) o maniobrando sus disposiciones adjetivas con un claro destino de abuso, sin mirar si se provoca o no daño a terceros o a su oponente.

Entre el *dolo* y la *estafa procesal*, la diferencia es menos precisa. Dado que ambos conllevan una ilicitud manifiesta, ambos también derivan en responsabilidades por las cuales se deberá responder.

En uno y otro caso, el proceso es utilizado con fines equívocos, sin embargo, en el dolo se busca provocar el engaño. Aquí el proceso se residualiza en un artificio

A su vez, entre *estafa* y *fraude* la distinción es de grado. En ésta se sabe objetivamente que se desvía la tésis procesal; en aquélla, el abuso es hacia otro sin atender la desubicación axiológica de la jurisdicción.

3. Antecedentes

Existía en el derecho romano una acción destinada a revocar los efectos de una decisión cuando había sido obtenida mediante astucia o engaño.

Puede que haya sido Aquilio Galio en el año 66 AC quien haya originado tal procedimiento, el que inicialmente, tuvo carácter penal pues la responsabilidad civil debía obtenerse mediante las acciones *rei persecutorias*.

El Digesto dispuso que la acción por dolo fuera promovida contra los que con astucia perjudicaban a otros (v.gr.: quien vende un esclavo envenenado, o realiza mejoras en un fundo improductivo y lo vende para la producción agraria, etc.).

Destaca Cuenca, citando a Labeón, que "puede haber dolo sin simulación y al contrario, simulación sin dolo", de esta manera comenzó a diferenciarse entre el dolo bueno y el dolo malo: "El dolo malo es toda astucia que se hace para perjudicar, engañar o sorprender a otro" (*Omnem calliditatem, fallacium, machinationem, ad circumveniendum fallendum desipiendum alterum adhibitan*)

Contra este tipo de argucia procedía la acción en cita; en cambio no lo era cuando en el caso se entendía de aplicación el dolo bueno (v.gr.: propietario o comerciante que vende su mercadería promoviendo a ésta con merecimientos inexistentes).

Tiempo después el *dolus* se utilizó como premisa para sancionar la transgresión a la norma jurídica.

Posteriormente -agrega Cuenca- durante la República en época de Cicerón y hasta comienzos del Imperio, el dolo es todo acto contrario a la buena fe. Ya en el derecho clásico, será sinónimo de mala fe y en esta dimensión se reglará la *actio doli* y la *exceptio doli mali*.

Expresa Sohm que ésta es la excepción romana por excelencia, instrumento procesal que, hábilmente manejado por juristas, con la mira puesta en la equidad, va desalojando de sus posiciones al tradicional derecho estricto. Se distinguen en la *doli mali* dos aspectos: especial y general. Por el primero esta excepción puede suplir y sustituir a otras excepciones como la *exceptio metus* (el que contrata por miedo) y la *exceptio pacti* (pacto de no pedir o cobrar) y se llama *exceptio doli specialis* porque contrarresta hechos concretos como la amenaza o la deuda perdonada. Por el segundo, de una manera general, el juez recibe del magistrado en fórmula, la orden de averiguar todos los hechos de los cuales puede deducirse que el actor obró de mala fe, y se llama *exceptio doli generalis*. En este último aspecto general el Juez debe averiguar si hubo dolo no sólo en los hechos que motivan la demanda (*si dolo factum sit*) sino también en el hecho mismo de demandar (*si dolo fiat*) cuando reclama cosas que está expresamente obligado a restituir.

Con Celso, aparece por primera vez la gradación de la culpa, distinguiéndose entre la "culpa en abstracto" confrontada con la conducta del hombre, y la "culpa en concreto", observada en un determinado momento de la vida.

En el Digesto la responsabilidad subjetiva adquiere tres grados: en el *casus*, daño por azar; en el *dolus* intención de dañar y en la culpa, daño por negligencia.

El *dolus malus* tuvo así una evolución significativa que le valió una triple naturaleza procesal: como acción personal, que se podrá dirigir contra el autor del acto doloso y sus herederos; como excepción en los términos antes anotados, y como fundamento de la *restitutio in integrum* que podía ampliarse aun contra terceros que de buena fe se hubieran beneficiado con la operación dolosa.

La *restitutio ob dolum* era ejercida allí donde no cumple su rol la *actio doli mali*. Zaccarias sostiene que la *restitutio ob dolum* será más ventajosa en los casos en que el doloso sea insolvente y un tercero se haya aprovechado del dolo.

Tal como se aprecia, para interpretar el dolo procesal en el derecho romano, se requiere la existencia de perjuicio, el que se representa con la pérdida o disminución del patrimonio o en la afrenta moral.

4. Proceso judicial y dolo

Nuevamente aquí el derecho sustantivo lo utilizamos para suplir el déficit normativo procesal. Sin embargo, la adopción de plano de todas sus conceptualizaciones arroja peligros graves para una interpretación acabada del instituto.

Ello resulta así, toda vez que entre el negocio jurídico convencional y el proceso, surgen nítidas diferencias que no es preciso aquí destacar. Solamente corresponde observar que el juez, como tercero director del conflicto judicial, se incorpora a la relación bilateral y procura controlarla en base a principios y presupuestos constitucionales que garantizan el debido proceso adjetivo.

Basándose en esta característica, cierta parte de la doctrina considera que no es posible presenciar en el proceso la aparición de dolo (en rigor, de toda inmoralidad procesal).

No obstante, la simple constatación del estado actual de los litigios lleva a opinar que, muy a pesar del pensamiento opositor, la realidad es otra, y el proceso, en muchas oportunidades, se desenvuelve en una serie de desatinos burlones a la jurisdicción, que operan en franco ataque a los intereses legítimos de sus ocasionales contradictores, abusando de las instituciones y lesionando el alto espíritu que significa la justicia.

Por eso, apreciado el dolo procesal y presentes sus componentes objetivos y subjetivos, el daño reconocerá un lesionado directo: la parte, pero también la lesión comprenderá al tribunal, que se convierte en sujeto pasivo del ilícito.

Precisamente, en la lectura que se haga de la intención del agente activo que lleva a cabo la actitud o comportamiento doloso, se advertirá que la búsqueda final de un pronunciamiento judicial que oponer a su vencido.

Por eso dice Silveira que, el artificio gestado, ya se opere contra la contraria, ya contra el juez, siempre habrá disfrazado la verdad: tal es jurídicamente el objeto mediato del dolo.

5. Consecuencias del dolo en el proceso

El art. 932 del Código Civil indica: "*Para que el dolo pueda ser medio de nulidad de un acto es preciso la reunión de las circunstancias siguientes: 1º) Que haya sido grave; 2º) Que haya sido la causa determinante de la acción; 3º) Que haya ocasionado un daño importante; 4º) Que no haya habido dolo por ambas partes*".

Cada uno de estos requisitos se deben corresponder en su aplicación al proceso. Pero, antes de hacerlo, debe advertirse que el dolo procesal tiene un sentido más amplio que el entendido para el derecho privado, precisamente, porque la relación procesal es publicística, incorporando el interés público en la realización jurisdiccional.

Desde esta perspectiva, cabría anticipar que se comparten algunas conclusiones de Laurent, en especial aquella que considera falsa la distinción entre dolo perjudicial y dolo tolerado o admisible, pues toda mentira causa perjuicio.

La distinción, entonces, opera en el campo de los requisitos. Si el dolo presenta dos aspectos: objetivo y subjetivo, cada cual tendrá diversos señalamientos que sirven para conceptualizarlos sin independizarse; es decir, que aun cuando a ambos puedan tener necesarios principios de caracterización, para advertir el dolo procesal, siempre se necesitarán de dichos dos componentes: voluntad v actividad procesal.

Resulta así que el dolo tiene una acepción genérica indudable de vicio en el acto jurídico que por su presencia permite anular el mismo.

Sin embargo, ¿cuándo hay dolo? En principio la noción importa la idea de *calliditatis* (disimulación artificiosa), de *fallacia* (embuste, mentira), de *machinatio* (maquinación, intriga, ardid), todos unidos para caracterizar el acto ilícito.

Objetivamente el Código Civil requiere: 1º) la intención dolosa; 2º) el hecho positivo contrario a la prohibición de la ley, la incitación al error, y 3º) el daño.

En cambio, el derecho procesal agrega otro componente: la ilicitud de la actividad procesal urdida.

En este sentido, la anulabilidad del acto radica no tanto en la maniobra dolosa como sí en el error que se provoca en el ejercicio jurisdiccional.

La ilicitud del sujeto (o sujetos, cuando son varios o hay bilateralidad) constituye un elemento que primará en la consideración de sus responsabilidades civiles penales y/o procesales (sanciones), pero la buena fe procesal será medida con un criterio objetivo, eliminando las pautas subjetivas que, con

prescindencia de ciertos recaudos formales, conceden relevancia decisiva al conocimiento o desconocimiento que tenga el interesado en la realidad de una situación determinada.

De este modo, -afirma Carranza- en el derecho procesal, parece más útil considerar que la anulación del acto viciado por dolo obedece a la ilicitud del hecho, circunstancia que, en consecuencia, podría derivar en una responsabilidad civil más amplia (arts. 905, 1078, etc) que la derivada de anular por vicio en el consentimiento (arts. 510 y 521 del Código Civil), sin perjuicio, claro está, de la nulidad procesal respectiva.

6. Requisitos del dolo

La gravedad supone medir la trascendencia o idoneidad del ardid para captar la voluntad ajena, induciéndola a error.

Giorgi estima que la gravedad del dolo debe ser considerada desde dos puntos de vista: 1) en el sentido de que los artificios v los engaños sean de tal naturaleza que impresionen a una persona prudente, y 2) las maquinaciones dolosas no deben ser los disimulos o reticencias toleradas en la ley civil y consuetudinaria del comercio.

Se busca en este requisito juzgar la capacidad del engaño para inducir a un comportamiento equívoco; de manera que el vicio se absorbe en el estudio desde un punto de vista eminentemente subjetivo.

Por eso es conveniente particularizar el caso concreto sometido al análisis, sin dar fórmulas genéricas, abarcadoras, si bien existen pautas jurisprudenciales que se tienen por ciertas.

Por ejemplo, cuando se dice que "la gravedad del dolo debe juzgarse con arreglo a la condición intelectual y de cultura del sujeto que lo padece" (J.A., 1959-III, 955, La Ley 82-596, etc.).

En este aspecto, el dolo procesal procede, cuando se ejercitan maniobras destinadas a confundir al adversario, ya sea haciendo afirmaciones falsas (temerarias) o artificios dilatorios.

Es verdad que la astucia profesional permite efectuar ciertas maniobras engañosas dentro del proceso sin que ellas importen torcer la moralidad como principio. Claro que, el acto cae cuando esa astucia se vuelca al ilícito procesal, análogamente a la cuestión del dolo bueno v dolo malo, o a las consecuencias de la simulación fraudulenta o la simulación inocente.

Dice Silveira que los fines de la mentira (injuriante, dilatoria, decisoria), así como las consecuencias (ganar una causa, o incluso ganar parte de la causa) pueden servir para caracterizar su ilicitud, que no se confunde con la inmoralidad propiamente dicha.

El punto de equilibrio debe someterse a la apreciación judicial, pues a resultas del principio de dirección que cobra el magistrado en el proceso, tiene el suficiente número de facultades para corregir los desvíos operados en el campo de la lealtad, probidad y buena fe; agregándose la garantía del contradictorio como elemento que facilita el control mencionado.

No obstante, puede ocurrir que la actividad procesal dolosa sea una perfecta maquinación que alcance el resultado operado consagrando en una sentencia el fin buscado. En tal caso la corrección operará en el mismo cauce que el de revisión del proceso fraudulento, desde que son aplicables, al dolo procesal, los mismos principios explicados en el fraude.

La relación entre el artículo 931 del Código Civil que legisla sobre la acción dolosa dirigida a "*conseguir la ejecución de un acto*" y el artículo 933 *in fine*, que refiere a la omisión dolosa sin la cual "*el acto no se hubiera realizado*", muestran la causalidad requerida entre dolo y acto; causalidad que es la misma que se da entre culpa y perjuicio causado, como fundamento de la responsabilidad contractual y delictual.

El acto doloso puede motivar también una omisión de la otra parte, por ejemplo, cuando por la actividad artificiosa del dolo el contradictor se cree que no necesita cumplimentar una actividad determinada y la consiente.

He aquí, como dice Josserand, "la parte positiva de la demostración del punto de vista de que el dolo no vicia el consentimiento sino cuando ha desempeñado el papel de factor del móvil determinante, al que ha cedido la víctima al consentir, pudiendo proceder ya, en cierta forma, a la contraprueba: lógicamente, todo dolo que responda a la definición que acabamos de dar, debería implicar sin reservas ni distinción alguna, la nulidad del acto concluido bajo su imperio; se trata de la libertad del consentimiento y de la buena fe en los contratos.

Deviene así la distinción entre dolo esencial v dolo incidental, o sea *dolo causam dans* o determinante del querer y, *dolus incidens* o dolo sin el cual la voluntad se habría determinado de otra forma.

En el proceso, esta diferencia obra en comprender al dolo esencial como presente en la litis temeraria y maliciosa, interpretando al dolo instrumental en la forma como se adjetiva el acto procesal específico.

El dolo incidental no presta a la nulidad porque no es el móvil eficiente de la voluntad viciada (v.gr.: quien en la prueba confesional, miente en su favor).

Nuevamente, el requisito se ubica en la investigación de la condición subjetiva del acto, de manera que otra vez habremos de ver al juez como único intérprete de las verdaderas situaciones; él sabrá comprender dónde está la maniobra y la preparación del ardid para influir en el ánimo del oponente; es decir: la astucia que excede lo procesalmente tolerado.

En esto puede diferenciarse el dolo de la simple mala fe, la cual se analizó -al decir de Tag Eldine- en un estado de espíritu, abstracción hecha de prácticas exteriores, de cualesquiera maniobras, de toda exteriorización. En cuanto a saber en qué casos y en qué condiciones exactamente dichas prácticas v maniobras constituyen dolo, es un problema delicado que ha provocado numerosas dificultades, principalmente por las reticencias conscientes, representativas de un dolo negativo, y aun por las obligaciones engañosas.

El inciso 3º del artículo 932 del Código Civil exige que el dolo - como causa de nulidad- debe irrogar un daño importante.

Con este recaudo, en el proceso se pide que la entidad del perjuicio se cuantifique en su relación con la trascendencia del vicio; verbalizándose, en

consecuencia, la medida del interés como causa que legitima la nulidad procesal (*de minimis nom curat praetor*).

En derecho civil, el daño se pondera patrimonialmente; en el derecho adjetivo, el daño cuantifica el perjuicio procesal que se sufre, sea por la privación de la garantía a un proceso ordenado e igualitario, por la pérdida de un derecho, por la ausencia de respuesta debida, etc.; ello, sin perjuicio del daño económico que pueda padecer a través de un resultado disvalioso obtenido dolosamente.

El Código Procesal Civil v Comercial de la Nación dispone distintos pasajes dolosos en el proceso, que son reprimidos con sanciones económicas o contenidas en el precepto amplio del artículo 45. Por ejemplo: el artículo 37 que reprime el incumplimiento de los pronunciamientos judiciales condenatorios; el artículo 103, que castiga la connivencia dolosa entre tercerista y embargado; el artículo 208, respecto a la responsabilidad en el exceso por las medidas cautelares trabadas; artículo 329 relacionando la responsabilidad por incumplimiento; artículo 528, que impone multa a quien desconociese maliciosamente su firma; artículo 551, también sancionando económicamente a quien litiga en forma temeraria o maliciosa; artículo 574, estableciendo las sanciones para el adjudicatario que con alegaciones infundadas demora el pago (*idem art. 581*); etc.

Señala Silveira que el dolo es unilateral cuando es realizado por cualquiera de las partes en detrimento de la otra. Esta sólo puede obrar para destruir o contrabalancearlo. El dolo es bilateral cuando es practicado por ambas partes en perjuicio de la justicia.

El dolo puede llegar de una de las partes o ser una conflagración entre partes. La situación ofrece distintas alternativas. Lo común será el dolo directo o principal que provoca una parte a otra. A su vez, el daño lo puede generar con la participación de un tercero a quien utiliza para la maquinación y el engaño.

En este aspecto, el artículo 103 del código procesal muestra un ejemplo de esta actividad.

El dolo recíproco sustancia una especie diferente de inmoralidad, comprendida en el proceso aparente o simulado.

Aunque otros, como Pereira Braga, opinan que "una cuestión a resolver es la de si el dolo recíproco se neutraliza por efecto de la compensación. La máxima *si duo malo fecerint de dolo non agent* no se puede aplicar a nuestro derecho procesal, pues la ley impone sanción a una parte y a la otra, obligándolas a una recíproca indemnización de pérdidas y daños que deberán ser probados y evaluados separadamente. Lo que se puede compensar no son, por tanto, los dolos *in abstracto*, anulándose uno con el otro, pero sí las pérdidas y daños *in concreto* resultantes, extinguiéndose la obligación menor por compensación con igual porción en el crédito mayor, se compensarán igualmente las costas v las multas impuestas en provecho de la contraria".

Para Carranza, el amparo judicial se niega no porque los dolos se anulen recíprocamente, sino porque las dos partes carecen del derecho a la justicia, porque cada una de ellas, individualmente consideradas, "no tiene las manos limpias".

El dolo principal investiga ahora un aspecto objetivo del acto, cuál es el respeto al fin de protección del orden social.

El dolo del tercero, en cambio, aparece en el proceso como una causa de invalidación que no somete la suerte del proceso, a menos que las partes afectadas se encarguen de denunciarlo v probarlo.

Por ejemplo: connivencia entre martillero y tercero para adjudicar en subasta judicial un inmueble a precio vil.

En este aspecto se sigue la fórmula romana de no anular sin sino mediando interés, y en tanto no exista complicidad con una de las partes (conf. artículos 935, 941, 942 y 943 del Código Civil).

Obvio resulta descartar en la especie el dolo del representante pues como su calidad es de parte en estricto sentido procesal, se le aplican las correspondencias indicadas para el dolo principal.

7. Prueba del dolo

En materia de prueba, el dolo no escapa a los principios generales por los cuales incumbe la demostración del vicio a quien lo alega.

Dado que el dolo reconoce dos caras para su configuración, compuestas de condiciones objetivas y subjetivas, ha de recibirse cualquier medio de prueba, incluso las presunciones.

La jurisprudencia perfila algunas pautas directrices como:

- a) El dolo no se presume. La persona que lo invoque debe probar su existencia y que reúne las condiciones que la ley exige. La apreciación de la eficacia de esta prueba está diferida al prudente arbitrio judicial, de acuerdo con las circunstancias que califican cada caso concreto, sobre la base de que si por una parte no debe fomentarse la mala fe y el engaño, por la otra ha de cuidarse la estabilidad de los actos jurídicos;
- b) Tiene que invocarse en forma expresa, dada su gravedad y la severa prueba que requiere. No basta alegar la omisión de la buena fe en el cumplimiento de las convenciones;
- c) Si una de las partes firmó el acto jurídico que creía aparente, en virtud de medios dolosos empleados por el otro contratante, debe reclamar la nulidad y no la simulación del acto.

Con las presunciones (legales o judiciales) surge un pequeño problema: si la buena fe es presumida en el proceso, no se advierte de qué modo, también, las presunciones han de utilizarse para encontrar el dolo.

Nuestro Código Procesal no contiene una norma como la del artículo 253 del Código Procesal Brasileño (antes de su reforma) la cual determina que, en la apreciación de los indicios en materia de dolo, fraude y simulación y, en general, de actos de mala fe, el juez considerará libremente la naturaleza del negocio, la

reputación de los indiciados y la verosimilitud de los hechos alegados en la demanda y en la defensa.

Norma que se interpreta de consuno con el artículo 252 que establece que el dolo, el fraude y la simulación y, en general, los actos practicados de mala fe, podrán ser probados por indicios y circunstancias. Disposición que según Silveira constituye una prueba privilegiada.

Sin embargo, ello no impide recurrir a las potestades y deberes del juez en materia de iniciativa probatoria y, fundamentalmente, a las reglas de la sana crítica que, como principios del entendimiento humano, obran en sumatoria sin disminuir la calidad de la evidencia y sin que dichas presunciones se opongan.

A su vez, el demandado podrá resistir la denuncia de dolo con su contraprueba. Esta podrá consistir en la demostración de que el engaño no es esencial, o que no determina nulidades que obstan la buena marcha del proceso.

De ser el caso, podrá contraatacar al nulidicente alegando el dolo de aquél, supuesto que tendrá que probarse con las mismas condiciones que impone la carga probatoria.

8. Revocación del acto doloso: derecho comparado

El derecho procesal italiano admite la revocación de una sentencia en algunos casos en los que razones de equidad prevalecen sobre toda otra consideración e imponen que quede abierta una vía aunque sea exigua y estrecha, para que opere un nuevo examen de la decisión.

La revocación llega así como un medio de impugnación limitado a causales taxativamente enumeradas. Entre ellas, vinculamos a nuestra temática las siguientes:

1) *Cuando la sentencia es efecto del dolo de una de las partes en daño de la otra* (art. 395 n° 1); o de todas las partes en daño de terceros (art. 404).

El término "dolo" no es utilizado aquí en el sentido de engaño, sino en el de intención dirigida a un fin contrario a la ley. Por eso, el simple apartamiento de los principios de lealtad y probidad en el proceso no incide para resolver esta vía extraordinaria.

Se requiere un engaño subjetivamente dirigido y objetivamente idóneo para paralizar la defensa contraria y para impedir al Juez la constatación de la verdad.

La inclusión del art. 404 se entiende desde que supone colusión fraudulenta, y el vocablo "dolo" tiene la misma significación anterior.

De esta manera se prevé tanto el dolo de una parte, como el bilateral o litisconsorcial.

Chiovenda aporta algunos ejemplos de procedencia: "el falso testimonio de un testigo sobornado por la parte, o utilizado por la parte sabedora de la falsedad.

2) *Si se ha juzgado en base a pruebas reconocidas o como quiera que sea declaradas falsas después de la sentencia, o bien que la parte vencida ignoraba haber sido reconocidos o declaradas tales antes de la sentencia (art. 395 nº 2),.*

El supuesto contempla una doble posibilidad: que el Juez no haya podido servirse de prueba verdadera; o bien, que la utilizada sea falsa.

La falsedad involucra todo tipo de pruebas, a excepción del "documento del cual resulte que sobre la litis o sobre el asunto deducido en el procedimiento impugnado ha sido pronunciada una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada" (art. 395 nº 5), caso éste en que el recurso procedente es el de casación.

Tampoco comprende el juramento, cuya falsedad no da lugar a la revocación.

3) *Si después de la sentencia han sido encontrados uno o más documentos decisivos que la parte no ha podido producir en juicio por causa de fuerza mayor o por hecho del adversario (art. 395 nº 3).*

Motivo de revocación que atiende distintas circunstancias de actitudes dolosas como puede ser la ocultación de documentos fehacientes para la decisión de la causa.

El término documento comprende a todo tipo de prueba.

4) Si la sentencia es el efecto de un error de hecho resultante de los actos y documentos de la causa; existe este error cuando la decisión se funda sobre la suposición de un hecho cuya verdad es incontrastablemente excluida, o bien cuando se supone la inexistencia de un hecho cuya verdad es positivamente establecida v tanto en uno como en otro caso si el hecho no constituyó un punto controvertido sobre el cual la sentencia hubo de pronunciarse (art. 395 nº 4).

Según Liebman, estamos frente a lo que podría llamarse el "error esencial"; jurisprudencia y doctrina son unánimes en considerar que no debe tratarse de un error de juicio, sino de un error de percepción, de una inadvertencia del Juez en la consulta de los actos del proceso, relativa a un punto decisivo de la controversia.

5) *Si la sentencia es efecto del dolo del juez, declarado con sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada (art. 395 nº 6).*

Se requiere la investigación previa del dolo del magistrado, declarado con sentencia condenatoria que pronuncie la injusticia de la decisión.

El inciso corresponde a una variación legislativa que derogó la anterior posibilidad de ir contra el dolo judicial solamente para perseguir una reparación patrimonial.

No obstante, el supuesto es casi de laboratorio pues la prueba de tal desvío es de una extrema imposibilidad.

Bibliografía

- Belluscio, Augusto C. Y otros, *Código Civil*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1982 (Tomo IV)
- Berizonce Roberto O., *La nulidad en el proceso*, editorial Platense, La Plata, 1967.
- Carnelutti, Francesco, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, Buenos Aires, 1976 (Tomo II).
- Carranza, Jorge, *El dolo en el derecho civil y comercial*, editorial Astrea, Buenos Aires, 1973
- Cuenca, Humberto, *Proceso civil romano*, editorial Ejea, Buenos Aires, 1957.
- De Gásperi, Luis - Morello, Augusto M., *Tratado de Derecho Civil*, editorial Tea, Buenos Aires, 1964 (Tomo I).
- Josserand, Louis, *El espíritu de los derechos y su relatividad*, traducción de Eligio Sánchez Larios, editorial José M. Cajica (h.), México, 1946.
- Liebman, Enrico T., *Manual de derecho procesal civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, editorial Ejea, Buenos Aires, 1979.
- Pereira Braga, Joao, *Exegese do código do processo civil*, editorial Forense, Río de Janeiro, 1943 (Tomo III).
- Podetti, J. Ramiro, *Tratado de los actos procesales*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1954.
- Ripert, George, *A regra moral nas obrogações civis*, Sao Paulo, 1946.
- Silveira, Alipio, *La buena fe en el proceso civil*, en Revista de Derecho Procesal, año V, nº 2, editorial Ediar, Buenos Aires, 1947
- Véscovi, Enrique A., *Fraude procesal: sus características, configuración legal y represión*, Revista de Estudios Procesales, nº 2, Rosario, provincia de Santa Fe. Argentina.
- De Stefano, G., *Il dolo del giudice*, Riv. Diritto Processuale, 1953-1, 277

Capítulo XVIII

PROCESOS APARENTES Y SIMULADOS

1. Influencia del derecho civil

Los negocios jurídicos han sido protegidos suficientemente por el derecho civil, a pesar de que las novedades y exigencias del tráfico han modificado ciertas relaciones y aumentado los poderes de decisión en una de las partes, quebrando de alguna manera las reglas del sinalagma.

Sin embargo, el cuadro de prevenciones contra los hechos y actos jurídicos que esconden un fin ilícito ha sido una guía de suma utilidad en el resto de las disciplinas científicas, para tomar de ellas principios rectores que califican sus propias instituciones resguardándolas de los desvíos que en su seno pudieran operarse.

Así es como en el derecho comercial la acción revocatoria concursal adopta singularidades específicas del Código Civil; el derecho administrativo se sirve de él para atacar los actos irregulares, y, por fin, el derecho procesal no ha escapado a ésta orientación, con la peculiaridad que ha resignado toda característica propia, en tanto y cuanto ha permitido que la ley sustantiva regule todo lo vinculado a la simulación y apariencia procesal.

Puede ser que la remisión obedezca a una tácita aceptación de la suficiencia de la norma de fondo; o quizás porque el régimen de nulidades procesales haya sido otro mecanismo idóneo para contraatacar el fraude procesal.

No obstante, debe advertirse que, tal como se implementa la simulación en el vínculo contractual, también puede construirse en el proceso, de manera que se hace posible analizar con los mismos instrumentos de fondo los problemas que en el proceso se suscitan.

De algún modo es cierta la definición de Mosset Iturraspe al indicar que el proceso simulado no es sino un negocio simulado realizado con instrumentos procesales. Conceptos que coinciden con Couture, quien sólo advierte diferencias de forma y no de fondo entre esos casos: "*Una envoltura de carácter procesal, preparada casi siempre con la finalidad de asegurar la eficacia del fraude, separa una situación de la otra*".

2. Simulación y apariencia en el proceso

El Código Civil define en el artículo 955 que: "*La simulación tiene lugar cuando se encubre el carácter jurídico de un acto bajo la apariencia de otro; o cuando el acto contiene cláusulas que no son sinceras, o fechas que no son verdaderas, o cuando por él se constituyen o transmiten derechos a personas interpuestas, que no son aquéllas para quienes en realidad se constituyen o transmiten*".

Con este alcance, que resulta meramente enunciativo de conductas descritas en su caracterización, el proceso adapta la fórmula que, a nuestro parecer, ofrece dos alternativas: *proceso simulado*, será aquél que utilizando formas procesales desenvuelve un negocio fraudulento convenido entre partes en perjuicio de terceros. En cambio, el *proceso aparente* constituye una forma de usar los mecanismos del proceso para desarrollar válidamente un negocio jurídico que las mismas partes reconocen como cierto, aunque mediatamente lesione el interés jurídico de otros.

En el proceso simulado hay fraude con el proceso, estafa y dolo bilateral. En la apariencia hay fraude en el proceso y estafa (en tanto se engaña al juez con un motivo lícito que esconde un fin negocial ilícito).

Tanto en uno como en otro, se requieren dos elementos de ponderación: *subjectivamente*, existe una intención dirigida a concretar una situación determinada.

El vicio es de la voluntad y no sería sancionado -en el derecho procesal- si no tuviera su consecuente elemento *objetivo*: la exteriorización del acto practicado a través de un proceso.

Esta dualidad de requisitos abarca la generalización del acuerdo simulatorio y del acto simulado, respectivamente.

En cuanto a la voluntad, en el proceso simulado existe discordancia entre lo concertado realmente y la declaración; hechos que no se dan en la apariencia donde la voluntad coincide con la declaración.

Con relación a la finalidad, cuando se simula procesalmente se lo hace con la intención de perjudicar a terceros sin que el negocio elaborado pueda involucrarlos jurídicamente.

En tanto en la apariencia se identifica el objeto al pretenderse el reconocimiento judicial de un vínculo real y efectivo que traba lazos negociales entre las partes, aun cuando con ello perjudiquen a terceros.

En todo acto simulado subyace un acuerdo, un común designio de las partes de no atribuir a aquél los efectos que, por naturaleza debe producir. Como señala Larenz, las partes, de común acuerdo, producen solamente la apariencia externa de la conclusión del negocio jurídico, y, en cambio, no quieren dar lugar al efecto jurídico conectado al respectivo negocio. A esto se llama acuerdo simulatorio. En la doctrina francesa clásica, y aun en la moderna, ha prevalecido el criterio de que ese acuerdo y el negocio simulado son dos actos jurídicos diferentes, que se vinculan en el sentido de que aquél -el acuerdo simulatorio- modifica, altera o suprime los efectos del negocio simulado. En cambio, la doctrina germánica ha considerado que el acuerdo simulatorio y, el negocio simulado integran, en realidad, un acto único, cuyo contenido se neutraliza. En nuestra doctrina Mosset Iturraspe considera que el acuerdo simulatorio es un momento prenegocial del negocio simulado en sí -algo así como un contrato preliminar o preparatorio- que obliga a las partes al negocio oculto cuando lo hay. Si se tiene en cuenta que la celebración de un acto simulado responde a un acuerdo previo entre las partes, tendiente a consignar su interés, es obvio que el acto ostensible, simulado, no será más que la ejecución

del acuerdo simulatorio. El acto simulado, como tal, reconoce un 'para qué', una causa, que debe hallarse en el acuerdo simulatorio.

3. Acción de simulación

Conformado un proceso con las peculiaridades que se anticipan, quien pretenda revocarlo tiene la acción de simulación.

Manteniéndonos en los términos del Código Civil, se exige una serie de condiciones a su procedencia. En este sentido, la simulación no es reprimida cuando a nadie perjudica ni tiene un fin ilícito (art. 957 concordante con los arts. 501, 502, 953, 958, 959, 2058 y 2059 del Código Civil); tampoco la apariencia es castigada si no perjudica a terceros (art. 958 concordante con arts. 500, 501, 502 y 956 del Código Civil).

Importante resulta destacar que: "*Los que hubieren simulado un acto con el fin de violar las leyes o de perjudicar a un tercero, no pueden ejercer acción alguna el uno contra el otro, sobre la simulación, salvo que la acción tenga por objeto dejar sin efecto el acto y las partes no puedan obtener ningún beneficio de la anulación*" (art. 959 concordante con los arts. 794, 795, 953, 954, 1047, 1626, 1655 a 1661 y 2058 del Código Civil).

Aplicados estos principios en el proceso, aparecen ciertas fricciones que conviene aclarar.

En primer término, tratándose de simulación judicial donde no exista perjuicio a terceros (*in fraudem legis*) las partes no podrán contradecir la sentencia lograda, pues ir contra el disimulo significaría tanto como obrar en contra de sus propios actos (*nemo auditur turpitudinem allegans*). Inclusive, el art. 171 del Código Procesal les vedaría tal posibilidad nulificatoria en tanto ellos han contribuido con su apariencia dolosa a formar la nulidad que se pretende replicar.

Cabe preguntarse si el juez se encuentra facultado para arbitrar oficiosamente la nulidad del proceso aparente. Calogero ha explicado bien la problemática, partiendo de señalar que es necesario prescindir, por un momento, de todos los elementos accesorios que puedan intervenir para modificar el aspecto de la cosa, y considerar el dolo procesal en su más simple y necesaria sustancia. Desde este punto de vista, él no es sino un engaño acerca de una situación de hecho. Pero entonces es fácil ver que la "bilateralidad" no sólo no es un agravante del dolo procesal, sino que es precisamente su verdadera y propia discriminante. Así entendido el «dolo bilateral» no es de hecho otra cosa sino la normal esterilización del principio dispositivo, que opera en el proceso civil en cuanto las afirmaciones concordes de las partes son sin más la verdad del juez.

Al considerar la esfera del interés público como ámbito de excepción a la norma de la bilateralidad como discriminante del dolo procesal, y separándola en consecuencia del principio dispositivo; el rol publicístico del proceso, con su más severo cuidado por la verdad, procura que el juez no se desinterese de la justa composición de la litis, y puede así oportunamente intervenir para que las partes opuestas sean inducidas a una siempre mayor veracidad y lealtad.

Safontás ha considerado la necesidad de acordar a los jueces facultades discrecionales para reducir las maniobras curialescas, descubrir el fraude y deshacer los artificios.

En segundo lugar, si el proceso simulado ocasiona perjuicio a terceros, la acción podrá corresponder a la parte que quiera revertir las consecuencias, en tanto ello signifique dejar sin efecto el acto sin beneficiarse por la anulación (art. 959, párrafo final).

Esta posibilidad significa una sustancial restricción a los alcances del principio que impide alegar la propia torpeza como causa de rescisión convencional. Del mismo modo, sucede con los principios de preclusión y *venire contra factum proprium* mencionados recientemente.

Lo que ocurre es que, accediendo a la revocación por iniciativa de la parte, se soluciona de mano propia un vicio trascendente, permitiendo que el otorgante se arrepienta de su conducta contraria a derecho, en tanto con ello no logre una ventaja patrimonial a costa de terceros.

También la acción de simulación le corresponde al tercero; supuesto para el cual habrá de observarse la vinculación que han tenido con la materia del proceso.

Cuando el tercero ha participado en un pie de igualdad con las partes simulantes la acción se condiciona a los principios propios que estructuran la litis.

Si ha existido oportunidad para invocar el vicio, para denunciar el desvío, para impugnar los actos provocados, etc., el interesado se encontrará sometido a la preclusión y a los alcances objetivos subjetivos de la cosa juzgada.

Sin embargo, si el tercero fue inducido a error (esencial) y sobre este artificio se ha maquinado el procedimiento, evidentemente el dolo bilateral no podría ser consentido y aquél tendría la posibilidad de agraviarse desde que conozca la falsedad de los hechos.

En cambio, si la sentencia lograda persigue la oposición ante terceros no vinculados al proceso, todos aquéllos que hayan sido lesionados en sus intereses podrán ejercitar la acción de simulación.

En posición francamente negativa a lo expuesto se ubica Cámara, para quien la cuestión -dice- se encuentra mal enfocada por las siguientes razones: "El juicio, la relación jurídico-procesal es de derecho público, verificándose entre el juez y ambas partes contendientes, que es un vínculo tripartito. Y si las contrapartes están conformes en realizar un acto aparente no habría simulación, por faltarle un requisito esencial para su existencia, el concierto de todos los autores. El magistrado que ejerce la autoridad pública es extraño a la intención real de los litigantes, por lo cual, en lo que mal se denomina acto simulado, no hay más que reserva mental de ambas partes, debiendo aplicarse los principios conocidos de ésta. No podrá ser opuesta la restricción mental ni por las partes, ni por terceros de mala fe, para quienes la sentencia del tribunal es inatacable. Pero los terceros de buena fe podrán demostrar en juicio, por todos los medios probatorios, que la situación creada por el fallo es una simple apariencia, sin valor jurídico alguno y con el fin de perjudicarlos, para lo cual podrán hacer uso de la acción revocatoria...".

4. Negocio procesal simulado

Las definiciones elaboradas en el terreno civil y comercial alcanzan en parte para abonar una distinción necesaria para la simulación procesal.

Hemos visto que esta figura se basa en el engaño hacia terceros, encontrándose el juez entre sus perjudicados. Se finge la celebración de un acto, se lo controvierte ficticiamente en un proceso y se utiliza la decisión perjudicando intereses ajenos.

Hablamos de negocio jurídico procesal en tanto se comprometen voluntades en un sentido idéntico, aun cuando la finalidad común sea ilícita.

El hecho de que el juez no participe en la preparación del negocio, ni que se comprometa en la maquinación urdida con el proceso no priva al instituto de particularidades propias que lo nominen como un negocio procesal simulado.

Interpretar que la ausencia del acuerdo total de partes genera la imposibilidad de hablar de simulación en el proceso, es equívoco, pues desde que se reconoce en la relación procesal una concepción publicística, es evidente que la síntesis final obra en favor del interés público.

El juez no es una voluntad interesada en la concertación discutida en la litis, en el sentido de compenetrarse en el ámbito de las partes. Al magistrado le corresponde interpretar esas voluntades, abandonando su posición expectante reservada para el principio dispositivo exacerbado.

En todo caso, la voluntad judicial se considera en la sentencia y si en ella se advierte una suerte de seguimiento estricto al bosquejo mendaz armado por las partes, podrá aseverarse que se ha conseguido inducirlo en error generando el engaño el resultado esperado. O, quizás, si dicho ajuste a las pretensiones establece -presuntamente- connivencia con los contradictores, la sentencia será fruto del dolo del juez; pero, tanto en uno como en otro caso, el *prius* atiende la relación entre partes para definir la existencia de la simulación; en cambio, la actividad volitiva del magistrado es extraña a la negociación y sólo puede ser comprometida demostrando la colusión con los interesados.

Por otra parte, la sentencia alcanzada no es un acto jurídico inexistente, sin valor alguno. Pensar en ello desvirtúa la esencia misma del suceso procedimental.

En este aspecto, Aubry - Rau sostienen que "un acto que no reúne los elementos de hecho que supone su naturaleza y objeto, y cuya ausencia hace lógicamente imposible concebir su existencia, debe ser considerado no solamente como nulo sino como no efectuado (*non avenu*), constituye un error.

Aunque justo es reconocer que Cámara, considerando la simulación en la perspectiva de los actos jurídicos (civiles y comerciales), estima que "el acto inexistente como figura autónoma, no tiene función práctica alguna, sirviendo únicamente para coimPLICAR el arduo problema de las nulidades... concluyendo que "... el negocio aparente existe siempre como hecho jurídico o sea *probat rem ipsam* y produce respecto a los

contratantes efectos diversos, dependiente de su intención de considerar propia la cosa fundados en el acto ficticio".

La sentencia existe y constituye una norma individual que tiene oponibilidad propia y alcances derivados a otros. Esa existencia real, concreta, efectiva podrá desvirtuarse en una etapa posterior, pero el proceso ha sido un entuerto basado en una ficción con un resultado disvalioso, pero resultado al fin.

En tanto así se comprenda, cobrará sentido la eficacia que se otorga al negocio simulado para provocar efectos jurídicos (art. 1046 del Código Civil) y la razón por la cual se lo tendrá por nulo desde el día de la sentencia que lo anulase.

Finalmente, nuestra coincidencia con Chiovenda pues, aunque se atribuya a un acto procesal el carácter de negocio jurídico, no se afirma al mismo tiempo, que el derecho reconozca a la voluntad de la parte la misma importancia que puede reconocerse en el derecho privado; por ejemplo, el negocio procesal no se puede impugnar por las mismas razones porque se recurra un negocio de derecho privado. Puesto que en el proceso existe siempre un elemento especial que considerar que es la presencia del órgano del Estado, sobre cuya actividad, aunque ajena al negocio, se encuentra afectado en su desarrollo a través de una acción más o menos directa. Ahora bien, es de interés público, que domina todo el proceso, que la actividad del órgano del Estado sea cierta y determinada en sus resultados, y este interés podría comprometerse si en todo caso se admitiese que un defecto de voluntad en el negocio o el desaparecer su causa pudiese inferir en los resultados de la actividad pública a que dio lugar el negocio.

5. Formas de la simulación

La discordancia entre la voluntad y la efectiva declaración constituye la característica principal de la simulación; si bien es cierto que en materia procesal se encuentra arduamente debatido el tema de la voluntad en los actos procesales.

De todas maneras, asumiendo posición, estimamos que cuando al proceso se lleva un negocio debidamente concertado, en el cual las partes han convenido anticipadamente que actitudes seguir en el decurso procedimental, tal concurrencia significa una voluntad común destinada a provocar efectos jurídicos. Este obrar dirigido sería, en el derecho común, el acuerdo simulatorio.

El negocio procesal, de esta manera, se fragua, nada tiene de real; lo importante es el efecto que se persigue. Tales características lo determinan como una "simulación absoluta".

En cambio, cuando las voluntades encierran un vínculo eficaz, *"un acto serio oculto bajo falsas apariencias"* (art. 958 Código Civil), sea en lo referido a las partes estipulantes, al objeto, o a otro elemento de conjunción, el acuerdo simulatorio no basta; la apariencia que se ha gestado constituye una disimulación de lo verdadero; el engaño es el efecto principal, y lo real y auténtico permanece desconocido a los terceros. En este caso, la apariencia constituye un caso de "simulación relativa".

Hace ya varios años, la Corte Bonaerense destacó que, "El Código Civil argentino legisla tres formas diferentes de simulación que sólo pueden configurarse mediante la concurrencia de presupuestos que responden a su propia cualidad: si la simulación es *absoluta* será preciso que las partes se hayan puesto de acuerdo en crear únicamente una apariencia de acto sin contenido ninguno; si es *relativa*, en realizar verdaderamente un acto, pero bajo la apariencia de otro de naturaleza distinta; y si es por *interpósita persona*, que en el acto aparente y querido aparezca un sujeto como parte cuando en realidad no tiene este carácter" (SC Bs.As., 957-V, 304, Ac. y Sent.; en J.A. 958-M, 121).

Ejemplos respectivos serían:

a) Se simula la existencia de una deuda, completando el presunto deudor un instrumento de cambio que entrega a la otra parte para que lo ejecute y prosiga, el proceso hasta la subasta de sus bienes, con el fin de sustraerlos de su patrimonio en perjuicio de terceros acreedores;

b) Entre las partes de un proceso se llega a una transacción que se somete a homologación judicial con el fin de hacer valer sus cláusulas en contra de terceros, fingiendo que, con el acuerdo, se pone fin al pleito;

c) Intervienen interpósitas personas cuando encontrándose sometida a juicio una empresa deudora, se hace pedir la quiebra por un tercero a quien se lo vincula falsamente como acreedor, con el fin de provocar la distracción final de su patrimonio de la agresión directa de terceros.

En todos estos casos, se observa una nota común: la intención de las partes de inducir a engaño a través de un ardid premeditado. La simulación es el medio para llegar al fin ulterior, de manera que la actividad encaminada no tiene naturalmente ilicitud; ésta recién se genera en sus efectos.

Algo similar puede ocurrir en el proceso. La utilización del aparato jurisdiccional no significa ilicitud, en todo caso, habría abuso; pero, la consecución del fin querido por la vía del procedimiento no autoriza a pensar en el ilícito del proceso. Es más, a veces puede pensarse en una habilidad del patrocinio; aunque en otras roce con el dolo o el fraude. Lo actuado en el proceso se ubica en una zona intermedia entre los desvíos, y sería verdaderamente un abuso.

Calamandrei ha destacado que, en este terreno los artículos de los códigos son necesariamente mudos: el legislador inocente no ha calculado a que sutiles virtuosismos pueda prestarse en cada caso, en la táctica de los litigantes, el empleo indirecto de ciertos institutos, ni ha sospechado siquiera que puedan ellos ser utilizados como medios de estímulo o de freno, orientados a fines que van mucho más allá de lo querido o previsto por la ley.

6. Naturaleza jurídica de la acción de simulación

La jurisprudencia nacional siguiendo la tesis de Ferrara ha aceptado que la acción de simulación tiene por objeto la comprobación en vía judicial de la verdadera realidad jurídica, oculta bajo una falsa apariencia, a fin de preparar el

camino a ulteriores acciones de pago o cumplimiento que en esa falsa apariencia encontraban incertidumbre u obstáculos.

De este modo se la comprende como una típica acción declarativa, pues la pretensión se dirige a poner de manifiesto el engaño provocado en la apariencia o disimulo, siendo la anulación el objeto mediato, o el efecto siguiente de la sentencia alcanzada.

En este aspecto se diferencia de otras acciones propuestas como paralelas a la presente.

En la acción de nulidad, el objetivo radica en conseguir la destrucción del negocio concertado extinguiendo por ende todas sus consecuencias y volviendo las cosas al mismo estado en que se hallaban antes del acto anulado (art. 1050 Código Civil). En cambio, en la simulación nada se destruye, sólo se clarifica la realidad. Se pone en evidencia la verdadera intención, sin modificar los vínculos trabados.

Otro tanto sucede cuando se la confunde con la acción revocatoria, o acción pauliana, sobre todo cuando la pretensión es ejercida por un acreedor. La prontitud de ambos quizás responda a que la fuente del Código Civil en esta materia fue Chardon, quien asimilaba el vicio de simulación con el fraude.

Cámara destaca nítidas diferencias: por la finalidad se observa que "el objetivo de ambos remedios es independiente; la acción pauliana permite a los acreedores obtener la anulación de actos fraudulentos reales, por los cuales el deudor hace nacer o aumentar su insolvencia, es decir, que en estos casos se tiende a herir negocios efectivos, verídicos, consentidos por el deudor, los que han producido derechos y obligaciones, vínculos jurídicos que son desechos por esta acción, volviendo el bien transferido al patrimonio del deudor. En cambio, la situación de la acción de simulación es muy diversa, ya que entonces los acreedores no atacan un acto efectivo, destinado a producir sus consecuencias naturales, sino que al contrario, el contrato impugnado no tiene nada de real ni serio; habiéndose creado ningún acto, no han nacido derechos ni obligaciones; no queriéndose realizar ningún vínculo nada se ha producido, por lo que este acto es originariamente inexistente v por ende carente de efectos jurídicos". Por ello la acción no lo anula -ya que la nada no se puede desterrar-, sino simplemente constata su inexistencia, una vuelta a la verdad y a la realidad de los hechos.

También en las condiciones para el ejercicio de ambas pretensiones se encuentran diferencias. En la acción pauliana, sólo los acreedores anteriores al acto fraudulento que son perjudicados por la apariencia pueden deducirla, necesitando para ello la reunión de dos condiciones: el *consilium fraudis* y el *eventus damni*.

Es decir, como afirma Ferrara, que hay que demostrar que el deudor ha obrado con ánimo de disminuir la propia solvencia en perjuicio de sus acreedores. A diferencia de la acción de simulación donde basta el simple interés jurídico.

Además, el ejercicio de la acción revocatoria requiere la excusión previa del deudor; situación no exigida en la simulación.

Sin abundar en distinciones, también por los actos que se agreden, por los efectos que producen, por el término de prescripción, por los medios probatorios que se utilizan, y otros más, pueden encontrarse otras sutilezas que las diferencian.

Ahora bien, de adecuar la acción de simulación a una declaración de mera certeza, en los términos de art. 322 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, tendrá que cotejarse si existen en aquella las condiciones adjetivas de procedencia, a saber:

- a) Situación de incertidumbre;
- b) Interés suficiente para promover la pretensión;
- c) Que la ausencia de certeza le provoque al interesado un daño.

En este aspecto, en el proceso simulado -sea absoluto o relativo (apariencia procesal)- se crea entre las partes y se traslada los terceros un estado real de incertidumbre, pues la sentencia alcanzada pende de un hilo de muy pequeña traza, que se cortará ante la insinuación de su falsedad.

Objetivamente, las partes conocen la inseguridad que crean con la ficción y es probable que estimen la entidad del engaño par producir en los terceros una confianza más segura. Evidentemente el disfraz con que se vista al artificio importará en el análisis de los antecedentes de la "treta", ya de por sí preñada de peligro.

A los terceros, o a la misma parte empeñada en volver atrás los riesgos comprometidos, le corresponde demostrar su derecho subjetivo, además de probar el daño resultante de los efectos de la apariencia sufrida.

7. Acumulación con otras acciones

Al tener a la acción de simulación como declarativo y preparatoria de otro proceso con finalidad condenatoria, parece razonable privar a la pretensión de acumularse con otras acciones que sean consecuencia de lo que en uno suceda.

Así las cosas, puede interpretarse que la simulación es una acción que en forma permanente participa del carácter conservatorio; hay un daño potencial que puede, estar representado por una simple amenaza o la mera posibilidad de que algún perjuicio llegue a suceder por la decisión de otra persona.

Sin embargo, el horizonte de todos los procesos es adecuarse a un mejor rendimiento, aumentando su funcionalidad.

Basar la decisión del juicio de apariencia como medida previa a una acción de condena supone un largo y penoso camino que exigirá una doble fatiga, tanto en el primer proceso tendiente a desvirtuar el disimulo, como en el segundo que persigue las reparaciones consecuentes.

Desde que una se afirma en la otra, se colige que no hay repulsión entre las acciones sino, más bien, complementariedad; la competencia será la del

mismo juez y los trámites procedimentales pueden equipararse en un sentido más práctico.

Algunos fallos han registrado esta posibilidad, declarando que "es viable la acumulación de la acción de simulación relativa y la de reivindicación", teniendo en cuenta que "por motivo del acto simulado el accionado entró en posesión del inmueble. Lo uno sería consecuencia de lo otro; declarada la simulación las cosas deben retomar el estado anterior y el bien restituirse a quien corresponda. No hay acciones que se excluyan, en ellas intervienen las mismas partes, pertenecen a la misma jurisdicción y se sustancia por los mismos trámites amplios... la acumulación es viable" (CNCiv., Sala A, JA, 954-IV, 393).

También se ha resuelto que "quien ha demandado por escrituración de la compraventa de un inmueble puede, antes de que se falle en definitiva la causa, demandar -paralela y simultáneamente- por simulación de la venta del mismo inmueble hecha con posterioridad a un tercero por el demandado en aquella acción" (fallo citado).

La doctrina más prestigiosa se orienta hacia la posibilidad propiciada, advirtiendo -además- el inculcable aspecto condenatorio que persigue la declaratividad de la acción simulada.

No se deduce -dice Belluscio- la acción de simulación sólo para comprobar la existencia de ella, sino para evitar, para impedir, que una de las partes, prevaliéndose del negocio simulado y de los efectos que produce en virtud de su causa típica, lesione los intereses que compromete el negocio disimulado, cuando éste es, por supuesto lícito. Más allá aún, la acción declarativa de simulación puede acumularse a otras acciones de condena, de diversa naturaleza.

8. Sujetos de la acción de simulación

El interés serio, legítimo y actual constituye el único requisito para promover la acción.

Si no hay perjuicio o si la pretensión fuera deducida por un simple prurito formal, deviene improcedente.

Autores de la disimulación son aquéllos que participan del acuerdo simulatorio y que intervienen en el proceso judicial.

Sus causahabientes les continúan en la personalidad de manera que se entienden a ellos las posibilidades genéricas de demandar o ser demandados.

La simulación, inclusive, se puede mentar y concretar a través de representantes, verdaderos "hombres de paja" que conciertan fraudulentamente.

A todos ellos les cabe el ejercicio activo de la pretensión con las limitaciones que ya hemos indicado (art. 959, Código Civil).

Aquellas personas no comprendidas en estas categorías son terceros.

Ahora bien, a éstos se les exige precisar el interés que los moviliza y, por lo general, buscar en la acción un medio de reparación de los perjuicios sufridos.

Cuando el daño provocado no ha tenido un destinatario específico, o la apariencia creada no dirige sus consecuencias para alguien, la protección jurisdiccional se extiende a todos aquéllos que hayan confiado en el disimulo procesal.

A *contrario sensu*, el tercero directamente afectado asume en nombre propio la acción.

Legitimados pasivos resultan ser los confabuladores. Si son varios, la demanda tendrá que dirigirse contra todos ellos pues el caso constituye un supuesto de litisconsorcio necesario.

El recaudo se exige, en la medida que la cosa juzgada que se pretende debe alcanzar a todos quienes han de responder por el ilícito.

9. Prueba de la simulación

No escapa la acción de simulación a las reglas de la carga probatoria: quien deduce la nulidad por disimulo y apariencia, tendrá que demostrar que el proceso cumplido ha sido simulado.

La regla del *onus probandi incumbit actori*, era aplicada ya en el derecho romano, y así vemos como Sabell en su "Summa" dice: *simulatio non proesumitur in dubis, sed allegante est probanda*"; norma que se consagra después en las Leyes de Partidas -Ley 1, Título 14 Partida 3- en cuanto sostiene que, "*pertenece al demandador cuando la otra parte negare la demanda, o la cosa, el fecho, sobre la pregunta que le faze*"

Sin embargo, la naturaleza de la acción obliga a investigar sobre hechos negativos, de modo tal que lograr una acumulación de datos precisos, con suficiencia para demostrar la razón, se puede convertir en pura utopía si dichos principios probatorios no se atenúan en sus exigencias.

No se trata de variar el *onus probandi*, sino de otorgarle mayor funcionalidad sopesando los antecedentes fácticos, la conducta descripta, las consecuentes del acto, las presunciones logradas, etc., morigerando la prueba directa que, en general, puede ser de imposible producción.

Señala Muñoz Sabaté que la dificultad probatoria conduce a un *favor probationes* que consiste siempre, de un modo sistemático y casi exclusivo, en una masiva administración de presunciones las cuales por esta vez parece que tradicionalmente reciben del juzgador su paternal e indulgente bención.

Evidentemente, el contradocumento del que nos habla el art. 960 del Código Civil por lo general no es utilizado en el concierto procesal pues en éste precisamente lo querido es una apariencia absoluta, que no deje rastros de ilegalidad; intención mucho más clara si observamos que la simulación procesal tipifica el delito de estafa con sus derivaciones penales en los delitos contra la administración de justicia.

Este es el sentido predominante que orienta la doctrina, de manera que los terceros que agredan el proceso simulado tendrán una actividad probatoria plena

de funcionalidad, en la medida que no abandonen su "carga" al aporte, del demandado o a la actividad instructoria del juez.

Distinta es la situación cuando el proceso se ventila entre las mismas partes del proceso fraguado.

Para Mosset Iturraspe, con la finalidad de facilitar la demostración de lo oculto, en la lucha contra la simulación, la más de las veces ilícita, se han sentado algunas pautas probatorias de la mayor importancia: a) redistribución del *onus probandi*, b) facilidades investigatorias antejudiciales y judiciales, c) mayores poderes del Juez, facilitando su actividad inquisitoria, el recabar medidas para mejor proveer, etc., d) la eliminación definitiva de los prejuicios hipovaluatorios de la presunción *homini*, particularmente de los indicios endoprocesales, partiendo de la idea que éste es el medio probatorio por excelencia, cuando la acción es ejercida por terceros y que la prueba de la simulación tiene un síndrome característico.

Corresponde interpretar aquí si las disposiciones del Código Civil pueden aplicarse al proceso simulado, con lo cual el contra documento obraría decisivo en la averiguación de la realidad.

Antes de la reforma a la ley civil en 1968 se sostenía que la simulación sólo podía probarse con el contradocumento, tesis que se enfrentaba con otro sector de la doctrina que postulaba la permisión de todo tipo de prueba.

La Ley 17.711 incluyó un párrafo final en el art. 960 que dijo: "*Sólo podrá prescindirse del contradocumento para admitir la acción, si mediaran circunstancias que hagan inequívoca la existencia de la simulación*". Fórmula que dejó a mitad de camino una decisión precisa, pero que ha permitido a los Jueces una amplitud de criterio en la interpretación del fenómeno de la apariencia, que justifica plenamente la presunta vaguedad.

La acción de simulación propuesta por una de las partes no puede dejar de lado el principio que propicia no favorecer a quien con su conducta ilícita ha creado una situación determinada contraria a derecho.

Bajo esta premisa, la prueba de la parte debe limitarse a demostrar la razón y fundamento por la que abandona el disimulo, sin recurrir a normas jurídicas que ella misma no cumplió en la concertación (v.gr.: sería el caso de quien niega la simulación por no haber conseguido los fines propuestos).

La tésis que inspira esta prohibición se razona tanto en el *venire contra factum proprium* como en la excepción de adquisición del derecho de mala fe, que persigue como último trasfondo que no se viole la igualdad de situaciones como elemento fundamental de la justicia.

En razón de ello, pensamos que la simulación procesal como proceso a desvirtuar entre partes se debe bastar con los principios de la teoría general de la prueba, sin abastecerse en el Código Civil, aunque sus reglas sean análogas. En definitiva, los sucesos y consecuencias de la demostración serán similares.

10. El caso del art. 103 del Código Procesal

Dispone este artículo que: *"Cuando resultare probada la connivencia del tercerista con el embargado, el juez ordenará, sin más trámite, la remisión de los antecedentes a la justicia penal e impondrá al tercerista, al embargado, o a los profesionales que lo hayan representado o patrocinado, o a todos ellos, las sanciones disciplinarias que correspondan. Asimismo podrá disponer la detención del tercerista y del embargado hasta el momento en que comience a actuar el juez en lo penal"*.

La norma constituye un típico supuesto de estafa procesal donde el ardid se genera en base al ejercicio de una apariencia.

La connivencia entre las partes desata consecuencias procesales específicas que pueden ir desde la multa hasta la cancelación de la matrícula profesional (supuesto para el que tendría que intervenir el Colegio Público de Abogados).

La importancia de la disposición se comprende en la figura del delito procesal, pues el artículo, *a priori*, da por entendido que la connivencia determina un delito penal.

Al juez en lo civil le corresponde declarar la existencia de la colisión, declaración que corresponde efectuar al momento de dictar sentencia, y sobre la base de las pruebas rendidas al efecto. Recién con el pronunciamiento, se podrán remitir las actuaciones al fuero penal.

Si la causa hubiera concluido por caducidad de la instancia, no sería factible declarar dicha connivencia, pues el magistrado no valoraría el mérito de lo probado al respecto.

11. Acción revocatoria concursal y simulación

El art. 120 de la Ley 24.522 (anterior 124 de la ley 19.551) determina que: *"Sin perjuicio de la responsabilidad del síndico, cualquier acreedor interesado puede deducir a su costa esta acción, después de transcurridos treinta días desde que se haya intimado judicialmente a aquél para que la inicie"*.

"El acreedor que promueva esta acción no puede requerir beneficio de litigar sin gastos y, a pedido de parte y en cualquier estado del juicio, el juez puede ordenar que el tercero afiance las eventuales costas del proceso a cuyo efecto las estimará provisionalmente. No prestada la caución, el juicio se tiene por desistido con costas al accionante".

"La acción regulada por los arts. 961 a 972 del Código Civil sólo puede ser intentada o continuada por los acreedores después de haber intimado al síndico para que la inicie o prosiga, sustituyendo al actor en el término de treinta días días".

"En ambos casos si se declara la ineficacia el acreedor tiene derecho al resarcimiento de sus gastos y a una preferencia especial sobre los bienes"

recuperados, que determina el juez entre la tercera y la décima parte del producido de éstos, con límite en el monto de su crédito".

La norma puede dividirse en dos acciones ejercitables: la primera parte refiere a la acción de ineficacia por conocimiento de la cesación de pagos (art. 119, LQ). La segunda, atiende a la acción pauliana o revocatoria.

Se aprecia una remisión a las disposiciones del Código Civil, pero se han encontrado diferencias que pueden sintetizarse así:

- a) En la pauliana se requiere el fraude; en la concursal éste se presume siempre que se acredite que el tercero conocía el estado de cesación de pagos del deudor;
- b) En la pauliana el accionante debe probar el perjuicio que le produce el acto atacado, y en la concursal el perjuicio resulta de la cesación de pagos; y
- c) En la pauliana se persigue conjugar el daño producido al acreedor singular que la ejercita y en cambio en la concursal se procura beneficiar a la masa procurando su recomposición.

En el mismo sentido, y aunque la ley no lo diga, se acepta la procedencia de la acción de simulación si con ella se pretende recuperar un bien que el fallido ha disimulado fraudulentamente.

En tal caso, los principios explicados para la pretensión son plenamente aplicables. Inclusive -dicen Fassi y Gebhardt-, "puede demandarse por simulación y en su defecto por revocatoria concursal" en tanto "la primera tiene mayores exigencias de prueba, pero permite reincorporar a la masa un bien sin aumentar su pasivo; la segunda, menos exigente en la prueba, obliga a verificar un crédito por lo que el tercero hubiera pagado".

Bibliografía

Belluscio, Augusto C. - Zannoni, Eduardo, *Código Civil*, tomo IV, editorial Astrea, Buenos Aires

Berizonce Roberto O., *La nulidad en el proceso*, editorial Platense, La Plata, 1967.

Calógero, Guido, *Probitá, lealtá, veridicitá nel processo civile*, en Riv. Di diritto processuale civile, vol. XVI, 1ª parte, 1939.

Calamandrei, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, editorial Ejea, Buenos Aires, 1962.

Cámara, Héctor, *Simulación en los actos jurídicos*, editorial Depalma, Buenos Aires, 1944.

Chiovenda, Giuseppe, *Principios del Derecho Procesal Civil*, editorial Reus, Madrid, 1977.

Fassi, Santiago F. - Gebhardt, Marcelo, *Concursos y quiebras*, 6ª edición de Astrea, Buenos Aires, 1997.

Ferrara, Francisco, *La simulación en los negocios jurídicos*, traducción de Rafael Atard y Juan A. de la Puente, 3ª edición de Revista de Derecho Privado, Madrid, 1953.

Larenz, Karl, *Derecho justo - Fundamentos de ética jurídica*, editorial Cívitas, Madrid, 1985.

Mosset Iturraspe, Jorge, *Negocios simulados, fraudulentos y fiduciarios*, editorial Ediar, Buenos Aires, 1974 (Tomo I).

Muñoz Sabaté, Luis, *La prueba de la simulación*, editorial Hispano Europea, Barcelona, 1972.

Safontás, Simón P., *Fraude procesal*, en Revista del Colegio de Abogados de La Plata, nº 11 pagina 493 y ss.

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

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

Capítulo XIX

PROCESOS INÚTILES

1. Características

Uno de los deberes principales que debe guiar el comportamiento profesional consiste en asesorar debidamente al justiciable; aquél individuo que con su problema busca el amparo de un patrocinio idóneo que le otorgue protección y suficiencia para descargar en él su abrumadora carga conflictiva.

A veces, las dificultades de ese problema requieren de estudios muy exhaustivos; otros se resuelven con simples citaciones o encuentros amigables. Son, en definitiva, las reglas de la profesión y saber cuál es la función que se debe cumplir en cada alternativa no supone una aventura difícil.

Cada día se asiste con mayor preocupación al crecimiento geométrico de causas; la crisis encuentra distintas causas justificantes: la plétora profesional, la carestía de la vida, la lentitud de la justicia utilizada como "espera" por el deudor, etc.

Pero ¿cuántos de estos procesos jurisdiccionales tienen verdadera necesidad? La pregunta es ésta: ¿el proceso, es la única vía de solución al problema?

La provocación de la instancia genera un sinnúmero de actividades. La misma introducción al proceso encuentra que antes de llegar al traslado de la pretensión han cumplido su oficio buena parte de agentes judiciales. El dispendio de esfuerzos puede evitarse si antes de la demanda hay un momento de reflexión.

De modo entonces que considerarnos como inútiles aquéllos procesos que no conocen de alternativas posibles de solución, porque no se intentaron; aquéllos que no buscan los equivalentes jurisdiccionales: son los que se desprecupan de las vías paralelas o concurrentes al conflicto intersubjetivo.

Se caracterizan por revestirse de toda legitimidad; abastecen el interés particular y razonan la actividad del juez en tanto llevan un derecho a tutelar, un problema a resolver, y un tiempo que se va agotando en el juego de las caducidad o prescripciones.

Sin embargo, la fundamentación de la *causa petendi* importa un ejercicio de imprudencia que desborda la necesidad, del caso; se genera un dispendio jurisdiccional que trabaja para la consecución de un fin que no tiene gravitación, pues lo mismo puede alcanzarse por otros medios.

El proceso inútil es un verdadero abuso procesal; es la causante de fatiga jurisdiccional por la práctica desmedida de sus intenciones, y alimento constante del desprestigio profesional.

El fin del proceso se desvirtúa, pues aun cuando se persiga la tutela de un derecho subjetivo, de la libertad y de la dignidad humana, la actuación del derecho objetivo es innecesaria.

En este sentido, el proceso se utiliza como medio y no como generador de certidumbre.

Tal como dice Devis Echandía: "... si se concibe el fin del proceso como la simple tutela de los derechos subjetivos, se les viene a dar un contenido de interés particular y se le convierte en simple instrumento de protección a los fines que las partes persiguen, lo cual se halla reñido con el concepto moderno del proceso".

2. Presupuestos

Las diferencias advertidas entre derechos, deberes y cargas en el proceso (Capítulo 1º) ponen un punto de referencia especial a la manera como ellos juegan en la caracterización de un proceso inútil.

La actividad procesal encausada es lícita; ello no es motivo de duda. El interés existe y la resistencia en la otra parte se provoca para trabar la controversia, de modo que tampoco hay una extralimitación o "invasión en la esfera jurídica" de la otra parte.

La actividad de la parte en el proceso -dice Satta- es libre dentro de los límites en que cada acción humana es libre, o sea, en tanto no lleve a invadir la esfera jurídica de otra persona, en el caso, de la contraparte. Por la misma razón, nada tiene que ver con estos deberes de las partes, el eventual fraude a la ley que ellas persiguen, y que puede, llegado el caso, provocar la revocación.

Lo que se tiene en cuenta es que el ejercicio de la acción no ofrece utilidad a quien suscita la activación jurisdiccional.

Esta realización funcional de los intereses es exagerada; es lícita sí, pero abusiva.

Los civilistas han creado algunas máximas que reparan en este problema: *Dolo agit qui petit quod statim redditurus est* (actúa con dolo quien pide aquello que ha de ser restituido).

Esta máxima reside en la unidad de la promesa de protección jurídica que deriva de la unidad del ordenamiento jurídico civil. El *dolo agit* no es una simple exigencia económica procesal, ya que entonces no podría ser vinculado al precepto de la fidelidad jurídica. Más bien lo que ocurre es que aquí el demandante transforma su pretensión de protección judicial, de un medio para el restablecimiento de la situación adaptada al ordenamiento jurídico, en una autónoma finalidad en sí misma, impidiendo a la parte contraria el recurso a otras normas jurídicas y violando de este modo el principio de igualdad de oportunidades.

En parte -dice Wieacker- coincide la doctrina alemana con este principio; no obstante varía la conclusión considerando que hay abuso de derecho. Así Siebert dice que "está dado un abuso de derecho, por

cuanto la pretensión hecha valer no puede promover los intereses del acreedor, pero obstaculiza y perjudica en cambio al adversario de la pretensión". Conectando la "realización de intereses" con el abuso del derecho se dice que "debe sostenerse que la importancia del interés alegado no influye en la admisibilidad de una demanda judicial, pero si la insuficiencia notoria de ese interés llegare a revelar un acto de malicia de parte del demandante, debe admitirse que hay un verdadero abuso del derecho y, por esa razón, no sería ilógico declarar inadmisibile la demanda.

Algo similar sucede en el proceso. La pretensión que se incoa tiene por finalidad un hecho previsible o, al menos, con cierta seguridad de conseguirlo.

El actor que promueve una demanda de desalojo sin intimar el abandono utiliza la vía procesal como medio de causar la mora y también "usa" el proceso como actividad psicológica tendiente a influir en el ánimo del locatario.

Otro caso se daría cuando se reclama el pago de una deuda sin haber intentado vías extrajudiciales de solución o, en general, cuando la "mora" se crea recién con la interposición de la demanda.

Pero hay supuestos más extremos, como aquéllas pretensiones sin destino que, no obstante, se llevan adelante con una expectativa de crear inseguridad y aprovechar el engaño. Por ejemplo: demanda rechazada en diversas instancias, que se reitera con fundamentos distintos pero no suficientes como para variar la pretensión material.

También, cuando en ciertos pasajes del proceso, consumados por la preclusión, pretenden impugnarse retrotrayendo el estado procesal.

En realidad no hay actividad grosera para la jurisdicción, pues el derecho que se intenta se tiene; en consecuencia, tampoco sería sancionable dicho proceder. La intención es equivocada, es cierto, pero se debe ser más cuidadoso en la ponderación de la utilidad del medio, pues el derecho a peticionar es de raigambre constitucional, como lo es, también, el derecho al debido proceso adjetivo; en suma: la prudencia y la reflexión han de estar presentes a la hora de juzgar la actuación judicial inoficiosa.

Análisis del fin, calificación del comportamiento, y sentido de funcionalidad han de despertar en el Juez la serenidad respecto de la decisión a seguir.

No prestar la atención que merece este problema puede llevar a conclusiones, antaño expuestas por Calamandrei: "El pecado más grave de la ciencia procesal de estos últimos cincuenta años ha sido, a mi entender, precisamente, haber separado el proceso de su finalidad social; haber estudiado el proceso como un territorio cerrado; como un mundo en sí mismo, haber pensarlo que se podía crear en torno al mismo una especie de soberbio aislamiento separándolo cada vez de manera más profunda de todos los vínculos con el derecho sustancial, de todos los contactos con los problemas de sustancia; de la justicia, en suma".

3. Clases

Se apuntan distintos registros en el ejercicio inútil de actividades procesales; ellas son:

1) Cuando mediante ese ejercicio no se promueve la realización de un interés que tiene en mira la ley porque el resultado que se espera está ya garantizado.

2) Cuando la finalidad que se aspira no sería lograda aunque la actuación fuese exitosa.

3) Cuando lográndose el fin querido, la actividad judicial pudo ser sustituida por otro equivalente jurisdiccional.

En el primer supuesto, el requisito del interés a proteger se privilegia sobre el derecho subjetivo.

Por ejemplo: persiguiéndose la ejecución de una cláusula de un contrato que se viene cumpliendo, la imposición resulta inequitativa por la variación de las circunstancias que rodean el hecho.

En este sentido, el principio de la buena fe -lealtad y el que veda el acto abusivo imponen al contratante ciertos deberes secundarios no consignados expresamente pero implícitos en el contrato tendientes a evitar, en el caso, que el cumplimiento riguroso de alguna cláusula, sin un interés serio y legítimo para quien lo exige y con daño para el otro, conduzca a situaciones reñidas con la equidad o aparezca desviada de los fines que inspiran la norma implicada.

Dice Zeiss, a quien seguimos en el encuadre, que es necesario el requisito del *agravio* como institución para impedir el abuso institucional. De este modo, si se recurre de un fallo por el cual se había adjudicado al recurrente todo lo petitionado, se les crea tanto al Tribunal, como al adversario, una carga innecesaria sin que se perciba interés alguno en el ejercicio de esta facultad. Este proceder no es relacionado con el art. 242 BGB, el abuso del derecho, la chicana o el dolo, porque por derecho consuetudinario, se exige como presupuesto de admisibilidad del recurso, que la decisión impugnada haya causado agravio. Sin embargo, cuando falta el agravio, lo que se opone es la falta de interés legítimo, que en derecho civil pertenece a la materia del art. 242 BGB.

La conclusión es que el agravio es un instituto para combatir el abuso procesal. Estructura en la prohibición de ejecutar una facultad inútilmente (Zeiss).

Schönke incluye también la "obsolescencia procesal, situación descripta como innecesaria por encontrarse precluida la posibilidad de reparación (v.gr.: recurso deducido fuera de término; nulidad consentida y apelada tiempo después, etc.).

En un tercer escalón, puede darse el reclamo (inútil) de prestaciones accesorias que se han decidido tangencial o incidentalmente con la resolución de fondo o principal.

Cuando la sentencia se pronuncia sobre el fondo de la cuestión material, ya no existe un interés justificado en continuar persiguiendo la declaración de ese derecho -excepción hecha de omisión u oscuridad en la sentencia-; en tal situación el derecho se consagró y los problemas de interpretación son ajenos al interés.

Distinto sería si la resolución resolviera facultades procesales, pues ellas son cambiantes y pueden reincidir con características diversas.

Zeiss concluye diciendo que, si es una acción constitutiva sin derecho potestativo material está salvaguardando el resultado que hubiera podido obtenerse mediante una transformación dictada por el Juez, sin decaimiento de la causal, la demanda por abuso institucional o falta de necesidad de tutela jurídica debe rechazarse como inadmisibile.

La hipótesis siguiente reconoce también otras alternativas.

En primer lugar:

a) Si existe *imposibilidad de ejecución* por desaparición del demandado o del objeto o de la causa, la promoción de la demanda es inútil, no porque sea insustancial o baladí, sino porque la cuestión a resolver incide en una abstracción por ir tras un objeto imposible.

Obviamente el afectado es el órgano jurisdiccional, al que se somete al cumplimiento del trámite ritual sin poder paralizarlo en tanto persista el impulso procesal.

b) El interés en el ejercicio de la facultad no sería satisfecho, por cuanto la satisfacción significaría una violación inadmisibile de la cosa juzgada.

Este caso se explica en su propia presentación, y ejemplificativamente se da cuando la demanda revive hechos ya juzgados escondidos bajo la apariencia de una circunstancia distinta (proceso aparente, o fraude procesal, según corresponda).

Finalmente, el tercer supuesto, quizás sea el más corriente; obra en el ejercicio apresurado de una demanda con el fin de garantizar la percepción del honorario profesional, más que de la meditada situación de enlace entre la realidad y su solución en justicia.

No se trata de persuadir la búsqueda de la jurisdicción como remedio final, pero es de entender que el proceso es un estado patológico del conflicto: la crisis llevada a la terapia intensiva del componedor judicial. Es evidente que los sustitutos o equivalentes jurisdiccionales han venido a ocupar un nuevo lugar en los esquemas de juzgamiento al punto que, hoy día y cada vez con mayor resonancia, nos suena el dicho que "es mejor un mal arreglo que el mejor de los pleitos". Pero estos acercamientos prejudiciales se desplazan a veces hacia cuestiones de la esfera administrativa (v.gr.: reclamo previo a la aseguradora pretendiendo un resarcimiento derivado por la producción de un hecho ilícito), y otros hacia los mismos centros de colegiación (v.gr.: reclamos por honorarios impagos), y, en suma, son los medios alternativos que se ofrecen de mano propia o por cogestión provocada, cuando intervienen los nuevos métodos que hoy interesan a los procesalistas.

De lo que hablamos es de un estudio del cuadro de situación y de la reserva de la jurisdicción como última *ratio*, para que luego del intento de autocomposición -en el que el abogado debe entregarse con igual celo, saber y habilidad que el que pone en el pleito- se decida la provocación jurisdiccional.

Por otra parte, este deber de acercamiento responde a un imperativo de ética profesional (v.gr.: el art. 13 de las Normas de Etica de la Pcia. de Buenos

Aires estatuye que es deber del abogado favorecer las posibilidades de avenimiento y conciliación o de una justa transacción).

4. Modos de prevención: costas al vencedor

El proceso inútil es un proceso lícito pero abusivo, de manera que esa condición de legalidad nos subordina a las normas fundales.

Sin embargo, la corrección puede encontrarse en la institución de las costas procesales.

Quando recordáramos a Couture con su conclusión acerca de que "no todo derrotado es un *improbus litigator*", en parte memoramos la situación que se produce entre la condición de vencido y condenado. Reimundín y Sentís Melendo han encontrado en doctrina las explicaciones de ambos conceptos. Para el primero, "vencimiento y condena" son conceptos que pueden ser coincidentes pero no equivalentes y, comentando un caso jurisprudencial, llega a concluir que cuando un juez aprecia una actitud negligente de los demandantes, y aunque la razón esté de parte de ellos, la demora provocada en la producción de la prueba incide en el juez al postergar su decisión hasta el momento que el actor active la producción probatoria, de manera que puede condenarlo en costas por la negligencia, aun cuando objetivamente resulte victorioso.

Sentís Melendo, por su parte, pone la clave en el tema que nos interesa diciendo -en términos que compartimos plenamente- que la condena en costas al vencedor no puede contemplar única, ni siquiera principalmente la conducta del vencido: por muy lógica, por muy correcta que ésta pueda ser, nunca alcanzará o justificará una pena para el vencedor, si éste, con la conducta propia, no se ha hecho acreedor para ella.

En tal situación la objetividad de la condena no debe ponderar solamente el resultado del pleito, y para aplicar las costas será menester atender la conducta de los litigantes.

Así era en el antiguo derecho español que, basándose en las Leyes de Partidas (Ley VIII, tít. 22, Partida 3), consideraba la malicia, la temeridad o la culpa para deducir imposiciones en los costos del proceso.

Cabe preguntarse -se interroga Sentís Melendo- qué ocurre cuando todo el procedimiento es superfluo; como cuando después de obtenida la victoria por el demandante, resultase que la situación jurídica no difería de la antes existente: habría que convenir, entonces, en que todo el proceso ha sido inútil y superfluo, y, si la victoria del demandado se obtenía mediante alegaciones que condujeran a un pronunciamiento que dejase abierta la puerta para otro en que el demandado debiera, sin cambio de situación jurídica, resultar vencido, también habría de verse en ello un abuso del derecho, en manera alguna admisible.

Razones éstas que comulgan con los principios del art. 88 del Código Procesal Italiano que, preservando los deberes de lealtad y probidad procesal, contemplan la conducta de los litigantes (para imponer las costas) independientemente del hecho de que tenga o no razón.

Chiovenda, interpretando en Italia el suceso, estimó que las costas de los actos inútiles (o en cualquier modo culpables) estarán a cargo del que dio lugar a ellos; con lo cual se involucra a costas devengadas y causadas al adversario; doctrina coincidente con su idea de que la derrota del litigante, aunque sea objetivamente considerada, supone siempre una relación de causalidad entre él y el pleito y, por consecuencia, no siempre habría derrota y condena en costas cuando se tiene una declaración de derecho en favor del adversario.

En síntesis, en tanto la doctrina nacional es coincidente y no existen inconvenientes de orden legal, la condena en costas al vencedor en un proceso cumplido inútilmente obraría como disuasorio del apresuramiento.

A tal fin es preciso advertir que tendremos que desplazarnos del principio objetivo de la derrota para animar una calificación de carácter subjetivo.

La premisa sería que el actor no debe incoar juicios innecesarios, partiendo al efecto, como Goldschmidt, de que para la promoción de una litis debe existir una verdadera necesidad o interés de tutela judicial, pues falta la primera cuando se acusa de un modo claro que el actor posee otro camino más económico y corto para hacer cumplir su derecho; y el interés se recepte como necesidad.

5. Colofón

Todo lo expuesto debe ser cuidadosamente interpretado sin exacerbar el contenido ni dispensar un abuso de consideración que, en su caso, puede originar una alteración de garantías constitucionales.

No se trata de persuadir la inutilidad del proceso, sino de actuarlo funcional y oportunamente.

Evidentemente la promoción de una demanda que inspira una conducta de buena fe y basada en principios de corrección y lealtad socava las bases de nuestra intelección. Pero sólo con buena fe demostrada, queremos que se evada la carga económica.

Así como el artículo. 45 del Código Procesal de la Nación requiere "gravedad", en el proceso inútil también la orfandad de argumentos ha de ser ostensible al punto de injustificar la necesidad del pleito.

Tampoco al propiciar la imposición de costas, nos ubicamos en la moral de Séneca quien decía que las costas debían ascender a sumas considerables para impedir que el pueblo litigue; ello sería de una consideración prusiana y fugitiva del nuevo rol de la justicia.

Si los órganos judiciales cuentan con medios suficientes para arbitrar la buena marcha de los procesos, es elogiable que procuren sanear todo "vicio de ilegitimidad" que purgue la inmoralidad.

Por otro lado, el autocontrol de los jueces es materia de buen entendimiento, y así creemos posible encontrar el "justo medio" de la razón.

Bibliografía

Calamandrei, Piero, *Instituciones del proceso civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo, editorial Ejea, Buenos Aires, 1943.

Cappelletti, Mauro, *Acceso a la justicia*, Revista del Colegio de Abogados de La Plata nº 41

Chioyenda, José, *La condena en costas*, editorial Cárdenas, México, 1987.

Devis Echandía, Hernando, *Teoría general del proceso*, editorial Universidad, Buenos Aires, (Tomo I).

Eisner, Isidoro, *En torno a la preclusión por consumación*, Rev. La Ley, 1987-E, 400.

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 I, editorial Platense - Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1982

Morello, Augusto M. Y otros, *La justicia entre dos épocas*, editora Platense, La Plata, 1983.

Reimundín, Ricardo, *El concepto de litigante vencido a los efectos de la condena en costas*, en "Estudios de Derecho Procesal en homenaje a Hugo Alsina", editorial Ediar, Buenos Aires.

Satta, Salvatore, *Manual de derecho procesal civil*, traducción de Santiago Sentís Melendo y Fernando De la Rúa, editorial Ejea, Buenos Aires, 1971 (tomo I)

Soliloquios y coloquios de un jurista, traducción de Santiago Sentís Melendo, editorial Ejea, Buenos Aires, 1971.

Sentís Melendo, Santiago, *Teoría y práctica del proceso civil*, editorial Ejea, Buenos Aires.

Zeiss, Walter, *El dolo procesal*, editorial Ejea, Buenos Aires, 1979.

Capítulo XX

FACULTADES DISCIPLINARIAS DEL TRIBUNAL DE DISCIPLINA DEL COLEGIO PÚBLICO DE ABOGADOS

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"*.

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.

Básicamente fundan esta doctrina los argumentos siguientes:

a) *El Código de Ética dictado por el Colegio profesional en ejercicio de las facultades que la ley 23.187 le asignó, importa un texto específico, de naturaleza especial y exclusiva, que reúne la totalidad de conductas que al abogado se le vedan en la práctica y que 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 Ética-.*

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 juzgamiento ético ante el Tribunal de Ética, sin perjuicio de la responsabilidad civil, penal y/o administrativa, de la que se excluye la procesal, en la que pudiera eventualmente estar incluido dicho letrado.*

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 punitivos: 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 puede 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, omnicompreensivo, 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.

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.

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 reúnen 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.

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 Ética fiscaliza y asegura la dignidad y decoro de la profesión, incluyendo la libertad de su ejercicio.

Un meduloso trabajo del profesor Isidoro Eisner, que fuera integrante del Tribunal de Ética 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., págs. 73 y ss

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 Ética 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.

Informa Parry que, 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"*.

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.

La malicia se configura por la omisión deliberada de un acto procesal, o cuando se lo ejecuta indebidamente para que pueda producir el mismo

resultado. En general, expresa un propósito obstruccionista y dilatorio tendiente a la paralización o postergación de la decisión final que debe dictarse en el proceso.

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 Ética 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 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. 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; 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.

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 (CS, agosto 8/964, Jurisprudencia Argentina, 1964-24, 351).

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; solamente 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 arteria 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) 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; pérdida 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 Ética.

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.

Bibliografía

Eisner, Isidoro, *Sanciones por inconducta procesal y defensa en juicio*", en Rev. La Ley, 1991-A, 433.

Nuevos planteos procesales, editorial La Ley, Buenos Aires, 1991.

Geiger, Theodor, *Moral y derecho*, editorial Alfa, Barcelona, 1982.

Gozaíni, Osvaldo Alfredo, *Respuestas procesales*, tomo 2, editorial Ediar, Buenos Aires, 2000.

Parry, Adolfo, *Facultades disciplinarias del Poder Judicial*, editorial Jurídica Argentina, Buenos Aires, 1939.