MANUAL DE DERECHO PROCESAL

Teoría general del proceso

Adolfo Alvarado Velloso
Profesor de la Universidad de Rosario

Carlos Antonio Pérez Ríos
Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Instituto Pacífico

Fundación para el Desarrollo de las Ciencias Jurídicas

MANUAL DE DERECHO PROCESAL

Teoría general del proceso

Adolfo Alvarado Velloso
Profesor de la Universidad de Rosario

Carlos Antonio Pérez Ríos
Profesor de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos

INSTITUTO PACÍFICO

FUNDACIÓN PARA EL DESARROLLO
DE LAS CIENCIAS JURÍDICAS



MANUAL DE DERECHO PROCESAL
Teoría general del proceso

Autores:
© Adolfo Alvarado Velloso, 2025
© Carlos Antonio Pérez Ríos, 2025

Primera edición - Julio 2025

Copyright 2025
Instituto Pacífico S.A.C.

Diseño, diagramación y montaje:
Luis Ruiz Martínez
Georgina Varela

Edición a cargo de:
Instituto Pacífico S.A.C.-2025
Jr. Castrovirreyna 224, Breña, Lima, Perú
Central: 619-3700
E-mail: preprensa@institutopacifico.pe

Fundación para el desarrollo de las Ciencias Jurídicas
Italia 877, Rosario, Santa Fe, Argentina
fundeciju@gmail.com

Tiraje: 1000 ejemplares

ISBN : 978-612-322-611-4
Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N.º: 2025-07180

Impresión a cargo de:

Pacífico Editores S.A.C.
Jr. Castrovirreyna N.° 224-Breña
Central: 619-3720

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.
Este libro está expuesto a fe de erratas.
Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

ÍNDICE GENERAL

Nota preliminar 19
Presentación 21
Explicación previa 25
Abreviaturas 37

UNIDAD I
LAS NOCIONES PRELIMINARES

LECCIÓN 1: LA NECESIDAD DEL PROCESO: SU PORQUÉ Y SU PARA QUÉ 41

1. La causa del proceso: el conflicto y sus diversas manifestaciones (penal, civil, familia, laboral, administrativo, etcétera) 41
2. Las posibles soluciones del conflicto: importancia de los medios autocompositivos... 43
   - 2.1. Autodefensa 44
   - 2.2. Autocomposición 44
   - 2.3. La heterocomposición pública (pura o no conciliativa) 47
3. La razón de ser del proceso: su para qué 48
4. Una aproximación a la idea lógica de *proceso* 50
   - 4.1. La función del proceso 50
   - 4.2. Las nociones de *conflicto*, *litigio* y *controversia* 50
   - 4.3. La descripción del método de debate 52
   - 4.4. El objeto del proceso 54

TEXTO DE CÁTEDRA: EL PROCESO JURISDICCIONAL 56

1. Cuestión previa 56
2. Derecho sustantivo y proceso 57
3. Sobre la idea de proceso en general 59
4. El proceso jurídico 61
5. El proceso jurisdiccional 62
6. Proceso y procedimiento 66
7. Teorías 68
   - 7.1. El proceso como contrato 68
   - 7.2. Teoría de la relación jurídica 69
   - 7.3. El proceso como situación jurídica 71
   - 7.4. El proceso como institución 73
   - 7.5. Otras teorías 74
8. ¿Fines del proceso? 74

LECCIÓN 2: LA NORMATIVA PROCESAL 77
1. La materia del conocimiento jurídico 77
2. Las normas jurídicas 82
   2.1. Las normas jurídicas determinativas 83
   2.2. Las normas jurídicas estáticas 83
   2.3. Las normas jurídicas dinámicas 84
3. El concepto de *instancia* y su clasificación 85
   3.1. La denuncia 87
   3.2. La petición 87
   3.3. La reconsideración 89
   3.4. La queja 90
   3.5. La acción procesal 91
4. Las diferencias entre *proceso y procedimiento* 94
5. La creación de la norma de procedimiento: las fuentes 95
   5.1. El constituyente como creador de normas de procedimiento 96
   5.2. El particular como creador de normas de procedimiento 98
   5.3. El legislador como creador de normas de procedimiento 99
   5.4. El juez como creador de normas de procedimiento 100
   5.5. La sociedad como creadora de normas de procedimiento 100

LECCIÓN 3: EL DERECHO PROCESAL 103
1. El concepto y el contenido del derecho procesal 103
2. La unidad del derecho procesal 105
3. El carácter del derecho procesal 107
4. La codificación procesal 109

LECCIÓN 4: LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO JUDICIAL 111
1. El concepto de *sistema* 111
2. El sistema acusatorio 112
3. El sistema inquisitorio 115
4. El sistema mixto 116

UNIDAD II
LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES

PARTE I: EN CUANTO SE RELACIONAN CON EL PRETENDIENTE (ACTOR)

LECCIÓN 5: LA ACCIÓN PROCESAL 121
1. El concepto de *acción procesal* 121
2. Los presupuestos de la acción procesal 128
   2.1. El presupuesto de existencia de posibilidad de accionar 132
   2.2. El presupuesto de ausencia de caducidad del derecho de accionar 134
   2.3. El presupuesto de capacidad jurídica del actor 137
   2.4. El presupuesto de adecuada investidura de la autoridad 138
3. La llamada *acción penal* 139

TEXTO DE CÁTEDRA: LA ACCIÓN PROCESAL / LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA 140
A. La acción procesal 141
1. Etimología 141
2. Evolución 141
3. Teorías 148
4. Características 151
B. La tutela judicial efectiva 156
1. Concepto 156
2. Conformación 157
3. Órganos constitucionalmente autorizados a ejercer función jurisdiccional 163

LECCIÓN 6: LA PRETENSIÓN PROCESAL 165
1. El concepto de *pretensión procesal* 165
2. La clasificación de las pretensiones procesales 167
2.1. Las pretensiones declarativas de derechos 167
2.2. Las pretensiones ejecutivas de prestaciones 169
2.3. Las pretensiones cautelares de prueba de hechos y de derechos 169
2.4. Las pretensiones coexistentes 170
3. Los elementos de la pretensión procesal 170
4. La comparación de pretensiones procesales y sus efectos 174
4.1. La indiferencia o independencia de pretensiones 176
4.2. La identidad de pretensiones 176
4.3. La conexidad de pretensiones 176
4.4. La afinidad de pretensiones 179

TEXTO DE CÁTEDRA: LA PRETENSIÓN PROCESAL 183
1. Concepto 183
2. Pretensión material y pretensión procesal 185
3. Clases de pretensión 186
3.1. Cognición mero declarativa 186
3.2. Pretensión constitutiva 187
3.3. Pretensión condenatoria 188
3.4. Pretensión ejecutiva 189
3.5. Protección constitucional 189
3.6. Pretensión cautelar 190

LECCIÓN 7: LA DEMANDA JUDICIAL 193
1. El concepto de *demanda* 193
2. El contenido de la demanda y sus requisitos 194
3. Los presupuestos de la demanda 197
3.1. Competencia de la autoridad que recibe la instancia 197
3.2. Capacidad procesal del actor 199
3.3. Adecuada representación del actor 200
3.4. Adecuado derecho de postulación en el actor 201
3.5. Contenido eficiente de la demanda 201
3.6. Correcta acumulación de pretensiones 202
4. Los efectos jurídicos de la demanda 203

4.1. Efectos de la presentación de la demanda 203
4.2. Efecto procesal de la admisión de la demanda 204
4.3. Efectos de la notificación de la demanda 204

TEXTO DE CÁTEDRA: LA DEMANDA 205
1. Concepto 205
2. Contenido de la demanda 206
2.1. La designación del juez 207
2.2. Designación del demandante 207
2.3. Designación del demandado 208
2.4. El petitorio 208
2.5. Fundamentación fáctica 209
2.6. Fundamentación jurídica 209
2.7. Ofrecimiento de los medios probatorios 210
2.8. Anexos 211
3. El emplazamiento 212
4. Efectos del emplazamiento 213
5. Ineficacia de la interrupción 213

PARTE II: EN CUANTO SE RELACIONAN CON LA AUTORIDAD

LECCIÓN 8: LA JURISDICCIÓN 215
1. La equivocidad del vocablo *jurisdicción* 215
2. Las funciones que cumple el Estado 216
2.1. La comparación de las distintas funciones del Estado 218
3. El concepto y los elementos de la *jurisdicción* 221
4. Los actos llamados *de jurisdicción voluntaria* 225

TEXTO DE CÁTEDRA: LA JURISDICCIÓN 228
1. Acepciones 228
2. Definición 230
3. Sobre la frase nominal *administración de justicia* 232
4. Elementos y poderes de la jurisdicción 233
5. Jurisdicción, legislación y administración 236
6. Relatividad del concepto 241

LECCIÓN 9: LA COMPETENCIA JUDICIAL 243
1. El concepto y los fundamentos de la *competencia* 244
2. Las pautas para atribuir la competencia judicial 245
2.1. La competencia objetiva 247
2.2. La competencia subjetiva 259
3. Los medios para atacar la incompetencia 259
3.1. Los medios para atacar la incompetencia objetiva 260
3.2. Los medios para atacar la incompetencia subjetiva 264

TEXTO DE CÁTEDRA: LA COMPETENCIA 271
1. Concepto 272
2. Derecho al juez natural y principio de legalidad 272
2.1. Características 273

3. Criterios de determinación de la competencia 277
3.1. Competencia por la naturaleza de la pretensión (competencia material) 277
3.2. Casos de competencia según la pretensión, regulados en el CPC 278
3.3. Cálculo de la cuantía 279
3.4. Competencia funcional 280
3.5. Competencia territorial 281
3.6. Competencia personal 282
4. Competencia del Estado 285
5. Competencia facultativa (artículo 24) 286

PARTE III: EN CUANTO SE RELACIONAN CON EL RESISTENTE (DEMANDADO O REO)

LECCIÓN 10: LAS POSIBLES REACCIONES DEL RESISTENTE 289
1. El derecho de defensa en juicio 289
2. El concepto de *reacción procesal* 291
3. Los requisitos generales para el ejercicio válido de la reacción procesal 292
4. Las posibles reacciones del resistente no penal 292
4.1. La abstención del demandado 292
4.2. La sumisión del demandado 294
4.3. La oposición del demandado 295
4.4. La reconvención 314
5. La reacción del reo penal 314

PARTE IV: EN CUANTO SE RELACIONAN CON EL MEDIO DE DEBATE

LECCIÓN 11: EL PROCESO COMO MÉTODO DE ENJUICIAMIENTO 319
1. El concepto de *proceso como método de enjuiciamiento* 319
2. La naturaleza jurídica del proceso como método 323
3. La iniciación y el desarrollo del proceso 324
4. El objeto del proceso 327
5. Los presupuestos del proceso 328
6. La clasificación de los procesos 329
7. El concepto de *debido proceso* 331
8. Los imperativos jurídicos del proceso 332
9. La eficacia del proceso 334

TEXTO DE CÁTEDRA: PROCESO JURISDICCIONAL Y DEBIDO PROCESO 338
A. El proceso jurisdiccional 339
1. El proceso jurisdiccional 339
2. El proceso jurídico 340
3. Clasificación del proceso jurisdiccional 341
4. Naturaleza jurídica del proceso 341
B. El debido proceso 343
1. Antecedentes 343
2. Concepto 344
3. Evolución y dimensiones 345
4. El debido proceso en las decisiones del Tribunal Constitucional 347

5. Conformación 349
6. Derecho al debido proceso 350
7. Derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley (derecho al juez natural) 350
8. Derecho a los procedimientos preestablecidos 352
9. Derecho a la defensa o asesoría jurídica 353
10. Derecho a la pluralidad de instancias 355
11. El derecho a probar 357
12. Derecho a motivación de las resoluciones 358
13. Derecho a la cosa juzgada 359

LECCIÓN 12: LOS PRINCIPIOS Y LAS REGLAS TÉCNICAS PROCESALES 361
1. El problema 361
2. Los principios procesales 364
3. Las reglas técnicas del debate procesal 369
4. Las reglas técnicas de la actividad de sentenciar 377
5. Los sistemas procesales 382

LECCIÓN 13: LOS ACTOS PROCEDIMENTALES Y SU INEFICACIA 383
1. El concepto y la estructura del *acto procedimental* 383
2. Las características del acto procedimental 384
3. La clasificación de los actos procedimentales 388
4. La regularidad y la irregularidad procesal 391
5. Los presupuestos de declaración de nulidad procesal 395
6. Los medios para hacer ineficaz un acto procedimental 401

LECCIÓN 14: LAS EVENTUALIDADES PROCESALES 403
1. Explicación previa 403
2. La convergencia y la divergencia procesal 406
3. Los incidentes procesales 407
4. Los accidentes procesales 408
5. El desplazamiento procesal 410
6. La sucesión procesal 410

LECCIÓN 15: EL COSTE DEL PROCESO 411
1. El problema 411
2. El coste del servicio 412
3. El coste de la defensa: criterios 413
3.2. El criterio subjetivo de imposición de costas 416
4. La condena en costas 418
4.1. La condena en costas conforme con el criterio objetivo 418
4.2. La condena en costas conforme con el criterio subjetivo 420
4.3. El contenido de las costas 425
4.4. Los alcances subjetivos de la condena en costas 426
4.5. La naturaleza de la obligación de pagar costas 427
5. El cobro de las costas 428

UNIDAD III
LOS SUJETOS DEL PROCESO

LECCIÓN 16: LAS PARTES PROCESALES 431
1. El concepto de *parte procesal* 432
2. Las calidades esenciales del concepto de *parte* 433
3. La capacidad de la parte procesal 435
4. La clasificación de las partes procesales 438
5. La legitimación de las partes procesales 439
6. Las modificaciones en la posición de parte 442
   6.1. La transformación en la posición de la parte 442
   6.2. El reemplazo de los sujetos que ocupan o que deben ocupar la posición procesal 443
7. La pluralidad de partes y el fenómeno que origina 447
8. El litisconsorcio 449
   8.1. El concepto 449
   8.2. La clasificación del litisconsorcio 450
9. La representación procesal 456
   9.1. La representación legal o necesaria 457
   9.2. La representación convencional o voluntaria 459
10. La gestión procesal 460
11. Los sujetos del procedimiento y del proceso penal 461
   11.1. Los acusadores 463
   11.2. El acusado, reo o imputado penal 466
   11.3. El defensor técnico 468
   11.4. Los juzgadores 469
   11.5. La víctima 472
   11.6. El actor civil 477
   11.7. El tercero civilmente demandado 479
   11.8. El asegurador 479

LECCIÓN 17: EL JUEZ Y SUS AUXILIARES 483
1. El juez 483
   1.1. El concepto de *juez* 484
   1.2. Los requisitos para ser juez 486
   1.3. Los sistemas para la designación de jueces 488
   1.4. Las incompatibilidades de los jueces 493
   1.5. Las garantías y los derechos de los jueces 494
   1.6. Los deberes de los jueces 494
   1.7. Las facultades de los jueces 502
   1.8. La responsabilidad de los jueces 507
2. Los auxiliares del juzgador 509
   2.1. El secretario 509
   2.2. Los oficiales y los auxiliares subalternos 510
   2.3. Los técnicos 511

2.4. Los defensores letrados 512

LECCIÓN 18: LOS TERCEROS QUE ACTÚAN EN EL PROCESO SIN SER PARTES PROCESALES 515

1. El concepto y la razón de ser de la explicación 515
2. Los terceros que, interviniendo en el proceso, no se convierten en partes del litigio . 517
   - 2.1. El testigo 517
   - 2.2. El intérprete y el traductor 519
   - 2.3. El perito 519
   - 2.4. El tasador 520
   - 2.5. El delegado técnico o perito de parte 520
   - 2.6. El depositario judicial 521
   - 2.7. El secuestre 521
   - 2.8. El subastador o martillero 521
   - 2.9. El notario 522
   - 2.10. El diligenciador 523
   - 2.11. La oficina de Correos 523
   - 2.12. El tenedor de un documento que interesa a las partes 524
   - 2.13. El fiador 524
   - 2.14. Las corporaciones profesionales 524
   - 2.15. Los terceristas 525
   - 2.16. El interventor judicial 526
   - 2.17. Los beneficiarios de la tributación fiscal y parafiscal 527
   - 2.18. La Policía 529

LECCIÓN 19: LOS TERCEROS QUE SE CONVIERTEN EN PARTES PROCESALES Y SU INTERVENCIÓN EN EL LITIGIO 531

1. El concepto de *tercero* 531
2. El concepto de *intervención de terceros* 533
3. Los requisitos comunes a todo tipo de intervención de terceros 533
4. Las clases de intervención de terceros 537

4.1. La clasificación de la intervención de terceros de acuerdo con su origen 537

4.2. La clasificación de la intervención de terceros de acuerdo con la actuación que cumplen en el proceso 539

5. La intervención provocada de terceros 552
   - 5.1. El concepto y sus caracteres 552
   - 5.2. Los medios para provocar la intervención de un tercero 553
   - 5.3. Los casos de intervención provocada en orden a la finalidad querida por la parte originaria citante 554
6. La intervención necesaria 556
7. Las tercerías 557

TEXTO DE CÁTEDRA: SUJETOS DEL PROCESO 558

1. Sujetos del proceso. Precisiones 558
   - 1.1. El juez 559
   - 1.2. Las partes 561
   - 1.3. Concepto de *tercero* 573
2. La acumulación 579
   - 2.1. La acumulación subjetiva originaria: el litisconsorcio 584

2.2. Acumulación subjetiva sucesiva 590
2.3. La acumulación objetiva originaria 610
2.4. La acumulación objetiva sucesiva 621

LECCIÓN 20: EL MINISTERIO PÚBLICO 627
1. El concepto de *ministerio público* 627
2. La ubicación del ministerio público en el orden estatal 629
3. La composición del ministerio público 631
4. La competencia del ministerio público 633

UNIDAD IV
LA CONFIRMACIÓN PROCESAL

LECCIÓN 21: TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL 639
1. El concepto de *confirmación* y su relación con el vocablo *prueba* 640
2. Los problemas filosófico-políticos de la confirmación procesal 642
2.1. La política legislativa en cuanto a la confirmación procesal 642
2.2. La actividad del juzgador en la etapa confirmatoria 645
3. Los problemas técnicos de la confirmación procesal 649
3.1. El objeto de la confirmación (o de la prueba): qué puede ser confirmado 650
3.2. El tema de la confirmación (o de la prueba) (qué debe ser confirmado) 650
3.3. La fuente de la confirmación (o de la prueba) (de dónde se extrae la confirmación) 655
3.4. La incumbencia de la confirmación (o de la prueba) (quién debe confirmar) . 657
3.5. Los medios para confirmar (cómo se confirma) 666
3.6. El procedimiento confirmatorio (cuándo se confirma) 688
3.7. La etapa de alegación acerca de los medios confirmatorios producidos 693

UNIDAD V
LA FINALIZACIÓN DEL PROCESO

LECCIÓN 22: LOS MODOS DE TERMINAR EL CURSO PROCEDIMENTAL 701
1. La terminación del proceso por medios autocompositivos 701
1.1. Los medios unilaterales expresos 704
1.2. El medio unilateral tácito: la deserción recursiva por carencia de fundamentación 709
1.3. Los medios bilaterales expresos 709
1.4. El medio bilateral tácito: la caducidad de la instancia 716
2. La terminación del proceso por medio de actividad judicial 718
2.1. El llamamiento de autos 719
2.2. La homologación judicial 719
2.3. El sobreseimiento 720
2.4. La absolución de la instancia 720
2.5. El archivo de la causa 721
2.6. El auto de falta de mérito 721

UNIDAD VI
LA SENTENCIA COMO NORMA JURÍDICA

LECCIÓN 23: EL OBJETO DEL PROCESO: LA SENTENCIA 727
1. El objeto del proceso: la sentencia 727
   1.1. El concepto 727
   1.2. La naturaleza jurídica de la sentencia 729
   1.3. La clasificación de las sentencias 731
   1.4. Los requisitos de la sentencia de fondo que resuelve útilmente el litigio 733
   1.5. Los efectos de la sentencia 737

UNIDAD VII
LA IMPUGNACIÓN PROCESAL

LECCIÓN 24: TEORÍA GENERAL DE LA IMPUGNACIÓN 753
1. El concepto de *impugnación procesal* 754
2. Los medios de impugnación procesal 756
   2.1. La reconsideración 759
   2.2. La acción procesal 760
   2.3. La queja 766
3. Los recursos 767
   3.1. Los recursos en general 767
   3.2. Los medios de impugnación en particular 792

UNIDAD VIII
LA CAUTELA PROCESAL

LECCIÓN 25: TEORÍA GENERAL DE LA CAUTELA PROCESAL EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR Y LA SOLUCIÓN URGENTE Y ANTICIPADA DE UNA PRETENSIÓN 803
1. Introducción al tema: las medidas cautelares 804
2. El procedimiento cautelar y la petición que lo origina: naturaleza 806
3. Los requisitos generales para otorgar cautelas 807
   3.1. Los requisitos generales extrínsecos para otorgar cautelas 808
   3.2. Los requisitos generales intrínsecos para otorgar cautelas 813
   3.3. Los requisitos específicos para otorgar ciertas cautelas 817
4. Los caracteres de las cautelas admitidas 817
5. La clasificación de las posibles cautelas 819
   5.1. Las cautelas que protegen bienes 819
   5.2. Las cautelas que protegen a las personas que litigan o que pretenden hacerlo 825
   5.3. Las cautelas que protegen la producción anticipada de medios de confirmación procesal 831
   5.4. Las cautelas en lo penal 834

6. El anticipo judicial de la prestación demandada: naturaleza 834
6.1. La clasificación de los anticipos de tutela judicial 837

TEXTO DE CÁTEDRA: LA TUTELA CAUTELAR 850
1. Breve evolución histórica 850
1.1. Época de los orígenes 851
2. Concepto 857
3. La tutela cautelar en la jurisprudencia del tribunal constitucional 859
4. Finalidad 861
5. Tutela preventiva y tutela cautelar 863
6. Tutela cautelar y justicia contemporánea 865

UNIDAD IX
LA EJECUCIÓN PROCESAL

LECCIÓN 26: TEORÍA GENERAL DE LA EJECUCIÓN PROCESAL 869
1. El concepto de *ejecución* 869
2. El juicio ejecutivo 870
2.1. Los caracteres procedimentales del actual juicio ejecutivo 872
3. Los títulos susceptibles de ejecución 875
3.1. El título ejecutorio 876
3.2. El título ejecutivo 877
4. El procedimiento ejecutivo 884
4.1. Las restricciones a la defensa en el juicio ejecutivo 884
4.2. Los efectos de la sentencia ejecutiva 885
5. El procedimiento monitorio 885

TEXTO DE CÁTEDRA: LA TUTELA EJECUTIVA 888
1. Concepto 888
2. Constitucionalidad de la tutela ejecutiva 889
3. La tutela ejecutiva en la doctrina del Tribunal Constitucional 889
4. Autonomía de la tutela ejecutiva 892
5. El título ejecutivo 893
5.1. Antecedentes y evolución 893
5.2. Concepto 895
5.3. Elementos 898

BIBLIOGRAFÍA 907

NOTA PRELIMINAR

La esposa e hijas del coautor de esta obra queremos expresar con mucho orgullo nuestra admiración, respeto, gratitud y amor a quien en vida fuera un gran padre, esposo ejemplar, docente universitario y un humanista.

El doctor Carlos Antonio Pérez Ríos culminó la edición de este libro en agosto del 2024, en los días que estuvo de licencia por luto debido a la partida a la eternidad de su señora madre, doña Clotilde Ríos Núñez. La señora Clotilde, profesora de educación inicial, fue la artífice de que Carlos tenga esa pasión por la lectura y el estudio; se constituyó así en el pilar más importante de su vida y en su nombre siguió adelante con sus planes, proyectos de vida y en su deseo de aportar a la ciencia jurídica y a la vida en general.

Su abultada agenda, especialmente la académica, la candidatura al decanato de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, además de las múltiples asesorías públicas y privadas, y los temas sociales, familiares, entre otros, probablemente generaron su temprana y dolorosa partida a la eternidad al lado de su señora madre, y no le permitieron llegar al último eslabón de esta cadena, la publicación de este su último libro, *Manual de derecho procesal. Teoría general del proceso*, en coautoría con el doctor Adolfo Alvarado Velloso, de la Universidad Nacional de Rosario.

Carlos era considerado un adalid del derecho procesal peruano y, asimismo, un maestro entregado al desarrollo científico de su especialidad. Como se expresó en uno de los múltiples homenajes que le han hecho sus

alumnos, colegas y amigos, "Carlos era quien abría los caminos, quien escribía la historia, quien bebía de la fuente del saber y de la experiencia, como muchos hombres ilustres que pasaron por esta casa de estudios, la cuatricentenaria Universidad Nacional Mayor de San Marcos". Varias promociones de pre y posgrado de distintas universidades llevan su nombre. Quiso restituir a su *alma mater* todo lo recibido y aprendido, con una gratitud que se refleja en sus sinceras palabras: "San Marcos es mi vida y el derecho es mi pasión".

A través de la escritura, la lectura y la música, sus hábitos predilectos, Carlos continuará dejando una huella en el mundo universitario, familiar y amical. En tal sentido, esta obra es de particular trascendencia y constituye un testimonio del deseo incansable de compartir sus conocimientos y sabiduría adquiridos a lo largo de muchos años de sacrificio, esfuerzo y estudios con la familia sanmarquina y la jurisprudencia nacional e internacional.

Los que hemos tenido el honor de haber compartido una vida con él, disfrutando de su compañía, sabiduría y amor, nos han permitido valorar su calidad humana y sus valores morales. Él ha influido y tocado de manera positiva la vida de quienes lo conocieron durante su corta permanencia en este mundo y participó activamente en la vida política del país. Sus lecciones de amor, de vida, consejos y enseñanzas constituyen su gran legado, el cual perdurará en cada uno de nuestros actos, pensamientos y palabras, por siempre.

Lima, junio de 2025

Mirtha Zoraida Palma de Pérez
Lily Geraldine Pérez Palma
Karla Yanirée Pérez Palma
Valeria Juliette Pérez Palma

PRESENTACIÓN

El trabajo académico que presentamos es de particular trascendencia porque, a propuesta de los profesores de Derecho Procesal Civil de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, y a iniciativa del profesor Raúl Canelo Rabanal, el 2 de agosto de 2024 tuvo lugar un acto académico trascendental.

Porque *honrar, honra*. Ese día, la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, decana de América, otorgó el título de *Doctor Honoris Causa* al distinguido jurista y maestro argentino Adolfo Alvarado Velloso en reconocimiento a su sobresaliente trayectoria profesional y valiosa contribución al Derecho Procesal Civil. En dicho acto, el homenajeado exclamó lo siguiente: "Es el décimo octavo Doctorado Honoris Causa que recibo y, para mí, el más importante de mi vida". Tan magno evento se desarrolló en la Capilla de Nuestra Señora de Loreto, joya arquitectónica de la Casona sanmarquina.

Tuve el honor de ser testigo de tan solemne acto. Concurrí en mi condición de profesor principal de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la mencionada casa de estudios, a cargo de diversos cursos procesales, como Teoría general del proceso, Derecho procesal civil, Teoría de la prueba, Teoría de la impugnación, entre otros. Concurrí para expresar mi saludo y reconocimiento al maestro de maestros. Grande fue mi sorpresa cuando, en la parte social de la ceremonia, sin mayores preámbulos, recibí una propuesta inesperada del maestro Adolfo Alvarado: me manifestó que venía escribiendo algunos libros en coautoría

con profesores de varios países de América del Sur y que en Perú quería escribir uno de esos libros en coautoría con un profesor de San Marcos y que ese profesor fuera mi persona. Inmediatamente acepté la propuesta del maestro con inmensa gratitud y emoción, por lo que prometió remitirme el borrador de su *Manual de derecho procesal. Teoría general del proceso,* en cuanto llegase a su país para yo introducir lo que considerase pertinente. Y así lo hizo. Por mi parte, debía remitir mis aportes, dos meses después. La tarea encomendada fue cumplida.

El trabajo que hoy presentamos es el producto de tan noble gesto de un ilustre maestro hacia un modesto profesor de San Marcos, que no se caracteriza por publicar con editoriales, sino con sus propios recursos; libros que han circulado entre sus alumnos de pre y posgrado, sobre la acumulación en el proceso civil, el proceso ejecutivo, tutela ejecutiva y principios procesales. Mis aportes predominantemente orientados hacia el proceso civil son un *otrosí digo* a los capítulos desarrollados por don Adolfo ALVARADO VELLOSO.

En esta obra aportamos consideraciones sobre el derecho de acción como presupuesto para activar el derecho a la tutela jurisdiccional y como medio para postular el petitorio singular o plural contra el emplazado. Asimismo, introducimos reflexiones sobre acción y pretensión, entre éstas y prescripción extintiva, y sostener enfáticamente que la prescripción extintiva no extingue la acción ni la pretensión: lo único que extingue es la opción procesal para resolver una controversia en sede judicial, manteniéndose subsistente la opción negocial, salvo el vencimiento de plazos de caducidad.

Hacemos un breve estudio sobre la función jurisdiccional como función de Estado, considerada como responsabilidad de los jueces que forman parte de la estructura del Poder Judicial. Sin embargo, en nuestro país esta función también es otorgada constitucionalmente a otras instituciones, como el Jurado Nacional de Elecciones, los Tribunales de la Justicia Militar Policial, el Tribunal Constitucional, la Justicia Arbitral y la Justicia de los Pueblos Originarios.

Sobre la noción de proceso destacamos su trascendencia como instrumento jurídico que posibilita la materialización de la acción y la jurisdicción. La ley asigna al proceso esta función y no finalidad, puesto que son los sujetos del proceso los que pueden tener finalidades: el juez como órgano de Estado tiene por finalidad restablecer la paz social en justicia; las partes tienen finalidades particulares expresadas en sus pretensiones y resistencias. En el proceso penal, el representante del Ministerio Público tiene por finalidad investigar el delito y ser titular de la pretensión punitiva; el imputado contrapone como resistencia, actos de defensa para preservar su estatus de inocencia. Efectuamos precisiones respecto a los alcances de la expresión *proceso jurídico*, omnicomprensiva de los procesos que ocurren en el mundo del Derecho; así como de la expresión *proceso jurisdiccional*, que permite la dinamización del derecho de acción y la función jurisdiccional.

Efectuamos un repaso del *debido proceso* como otra de las instituciones de trascendencia en la Teoría General del Proceso; estudiamos su evolución y manifestaciones, se efectúan precisiones sobre su naturaleza como derecho continente y los derechos específicos como derechos contenidos. La Constitución Política del Perú lo regula defectuosamente como un derecho más entre los principios y garantías de la administración de justicia, desconociendo su naturaleza omnicomprensiva.

Revisamos, doctrinaria y normativamente el estudio de la acumulación como aquella institución procesal que permite reunir en un solo proceso una pluralidad de personas, individuales o colectivas, en la posición de demandantes, demandados o terceros, frente a una pretensión singular o plural, o reunir una pluralidad de pretensiones frente a demandante o demandado singulares o plurales. La finalidad de la acumulación es evitar la expedición de resoluciones contradictorias sobre un mismo tema, salvaguardando así los principios de congruencia, concentración, economía y celeridad procesales. Se estudia a la acumulación a través dos variables: tiempo y elemento procesal.

Estudiamos la evolución de la tutela cautelar desde sus orígenes en el derecho procesal romano, pasando por la época de la responsabilidad y la época del control judicial, según la propuesta evolutiva del profesor Ramos Romeu. Examinamos la tutela cautelar en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, así como la finalidad de los sujetos del proceso mediante la tutela cautelar. Sostenemos que la tutela cautelar es una de las formas que adopta la tutela jurisdiccional como deber de Estado; en tal sentido, anuncia y prepara la efectividad de las tutelas de cognición y ejecutiva para asegurar anticipadamente el óptimo rendimiento de éstas. Por ello sostenemos que la tutela cautelar está al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional destinada a restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho.

La tutela ejecutiva es una de las manifestaciones de la tutela jurisdiccional cuya finalidad es realizar derechos pre constituidos y contenidos en documentos a los cuales la ley confiere calidad de títulos ejecutivos. La tutela ejecutiva es, por ello, tutela satisfactiva o tutela de realización. La tutela ejecutiva, en su dinámica real y finalista, puede concebirse como aquella actividad pública y sustitutiva que realiza el órgano jurisdiccional para garantizar y ejecutar forzadamente a favor del acreedor ejecutante la obligación singular o plural incumplidas por el deudor ejecutado; en resumen, el órgano jurisdiccional utilizando sus poderes de coerción y ejecución realiza la prestación que el deudor debió realizar voluntariamente.

Finalmente, reitero mi agradecimiento al maestro Adolfo Alvarado Velloso por haberme otorgado tan insigne condecoración: ser coautor de este libro que ponemos a consideración de ustedes.

Carlos Antonio Pérez Ríos
Lima, octubre de 2024

EXPLICACIÓN PREVIA

El lector se ha introducido ya en el texto de esta obra gracias a la presentación de mi estimado amigo Carlos Antonio PÉREZ RÍOS, hoy a cargo de la titularidad de las cátedras procesales de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, en Lima, Perú, a quien agradezco mucho sus afectuosas palabras.

Sin perjuicio de tal nota, deseo comenzar mi propia *Presentación* con una suerte de confidencia intimista que intentará explicar el origen, el método y la finalidad de este *Manual*, pensado, escrito y dirigido a los alumnos de la carrera profesional de Derecho de toda América para facilitar la comprensión del singular fenómeno jurídico denominado *proceso* y, en el trance de tener que estudiarlo, hacer sencilla la explicación de sus numerosos y muy variados temas. A tal fin, recordaré liminarmente dos circunstancias que marcaron a fuego las ideas que aquí expongo.

La primera: enseño *Derecho Procesal* desde el año de 1967 (llevo cincuenta y seis exactos años en esa tarea) y lo he hecho –y hago– en muchos lugares y con diferentes auditorios. En esa experiencia, y al cabo de los primeros años, descubrí que los tradicionales métodos docentes con los cuales yo estudié mi carrera de abogacía y repetí luego en la tarea de enseñar –a partir de la mera descripción y posterior explicación de la norma– eran insuficientes para lograr que el alumnado captara íntegra y adecuadamente los conceptos que con mucho esfuerzo y vocación exponía ante él. Al advertir el problema, me decidí a aconsejar la lectura de bibliografía diferente a la utilizada hasta entonces. Pero poco fue el cambio que se logró...

Gran desilusión me provocaba los resultados de exámenes en los cuales reprobaba la mayoría de los examinandos que, a mi juicio, no lograban comprender los vericuetos de las abstracciones procesales... La reiteración de esa situación hizo que pusiera en tela de juicio mi propia capacidad de enseñar y, obviamente, la de cómo lo hacía.

En un primer cambio metodológico, me incliné por la conversación intimista –cual lo hago aquí y ahora– tratando de superar lo simplemente académico y mostrando la asignatura en situaciones activas de la vida diaria y conflictiva. Luego, privilegié la *comensalidad* por sobre la *congresalidad* propia del aula y, no obstante, seguí sin encontrar los resultados anhelados.

En ese momento de la vida me encontré con la obra de Humberto BRISEÑO SIERRA y con su método descriptivo de la actividad que se cumple en la realidad de la vida jurídica y, particularmente, de la tribunalicia. Y me deslumbró la lógica de su pensamiento y la facilidad con la cual puede enseñarse cada una de todas las instituciones del proceso a partir de un simple giro en su explicación.

Se trata, simplemente, de cambiar la mera glosa de la norma –que cualquiera puede leer y aun comprender– por la de la situación de vida en conflicto que la ley pretende regular, presentada como un fenómeno de convivencia que requiere de tutela legal para lograr una solución pronta y pacífica. A partir de allí, y comprendida por el alumno la necesidad de la normación, describirle ahora las posibles alternativas de regulación legal y lograr que él mismo las encuadre en diferentes tiempos y lugares dados. Recién entonces se puede comenzar la puntual explicación de la norma vigente para hacer luego un juicio de valor acerca de ella respecto de la realidad de *este tiempo* y de *este lugar*.

Con ello logré la plena comprensión que yo buscaba que tuvieran los alumnos respecto de los temas así enseñados, y advertí que no sólo disminuyó drásticamente el número de aplazados, sino que descubrí –con sorpresa y alegría– que todos ellos habían asumido la entusiasta tarea de *pensar el Derecho* (sin repetirlo con absurda y pertinaz incomprensión de muchos y variopintos argumentos de autoridad) y tenían una destacada

y preocupada participación en la búsqueda de soluciones a los muchos problemas de toda índole que genera la convivencia.

Descubrí también que, con tal método, el estudiante gana notablemente en su hasta ahora cuasi nula capacidad para hacer abstracciones. Y eso lo sorprende y lo motiva para adelantar sus estudios. Pasa con él algo similar a lo que ocurrió en la humanidad con la idea de *número*: se tardó milenios en pasar desde la *cantidad* hasta la *abstracción pura del número*, lo que posibilitó descubrir un mundo diferente, perfecto y sistémico: el de las *matemáticas*.

Por esa época decidí escribir un libro a base de ese método y a partir de las ideas de BRISEÑO SIERRA, que ya pregonaba como propias después de haber añadido algunas pocas de mi cosecha[1].

La segunda: a partir del curso de *Maestría en Derecho Procesal* de la Universidad Nacional de Rosario, cuya dirección se me encargó en el año de 1998, la presencia en ella de numerosos alumnos de gran parte de los países del continente me obligó a enseñar la asignatura desde una

1 Cuando lo terminé tuve algunos tropiezos en la elección del nombre con el cual la presentaría y, después de descartar varios, terminé eligiendo el de *Introducción al estudio del derecho procesal* que publicó Rubinzal-Culzoni Editores, de Santa Fe (Argentina) en el año de 1989. La obra fue planeada para contener un total de treinta lecciones –precisamente, ese fue uno de los nombres pensados al efecto– y en ese tomo aparecieron sólo las quince primeras, elaboradas sencillamente para alumnos, pero destinadas de verdad a los docentes de la asignatura, con quienes aspiraba a confrontar ideas y discutir puntos de vista que presenté como claramente polémicos y, por supuesto, tomando en todo caso partido por alguna de las posibles soluciones. Ninguno lo hizo. Muestra de que no todo se lee... Varios años pasaron desde entonces hasta la publicación de los Tomos 2 (1998) y 3 (2008), con los que concluí la tarea. Como se ve, me llevó algo más de ¡veinte años! el armar el *sistema procesal* que hoy se explica en este *Manual*...

Esa obra fue la base de mi posterior *Sistema procesal: garantía de la libertad* (dos tomos publicados en 2009 por Rubinzal-Culzoni en Argentina y en 2018 por AC Ediciones en Perú en tomo de casi mil páginas). Para facilitar su lectura la obra fue desguazada en doce tomos que se publicaron con el nombre de *Teoría general del proceso* en Argentina (Astrea, Buenos Aires, 2015), Colombia (Ibáñez, Bogotá, 2020), Paraguay (La Ley Paraguaya, 2014) y Perú (Egacal, Lima, 2015).

óptica general, sin referencia específica a normativa alguna[2], con una base filosófica planteada a partir de la idea de República como sistema constitucional de separación de poderes, tan olvidada y denostada en la mayoría de nuestros países.

El continuo pensar en el método de enjuiciamiento inquisitivo al cual responden sin excepción todos los códigos de procedimientos no penales y algunos penales del continente, en función de la necesidad de construir un verdadero sistema procesal que funcionara en consonancia con la esencia de una República, me hizo ver el notable desfase que existe entre la Constitución nacional y todos y cada uno de los códigos procesales de América y la obvia necesidad de lograr una urgente adecuación entre ellos. Y en función de ello es que escribí mi *Sistema...*, mostrando que la republicanización de todo enjuiciamiento judicial exige la urgente erradicación del método inquisitivo o inquisitorio y la adopción plena del dispositivo o acusatorio en todos los fueros tribunalicios. Y para ello, es menester preparar jueces que sean realmente tales a partir del ejercicio de la función con auténtica imparcialidad, ajustada al orden jurídico vigente, sin tornarlo todo opinable e ignorable con la constante utilización de conceptos basados en la propia moral de cada uno.

Mirando el resultado desde la lejanía de los años, cuando ya el árbol no tapa el bosque y la senectud no tolera actitudes hipócritas ni la necesidad de actuar siempre mostrando corrección política, me animo a decir que el proceso debe ser *lógicamente sistémico y nunca opinable* y que ello puede lograrse a partir de aceptar y ejercer las ideas volcadas en el *Sistema...*[3].

---

2 Esto es fácil de entender. ¿Qué puede interesarle a un alumno peruano, por ejemplo, la legislación procesal de Santa Fe? Es obvio que debo prescindir de ella. Y es muy claro que no puedo enseñarle la legislación peruana a él, que la sabe mejor que yo...

3 Todas ellas están contenidas en el *Proyecto de Código General del Proceso Acusatorio para lo no Penal de América Latina* del Instituto Panamericano de Derecho Procesal, donde en la propia normación se define cada instituto, se establecen sus requisitos y se determinan sus efectos. Con ello no se deja margen alguno para la tan temida y siempre denostada opinabilidad.

No es simple insistir tozudamente en esto –como lo hago desde hace años– en la Argentina, gobernada desde que tengo memoria por una execrable oclocracia y cuyos habitantes hacen gala de incumplir la ley desde antaño, practicando el autoritarismo, el facilismo, la igualación hacia abajo, la frustración impuesta por el gobernante de turno, el desprecio al otro, etcétera, en recurrencia histórica que ha hecho decir a importante pensador del país que aquí nos preocupamos por acatar lo que dice la *ley* con minúscula para desconocer olímpicamente, con alegría y despreocupación, lo que manda la *Ley* con mayúscula...

Y en esa tónica, nos han formado desde la propia Universidad y en todos los estudios posteriores o paralelos, mostrándonos una cultura que enseña que la ley no sirve para adecuar la convivencia a una auténtica pacificación social, sino al individual y egoísta interés particular, que debe ser privilegiado por sobre toda otra cosa. Se trata, en definitiva y perversamente, de apañar la práctica de una suerte de *autoritarismo pasivo* que nos prepara para aceptar subconscientemente la existencia del verdadero autoritarismo y de no cuestionar a quienes lo practican desde antaño y en claro beneficio personal o de unos pocos, aunque lo hagan al margen de la Constitución y de las leyes.

Se ha logrado con ello una Justicia que actúa ilegítimamente en procura de obtener una vaga, difusa y cada más incomprensible justicia particular... que, además, ¡es un concepto diferente para cada uno de los miles de jueces que actúan contemporáneamente!

Hace años que he reaccionado contra esto y sigo haciéndolo. Muestra de ello es este *Manual...*, en el que se exhibe al alumno –aún no contaminado con ideas extrañas a la lógica de la Constitución– un proceso que se enmarca siempre en *criterios objetivos de legitimidad.* Con ello se hace un giro de ciento ochenta grados respecto de lo que mal e inútilmente se enseña en otras partes desde la actual óptica inquisitiva y se define cómo deben actuar los jueces en las tareas de *procesar* y de *sentenciar* y los letrados en la tarea de abogar correcta y republicanamente. Nos consta que esto genera resultados insospechados y sorprendentes,

pues nos lo agradecen muchos noveles abogados al transitar exitosamente sus primeros escarceos tribunalicios.

Dado que, como se verá detenidamente en esta obra, la Constitución nacional es de esencial raíz *liberal*, creo que en el concepto de *proceso* se subsumen todas las garantías en ella aseguradas para hacer valer todos los derechos prometidos al ciudadano de a pie, último y definitivo beneficiario del sistema.

De ahí el nombre final de la obra *Sistema procesal: garantía de la libertad*[4], cuyas ideas se han sintetizado en este *Manual* con la declarada

4 De esta obra surgieron sendas *Lecciones de derecho procesal* adecuadas a diversas legislaciones de Argentina y de América Latina por ex alumnos de mi Maestría en la Universidad Nacional de Rosario.
Las *Lecciones...* publicadas corresponden a las Provincias de: * **Buenos Aires,** por Gustavo CALVINHO y Gabriel DI GIULIO, Astrea, Buenos Aires, 2014, 1 tomo de 980 pp. * **Catamarca,** por Ramón Porfirio ACUÑA, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2011, 950 pp. * **Córdoba,** por Manuel GONZÁLEZ CASTRO, FunDeCiJu, Rosario, 2011, 1 tomo de 950 pp. * **Corrientes,** por Ramón Porfirio ACUÑA, Astrea, Buenos Aires, 2015, 720 pp. * **Entre Ríos,** por Elena BALLHORST y Gualberto DOMÉ, FunDeCiJu, Rosario, 2013, 1 tomo de 920 pp. * **Mendoza,** por Eduardo DE ORO, Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2011, 950 pp. * **Misiones,** por Juan MARINONI, FunDeCiJu, Rosario, 2012, 1 tomo de 1050 pp. * **Nación,** por Gustavo CALVINHO, La Ley, Buenos Aires, 2010, 1 tomo de 830 pp. * **Neuquén,** por Jorge PASCUARELLI y Andrés REPETTO, FunDeCiJu, Rosario, 2012, 1 tomo de 1020 pp. * **Río Negro,** por Richar GALLEGO, Sello Patagónico, Bariloche (Argentina), 2011, un tomo de 920 pp. * **Salta,** por Juan CASABELLA DÁVALOS, FunDeCiJu, Rosario, 2016, 1 tomo de 890 pp. * **Santa Fe,** por Andrea MEROI, FunDeCiJu, Rosario, 2009, 1 tomo de 900 pp. Hay dos reimpresiones de 2018 y 2022. * **San Juan,** por Mariano IBÁÑEZ, FunDeCiJu, Rosario, 2015, 1 tomo de 880 pp. * **San Luis,** por Ramón CERATTO, FunDeCiJu, Rosario, 2012, 1 tomo de 970 pp. * **Santiago del Estero,** por Fernando DRUBE y Víctor Manuel ROTONDO, Rosario, 2012, 1 tomo de 890 pp. La 2ª edición, por Mercedes CORIA, Fernando DRUBE y Víctor Manuel ROTONDO, FunDeCiJu, Rosario, 2022, 1 tomo de 806 pp. * **Tierra del Fuego,** por Aníbal ACOSTA, FunDeCiJu, Rosario, 2012, 1 tomo de 1040 pp. * **Tucumán,** por René PADILLA (h), FunDeCiJu, Rosario, 2013, 1 tomo de 920 pp.
Fuera de Argentina se publicaron en **Bolivia,** concordadas por Jorge MOSTAJO BARRIO, Astrea, Buenos Aires, 2016, 1 tomo de 870 pp. * **Colombia,** por William GRISALES CARDONA, Librería Jurídica Dikaia, Medellín, Colombia, 2011, 1 tomo de 952 pp. * **Costa Rica,** por Carlos PICADO VARGAS, FunDeCiJu, Rosario, 2010, 1 tomo de 56 pp. * **Chile,** por Hugo BOTTO OAKLEY, Thomson Reuters, Santiago, Chile, 2011, 1 tomo de 846 pp. * **El Salvador,** por Carlos PICADO VARGAS, Astrea, Buenos Aires,

finalidad de ayudar al alumno de Derecho *a estudiar comprendiendo lo que estudia* en un ámbito de libertad republicana.

Una aclaración final se impone: este *Manual* está destinado primariamente a estudiantes de Derecho que trabajan con la legislación procesal peruana y, sin embargo, contiene numerosas referencias a la normativa propia de la provincia de Santa Fe y de la Nación Argentina. Por eso cabe explicarle la razón de las recurrentes citas de ambos ordenamientos.

Y es que en el concierto de la codificación nacional en un país que se dice *federal* desde la propia Constitución, cada provincia mantuvo su propio código de procedimientos desde siempre y hasta hace no muchos años.

Sucede que en 1967 se dictó la Ley 17454 bajo el gobierno del General Juan Carlos ONGANÍA, dictador importante que de republicano y democrático no tenía nada, y que pomposamente se denominó *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación Argentina*[5], cuando en realidad estaba destinado a regir únicamente los procedimientos civiles de la Justicia Federal y de la ciudad de Buenos Aires.

2016, 2 tomos con un total de 852 pp. * **Guatemala,** por Mauro Roderico CHACÓN CORADO, FunDeCiJu, Rosario, 2013, 920 pp. * **Honduras,** por Carlos PICADO VARGAS, Astrea, Buenos Aires, 2016, 2 tomos con un total de 870 pp. * **México,** por Mauricio CÁRDENAS GUZMÁN, Porrúa Hnos., CDM, México, 2013, 890 pp. * **Nicaragua,** por Carlos PICADO VARGAS, FunDeCiJu, Rosario, 2016, 2 tomos con un total de 880 pp. * **Panamá,** por Heriberto ARAUZ SÁNCHEZ, Universal Books, Panamá, Panamá, 2010, 890 pp. * **Paraguay,** por Sebastián IRÚN CROSKEY, La Ley Paraguaya, Asunción, Paraguay, 2010, 1 tomo de 908 pp. * **Perú,** por Guido AGUILA GRADOS, San Marcos, Lima, Perú, 2010, 1 tomo de 840 pp. * **Uruguay,** por Gabriel VALENTÍN, La Ley Uruguay, 2011, 1 tomo de 950 pp. * **Venezuela,** por Jorge GONZÁLEZ CARVAJAL, FunDeCiJu, Rosario, 2019, 764 pp.

5 Redactado por notable y reconocido académico, el Dr. Lino Enrique PALACIO, el General de Justicia Carlos COLOMBO (que luego de retirarse del Ejército fue juez en la provincia de Buenos Aires y luego director del Diario *La Ley* por muchos años) y la Dra. María Luisa ANASTASI DE WALGER, la primera juez de lo civil en la ciudad de Buenos Aires a partir de 1955. Todos profesores en la Universidad de Buenos Aires. Pero, adviértase bien que ninguno ejercía activamente la profesión de abogado y, por ello, eran ajenos a los difíciles meandros propios del litigio judicial.

Con tales alcances quedó incólume el constitucional *principio de reserva* normado en el artículo 75, inciso 12 de la Constitución nacional, según el cual las provincias no delegaron a la Nación la potestad de legislar en materia de procedimientos jurisdiccionales y bien guardaron para sí la tarea de normar el desarrollo de los procesos judiciales conforme la idiosincrasia de cada pueblo y las características de cada lugar[6].

Esta situación no duró muchos años. Por muy diferentes razones, entre las cuales predominaba la existencia de abundante bibliografía en el orden nacional y la escasa o nula en el interior provinciano, la vigencia del código ONGANÍA se propagó y logró sobrepasar la resistencia que tenazmente le pusieron, por ejemplo, los abogados de Mendoza[7] y de Córdoba[8], que tenían sendos códigos muy superiores en técnica legislativa al que se les impuso desde Buenos Aires.

Sólo quedaron indemnes Jujuy[9], La Rioja[10] y Santa Fe[11]. Las dos primeras, por haber adoptado la oralidad como regla de procesamiento en todos los fueros, lo que era incompatible con las disposiciones del Código de la Nación. Y Santa Fe, por tener desde 1962 un código de avanzada

6 Es obvio que no es lo mismo hacer, por ejemplo, una notificación en la ciudad de Buenos Aires que en la selva chaqueña o misionera o en las montañas del noroeste del país. Y es bien sabida la diferente idiosincrasia del habitante de la montaña respecto de quien vive en la costa fluvial o marítima.

7 Este es un caso notable de desacierto legislativo. La provincia gozó de excelente normativa procesal con la Lp 2.269, Código que redactó y comentó Ramiro PODETTI y que entró en vigencia el 29 de octubre de 1953, increíblemente derogado por la Lp 9.001 del 30 de agosto de 2018, que rige en la actualidad, para desesperación de quien hace profesión del sólo abogar en tribunales.

8 Se trata de la Lp 1.419 de 1896, derogada por Lp 8.465 de 1995 y modificada por las Lp 10555 y 10855, de trámite oral.

9 Es la Lp 1.967 de 1949. Su redactor fue el magistrado judicial Guillermo SNOPEK.

10 Es la Lp 1.575 de 1951. Su redactor fue el magistrado judicial Mario DE LA FUENTE.

11 Es la Lp 5.531 de 1962, modificatoria de la Lp 2.924 de 1940, modificatoria a su turno del Código que ISAÍAS GIL concibió en 1880. Sus redactores fueron los Dres. Eduardo B. CARLOS y Miguel Ángel ROSAS LICHTSCHEIN, ambos magistrados judiciales de carrera y profesores de la materia en la Universidad Nacional del Litoral.

para su época, definitivamente muy superior en su técnica legislativa y, por supuesto, mucho más amigable con el abogado litigante.

Como se habrá advertido luego de la lectura de las notas insertas a pie de página, ninguno de los códigos mencionados fue redactado por abogados en ejercicio del litigio, de esos que pechan mostradores y gastan suelas recorriendo diariamente los pasillos tribunalicios sufriendo habitualmente las injusticias de la Justicia. Y ese sufrimiento dura años, sin que a nadie importe nada y sin que nadie atine a solucionarlo...

Todos los códigos entonces vigentes eran acordes con su época, en una Argentina deslumbrada por las ideas y logros del fascismo italiano, con filosofía política incompatible con el concepto de república liberal, propio de la Constitución.

Históricamente, la noción de proceso se juridizó como un claro *límite al poder*, legislado a favor del imputado civil o penalmente, no a favor del juez llamado a investigarlo. Y la concepción fascista del proceso invirtió el orden de los valores procesales, privilegiando al juez y no a la parte.

El punto de partida de ese pensamiento totalitario fue la *Ordenanza austríaca de 1895*, redactada por Franz KLEIN, Guardasellos del Emperador Francisco José, para quien el proceso *era un mal en sí mismo*, que había que erradicar a toda costa.

En la segunda mitad del siglo XX, por influencia de algunos docentes de la materia y de la literatura jurídica que la editorial EJEA[12]

12 Hablo de la *Editorial Jurídica Europa América* (EJEA), fundada y dirigida por dos notables y siempre recordados procesalistas: Niceto ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, exiliado español radicado en México desde el final de la guerra civil española, y Santiago SENTIS MELENDO, también exiliado, pero radicado en Buenos Aires, Argentina. La tarea editorial comenzó con la publicación de obras escritas por ambos y continuó con algunos ya entonces clásicos de la literatura italiana y alemana. Eso posibilitó primariamente que los estudiosos argentinos conocieran lo más granado del pensamiento procesal europeo y pronto lo adoptaran como propio, sin advertir que todos los autores glosaban el código fascista o el código nazi. Que fueron, a no dudar, muy buenos en lo técnico. Pero a partir de filosofías políticas que sostenían las bases mismas de

introdujo en la Argentina y en México, todas las ideas totalitarias se afianzaron. Hasta hoy.

Gracias a ello, conocimos acá y en detalle el pensamiento de extensa nómina de autores que glosaron el código italiano de 1940 y el código alemán de 1937, normas promulgadas bajo el gobierno de Benito MUSSOLINI y de Adolf HITLER, respectivamente, y que fueron –son– instrumentos de control social, no bastiones últimos de la libertad individual.

Y con tales filosofías contrarias a la noción misma de república, se redactaron todos los códigos argentinos de mediados del siglo XX.

Aunque suene absolutamente increíble, esas ideas siguen deslumbrando a los procesalistas actuales de toda América Latina, que pontifican que *la modernidad es Klein*, y persisten legislando códigos inspirados en el código italiano del 40, a contrapelo de las constituciones libertarias, entre las cuales se encuentra la del Perú.

Al elenco de los códigos forjados con esas ideas pertenece el de Santa Fe, que puede ser criticado en este aspecto, al igual que el Código de la Nación. Sin embargo, gracias al inusual conocimiento de los conceptos procesales fundamentales, sus autores produjeron una obra técnicamente superior en todo sentido. Por eso es que aún permanece solitariamente vigente, resistiendo las reformas que de cuando en cuando quieren introducirle los desconocidos de siempre, y por eso es modelo ejemplar tenido en cuenta en este *Manual...*

Que esta detenida explicación satisfaga al lector respecto al porqué de las recurrentes citas a una normativa que le es extraña.

Para finalizar: a mi pedido y como clara muestra de buena voluntad y de extrema dedicación docente, el Profesor PÉREZ RÍOS aceptó incluir al final de cada Lección un texto propio (Textos de cátedra) compuesto a base de sus enseñanzas en clase, conteniendo numerosas y oportunas

las respectivas leyes, que se mostraban claramente incompatibles con la propia de la Constitución nacional. Y así nos fue... Hasta ahora. Y particularmente, con el código de la provincia de Buenos Aires...

citas autorales que yo he evitado en toda mi obra, pretendiendo mostrar sólo cómo opera y debe operar un *sistema* procesal libertario. De tal manera, y si bien se mira, es una obra dentro de otra obra, con lo cual ésta se enriquece notablemente. De ahí que haga constar acá mi sincero agradecimiento por tan valioso aporte doctrinal.

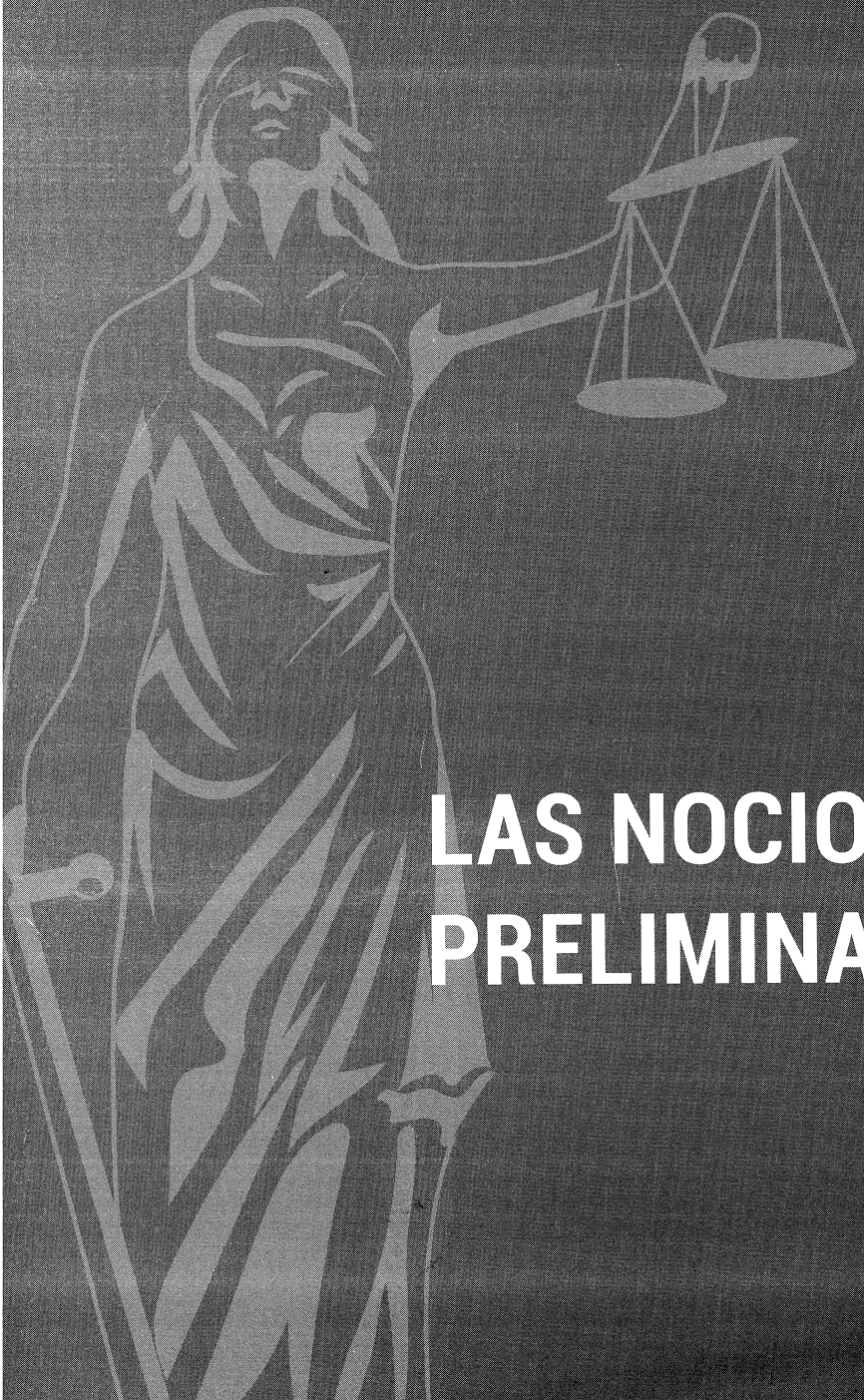
Adolfo Alvarado Velloso
Rosario, Argentina, terminando el verano de 2022/2023
alvaradovelloso@gmail.com

ABREVIATURAS

art.	artículo
C de PP	Código de Procedimiento Penales del Perú
CADH	Convención Americana de Derechos Humanos
CC	Código Civil peruano
Cc Arg.	Antiguo Código Civil de la República Argentina (Ley 340 de 1869)
Cc Uru.	Código Civil uruguayo (Ley 16.603)
Ccc	Código Civil y Comercial de la Nación Argentina (Ley 26.994 de 2014)
CGP	Código General del Proceso uruguayo (Ley 15982)
Cn	Constitución de la Nación Argentina
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
Cp	Código Penal
CPC	Código Procesal Civil peruano
Cpc del Chaco	Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia del Chaco (Argentina)
Cpc de Colombia	Código Procesal Civil de Colombia
Cpc de Corrientes	Código Procesal Civil y Comercial de Corrientes (Argentina)
Cpc de Formosa	Código Procesal Civil y Comercial de Formosa (Argentina)
Cpc de Italia	Código Procesal Civil de Italia
Cpc de La Pampa	Código Procesal Civil y Comercial de La Pampa (Argentina)

Cpc de Paraguay	Código Procesal Civil de Paraguay (Ley 1337)
CPC Uruguay	Código Procesal Civil de Uruguay
Cpcn	Código Procesal, Civil y Comercial de la Nación Argentina (Ley 17.454)
CPCo	Código Procesal Constitucional del Perú (Ley 31307)
Cpcsf	Código Procesal Civil de Santa Fe (Argentina, Ley 5531)
Cpe	Código Penal argentino
CPP	Código Procesal Penal peruano de 2004
Cppn	Código Procesal Penal de la Nación Argentina, Ley 23.984
Cppsf	Código Procesal Penal de Santa Fe (Argentina, Ley 12734)
CSJN	Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina
inc.	inciso
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil de España (Ley 1/2000)
LGS	Ley General de Sociedades del Perú (Ley 26887)
Ln	Ley nacional argentina
Lopjsf	Ley Orgánica del Poder Judicial de Santa Fe (Argentina)
Lp	Ley provincial argentina
ord.	ordinal
SFE	Provincia de Santa Fe (Argentina)
TC	Tribunal Constitucional peruano
v.	ver
v. gr.	*verbi gratia* (por ejemplo)

UNIDAD I



LAS NOCIONES PRELIMINARES

LECCIÓN 1

LA NECESIDAD DEL PROCESO: SU PORQUÉ Y SU PARA QUÉ

SUMARIO

1. La causa del proceso: el conflicto y sus diversas manifestaciones (penal, civil, familia, laboral, administrativo, etcétera)
2. Las posibles soluciones del conflicto: importancia de los medios autocompositivos
   - 2.1. Autodefensa
   - 2.2. Autocomposición
     - 2.2.1. Los medios de autocomposición directa (sin la ayuda de nadie)
     - 2.2.2. Los medios de autocomposición indirecta (con la ayuda de otro)
       - 2.2.2.1. Amigable composición (o simple intento de acercamiento)
       - 2.2.2.2. Mediación
       - 2.2.2.3. Decisión
   - 2.3. La heterocomposición pública (pura o no conciliativa)
3. La razón de ser del proceso: su para qué
4. Una aproximación a la idea lógica de *proceso*
   - 4.1. La función del proceso
   - 4.2. Las nociones de *conflicto*, *litigio* y *controversia*
   - 4.3. La descripción del método de debate
   - 4.4. El objeto del proceso

1. LA CAUSA DEL PROCESO: EL CONFLICTO Y SUS DIVERSAS MANIFESTACIONES (PENAL, CIVIL, FAMILIA, LABORAL, ADMINISTRATIVO, ETCÉTERA)

Toda explicación habitual de la asignatura *Derecho Procesal* pasa por una obligada referencia inicial a la ley que rige la materia, con prescindencia del problema de la vida que generó su creación y vigencia. Creemos que ello no es correcto pues impide vincular adecuadamente

los dos extremos que se presentan en la aplicación de toda y cualquiera norma: la aparición del problema de convivencia y la solución que a ese problema le otorga la ley. De ahí que postulamos comenzar la explicación de este *Manual* con una primaria y obligada referencia a la *causa del proceso*: el *conflicto intersubjetivo de intereses*.

En esa tarea, creemos que es fácil de imaginar que un hombre viviendo en absoluta soledad (Robinson Crusoe en su isla, por ejemplo) –no importa al efecto el tiempo en el cual esto ocurra– tiene al alcance de la mano y a su absoluta y discrecional disposición todo bien de la vida suficiente para satisfacer sus necesidades de existencia y sus apetitos de subsistencia. En estas condiciones es imposible que él pueda, siquiera, concebir la idea que actualmente se tiene del Derecho. Fácil es también de colegir que este estado de cosas no se presenta permanentemente en el curso de la historia; cuando el hombre supera su estado de soledad y comienza a vivir en sociedad (en rigor, cuando deja simplemente de *vivir* para comenzar a *convivir*) aparece ante él la idea de *conflicto*: un mismo bien de la vida, que no puede o no quiere compartir, sirve para satisfacer el interés de otro u otros de los convivientes y, de tal modo, varios lo quieren contemporánea y excluyentemente para sí (comida, agua, techo, etcétera) con demérito de los apetitos o aspiraciones de alguno de ellos. Surge de esto una noción primaria: cuando un individuo (coasociado) quiere para sí y con exclusividad un bien determinado, intenta implícita o expresamente someter a su propia voluntad una o varias voluntades ajenas (de otro u otros coasociados): a esto le damos el nombre de *pretensión*.

Si una pretensión es inicialmente satisfecha (porque frente al requerimiento "¡dame!" se recibe como respuesta "te doy"), el estado de convivencia armónica y pacífica que debe imperar en la sociedad permanece incólume. Y en este supuesto el Derecho no se necesita. Pero si no se satisface (porque frente al requerimiento "¡dame!" la respuesta es "no te doy") resulta que a la pretensión se le opone una *resistencia*, que puede consistir tanto en un *discutir* como en un *no acatar o no cumplir un mandato vigente*.

Al fenómeno de *coexistencia de una pretensión* y *de una resistencia* acerca de un mismo bien en el plano de la realidad social le damos la denominación de *conflicto intersubjetivo de intereses.*

Hasta aquí hemos contemplado la idea de un pequeño e incipiente grupo social, en el cual los problemas de convivencia parecen ser acotados. Pero cuando el grupo se agranda, cuando la sociedad se convierte en nación, también se amplía –y notablemente– el campo conflictual. Si se continúa con la hipótesis anterior, ya no se tratará de imaginar en este terreno la simple exigencia de un "dame" con la respuesta "no te doy"; sino, por ejemplo, de determinar si existe una desinteligencia contractual y de saber, tal vez, si hay incumplimiento de una parte, si ello ha sido producto de la mala fe, si es dañoso y, en su caso, cómo debe medirse el perjuicio, etcétera.

Como es obvio, el estado de conflicto genera variados y graves problemas de convivencia que es imprescindible superar para resguardar la subsistencia misma del grupo. De ahí que seguidamente pasamos a esbozar sus posibles soluciones.

2. LAS POSIBLES SOLUCIONES DEL CONFLICTO: IMPORTANCIA DE LOS MEDIOS AUTOCOMPOSITIVOS

Planteada elementalmente la noción de conflicto como la de un fenómeno inherente a la convivencia, parece razonable imaginar que en los primeros tiempos se terminaba sólo por *el uso de la fuerza*: el más fuerte, el que ostentaba armas, el más veloz, hacía prevalecer su voluntad sobre el débil, el indefenso, el lento. Y esto se presenta como disvalioso pues el uso indiscriminado de la fuerza no asistida por la razón genera destrucción. Por eso parece obvio que la fuerza debe ser erradicada de modo imprescindible para lograr la sobrevivencia de la sociedad misma como tal, pues descarto que el bíblico triunfo de David en su desigual lucha contra Goliat es una mera anécdota muy difícil de repetir en la historia. No creemos que haya posibilidad histórica cierta de saber cómo hizo el débil para convencer al fuerte en el sentido de eliminar el uso de

la fuerza y suplantarla por un medio no violento: el *uso de la razón*. En otras palabras: cómo hizo para lograr que la *fuerza de la razón* sustituyera a la *razón de la fuerza*, reemplazando el brazo armado por la palabra, que ostenta –como medio de discusión– la innegable ventaja de igualar a los contendientes. Pero es indudable que ello ocurrió en algún momento de los tiempos. Y al aceptar todos los coasociados la posibilidad de *dialogar* surgió como natural consecuencia la probabilidad de autocomponer sus conflictos pacíficamente, sin uso de armas o de fuerza. Sin embargo, y como se verá en el número siguiente, no pudo prescindirse definitivamente del uso de la fuerza, siendo menester aceptarla cuando su equivalente –el proceso– llegaría tarde para evitar la consumación de un mal cuya existencia no se desea.

Conforme a lo visto precedentemente, desencadenado un conflicto intersubjetivo de intereses, puede ser *disuelto* o *resuelto*, en definitiva y ya en un plano racional-lógico, mediante:

2.1. Autodefensa

Es un medio de autocomposición directa y unilateral mediante el cual la parte afectada por el conflicto no acepta el sacrificio del propio interés y hace uso de la fuerza cuando el proceso llegaría tarde para evitar la consumación del daño que teme o sufre. En el derecho argentino pueden verse numerosos ejemplos de autodefensa: en el Código penal, en cuanto autoriza la *legítima defensa*; en el Ccc, en tanto se permite el uso de la fuerza para proteger la posesión o para cortar raíces de árboles vecinos o para mantener expedita una propiedad, etcétera. Por lo demás, el d*erecho de retención*, el *despido*, la *huelga*, etcétera, son derivaciones del principio de autodefensa o autotutela.

2.2. Autocomposición

Es un medio que puede presentarse *unilateral* o *bilateralmente* y operar en forma *directa* (por los propios interesados y sin la ayuda de nadie) o *indirecta* (con la ayuda de un tercero). Veamos cuáles son:

2.2.1. Los medios de autocomposición directa (sin la ayuda de nadie)

Las propias partes son quienes llegan espontáneamente a la composición del conflicto, haciendo que éste se disuelva a base de uno de tres posibles medios dependientes en forma exclusiva de la voluntad de ellas mismas: A) el pretendiente renuncia unilateralmente al *total* de su pretensión; B) el resistente renuncia unilateralmente al *total* de su resistencia; C) ambos contendientes renuncian en forma bilateral, simultánea y recíproca, *a parte* de sus posiciones encontradas. Este juego de renuncias origina tres instituciones jurídicas: el *desistimiento*, el *allanamiento* y la *transacción*, denominaciones con las cuales se definen, respectivamente, a los tres supuestos recién vistos. Tales medios constituyen distintas formas mediante las cuales las partes pueden *conciliar* sus intereses. Fácil es de advertir que, en cualquiera de tales supuestos, la conciliación opera como un verdadero *resultado*, pues nada se precisa ya para dar por terminado y superado el conflicto que mantenían los interesados (*se ha disuelto sin necesidad de que nadie lo resuelva*).

2.2.2. Los medios de autocomposición indirecta (con la ayuda de otro)

Sin disolver el conflicto planteado, las partes llegan bilateralmente a un acuerdo mediante el cual permiten que un tercero efectúe actividad conciliadora con el fin de acercar los intereses contrapuestos y lograr que ellas mismas puedan lograr la anhelada disolución mediante uno de los medios directos ya vistos precedentemente: desistimiento, allanamiento o transacción. Esta actividad puede presentarse como tareas de:

2.2.2.1. Amigable composición (o simple intento de acercamiento)

El tercero, actuando espontáneamente con plena aceptación de ambos interesados o acatando expreso pedido de ellos (de ahí la bilateralidad del medio), se limita a intentar su conciliación, dando consejo y haciendo ver los inconvenientes que puede engendrar el litigio, pero

sin proponer soluciones que, de haberlas, surgirán de las mismas partes en conflicto quienes lo disolverán así por uno de los medios ya conocidos: desistimiento, allanamiento o transacción. En este caso la actividad que cumple el tercero constituye sólo un *medio* de acercamiento para que los interesados lleguen por sí mismos al *resultado de la autocomposición* (*el conflicto se disuelve sin que nadie lo resuelva*);

2.2.2.2. Mediación

El tercero, acatando pedido expreso de ambas partes (otra vez se advierte la bilateralidad del medio), asume un papel preponderante en las tratativas y, por ende, diferente del caso anterior: ya no se limita a acercar amigablemente a los interesados, sino que *asume la dirección de las tratativas y hace proposiciones* que, nótese bien, ellos tienen plena libertad para aceptar o rechazar. De lograrse el acuerdo, se trasuntará otra vez en un desistimiento, un allanamiento o una transacción. Al igual que en el supuesto anterior, la actividad desplegada por el tercero sólo es un *medio* para que los contendientes lleguen por sí mismos al resultado de la composición (nuevamente, *el conflicto se disuelve sin que nadie lo resuelva*);

2.2.2.3. Decisión

El tercero, a pedido expreso de las partes y dentro de los límites que ellas expresamente fijen al efecto, asume un papel aún más preponderante: no sólo intenta el acercamiento (cual lo hace el *amigable componedor*): no sólo brinda propuestas de soluciones (cual lo hace el *mediador*), sino que, luego de escucharlas en pie de perfecta igualdad, *emite decisión* que *resuelve* definitivamente el conflicto, pues las partes se han comprometido en forma previa a acatarla. Como se ve el caso es por completo diferente de los anteriores: aquí, la actividad del tercero –al igual que la del juez en el proceso judicial– muestra una verdadera *composición* (sólo que privada) que deja de ser *medio* para convertirse en *resultado*: el *arbitraje* o el *arbitramento* (ya se verán sus diferencias). En otras palabras: no se trata ya de *auto*, sino de *heterocomposición privada.* Cuando no media acuerdo de las

partes interesadas y, por tanto, se descarta la autocomposición (directa o indirecta) la solución del conflicto pasa exclusivamente y como *alternativa final* por el *proceso judicial.* Y ello muestra el otro medio posible de heterocomponer el conflicto. El primero es de carácter *privado* (arbitraje y arbitramento). El segundo es la heterocomposición pública.

2.3. La heterocomposición pública (pura o no conciliativa)

Es éste un medio unilateral cuya iniciación depende sólo de la voluntad del pretendiente: ante la falta de satisfacción de su pretensión por parte del resistente, el pretendiente ocurre ante el órgano de justicia pública requiriendo de él la sustanciación de un proceso susceptible de terminar en sentencia que acoja su pretensión. Ya se verá oportunamente cómo queda vinculado el resistente al proceso y a sus efectos. De tal modo, su decisión opera como *resultado.* Por las razones recién explicadas, éste es el único supuesto de *resolución* que escapa al concepto genérico de *conciliación.*

Sintetizando metódicamente lo precedentemente explicado, cabe decir aquí que todo conflicto intersubjetivo de intereses puede ser solucionado por cuatro vías diferentes: A) *por el uso de la fuerza*, que debe descartarse a todo trance para mantener la cohesión del grupo social. Claro está, la afirmación tiene algunas excepciones que mencionaremos en el número siguiente; B) *por el uso de la razón*, que iguala a los contendientes y permite el diálogo: éste posibilita lograr una *autocomposición directa* que se traduce en una renuncia total del pretendiente (cuando ello se juridiza recibe el nombre de *desistimiento*); en una renuncia total del resistente (*allanamiento*) y en sendas renuncias recíprocas y parciales (*transacción*); C) *por el uso de la autoridad de un tercero*, que permite lograr una *autocomposición* (desistimiento, allanamiento, transacción) *indirecta* gracias a la *amigable composición* o a la *mediación* de tal tercero, cuya intervención al efecto aceptan los interesados. También permite llegar a una *heterocomposición privada* cuando el tercero (que no es *juez*, sino árbitro o *arbitrador*) adopta una actitud de *decisión*; D) *por el uso de la ley*: siempre que los contendientes descarten las soluciones autocompositivas, y dado

que no pueden usar la fuerza para disolver el conflicto, deben lograr la *heterocomposición pública* con la resolución de un tercero que es *juez*. Ello se obtiene exclusivamente como resultado de un proceso. Como es fácil de imaginar, esta es la única alternativa posible en materia penal.

Seguidamente presentamos un cuadro sinóptico conteniendo las distintas formas de componer el conflicto y el litigio a fin de facilitar al lector una más rápida fijación del tema.

<table>
<tr><td rowspan="6">Desatado el conflicto se soluciona con</td><td colspan="6">Autodefensa (uso de la fuerza legitimada por ley)</td></tr>
<tr><td rowspan="5">Conciliación</td><td rowspan="5">Supone siempre una autocomposición que puede operar como</td><td>Resultado: se traduce siempre en</td><td colspan="4">Allanamiento (renuncia total del resistente)
Desistimiento (renuncia total del pretendiente)
Transacción (renuncia reciprocas parciales)</td></tr>
<tr><td rowspan="4">Medio: que conduce a una</td><td rowspan="4">Hetero-composición que actúa como</td><td rowspan="3">Medio: puede ser</td><td>Amigable composición</td><td>Conducen a una de las formas de autocomposición como resultado</td></tr>
<tr><td>Mediación</td><td>de hecho</td></tr>
<tr><td>Resultado</td><td>Arbitraje</td><td>de derecho</td></tr>
<tr><td colspan="6">Heterocomposición (pública): proceso judicial</td></tr>
</table>

3. LA RAZÓN DE SER DEL PROCESO: SU PARA QUÉ

Si la *idea de proceso* se vincula histórica y lógicamente con la necesidad de organizar un método de debate dialéctico y se recuerda por qué fue menester ello, surge claro que *la razón de ser del proceso no puede ser otra que la erradicación de la fuerza en el grupo social*, para asegurar el mantenimiento de la paz y de normas adecuadas de convivencia. Empero –y esto es obvio– la idea de fuerza no puede ser eliminada del todo en un tiempo y espacio determinado, ya que hay casos en los cuales el Derecho, su sustituto racional, llegaría tarde para evitar la consumación de un mal cuya existencia no se desea: se permitiría así el avasallamiento del atacado y el triunfo de la pura y simple voluntad sin lógica. Tal circunstancia hace posible que, en algunos casos, la ley permita a los particulares utilizar cierto grado de fuerza que, aunque ilegítima en el fondo, se halla *legitimada* por el propio derecho (por ejemplo, si alguien intenta despojar a otro de su posesión, puede éste oponer –para rechazar el despojo– una fuerza igual a la que utiliza el agresor).

Al mismo tiempo, y esto es importante de comprender, el Estado (entendido en esta explicación como el todo del núcleo social ya jurídicamente organizado) también se halla habilitado –por consenso de sus coasociados– para ejercer actos de fuerza, pues sin ella no podría cumplir su finalidad de mantener la paz. Piénsese, por ejemplo, en la necesidad de *ejecutar compulsivamente una sentencia*: ¿qué otra cosa, sino, *uso de la fuerza* es el acto material del desahucio, del desapoderamiento de la cosa, de la detención de la persona, etcétera? Realmente, esto se presenta como una rara paradoja: para obviar el uso de la fuerza en la solución de un conflicto, se la sustituye por un debate dialéctico que termina en una decisión final que –a su turno– originará un acto de fuerza al tiempo de ser impuesta al perdidoso en caso de que éste no la acate y cumpla espontáneamente. En suma: todo el derecho, ideado por el hombre para sustituir la autoridad de la fuerza, al momento de actuar imperativamente para restablecer el orden jurídico alterado se convierte o se subsume en un acto de fuerza: *la ejecución forzada de una sentencia.*

Estas circunstancias hacen que, como inicio de cualquiera exposición sobre el tema, deba ponerse en claro que el acto de fuerza puede ser visto desde un triple enfoque: a) es *ilegítima* cuando la realiza un particular; b) es *legitimada* cuando excepcionalmente el Derecho acuerda al particular la posibilidad de su ejercicio en determinadas circunstancias y conforme a ciertas exigencias o requisitos que en cada caso concreto se especifican con precisión; c) es *legítima*, por fin, cuando la realiza el Estado *conforme con un orden jurídico esencialmente justo y como consecuencia de un proceso.* De tal modo, y a fin de completar la idea inicialmente esbozada, ya se puede afirmar que la *razón de ser del proceso es la erradicación de toda fuerza ilegítima dentro de una sociedad dada.* No importa al efecto que una corriente doctrinal considere que el acto de juzgamiento es nada más que la concreción de la ley, en tanto que otras amplían notablemente este criterio; en todo caso es imprescindible precisar que la razón de ser del proceso permanece inalterable: se trata de mantener la paz social, *evitando que los particulares se hagan justicia por mano propia.*

4. UNA APROXIMACIÓN A LA IDEA LÓGICA DE *PROCESO*

4.1. La función del proceso

Ya hemos mostrado al proceso como un medio pacífico de debate mediante el cual los antagonistas *dialogan* para lograr la solución de los conflictos intersubjetivos de intereses y cuya razón de ser se halla en la necesidad de erradicar la fuerza ilegítima en una determinada sociedad. Así contemplado, el proceso cumple una doble función: a) *privada*: es el instrumento que tiene todo individuo en conflicto para lograr una solución (*rectius*: resolución) del Estado, al cual debe ocurrir necesariamente –como alternativa final– si es que no ha logrado disolverlo mediante una de las posibles formas de autocomposición; b) *pública*: es la garantía que otorga el Estado a todos sus habitantes en contrapartida de la prohibición impuesta respecto del uso de la fuerza privada. Para efectivizar esta garantía, el Estado organiza su Poder Judicial y describe *a priori* en la ley el método de debate, así como las posibles formas de ejecución de lo resuelto acerca de un conflicto determinado.

4.2. Las nociones de *conflicto*, *litigio* y *controversia*

Hasta ahora, hemos presentado de modo lato la *noción de conflicto*, que puede existir en la realidad social con distintos *contenidos*: moral, religioso, filosófico, político, jurídico, económico, etcétera.

Cabe limitar ahora el concepto al de contenido *exclusivamente jurídico* y que se presenta en la vida social cuando existe un choque intersubjetivo de intereses (coexistencia de una pretensión y de una resistencia) por desconocimiento o violación de un precepto que preordena una conducta que en los hechos no se cumple: por ejemplo, el comprador no paga el precio de la cosa adquirida, no obstante ser ésa la conducta que el precepto legal ordena expresamente; a raíz de ello, el vendedor pretende cobrar dicho precio y el comprador se resiste a pagarlo. Ya se sabe que este conflicto puede tener diversas soluciones autocompositivas; pero si éstas no pueden ser logradas, al vendedor-pretendiente que no puede hacer uso de la fuerza no le queda otro camino que incoar un proceso

mediante una *demanda* en la cual debe *afirmar* necesariamente (es una regla de juego de ineludible cumplimiento) la existencia del conflicto en el plano de la realidad social (lo mismo ocurre cuando se efectiviza una conducta tipificada como delito por la ley).

Esa *necesaria afirmación* convierte al simple diálogo en una verdadera *dialéctica*, en la cual el pretendiente afirma un hecho (*tesis*), el resistente lo niega (*antítesis*) y, eventualmente, el juez produce la conclusión (*síntesis*) en su sentencia dando o no por demostrada la tesis en orden a los medios de confirmación que alguno de los interesados haya acercado en función de reglas que establecen a quién le compete la tarea de confirmar. El cumplimiento de esta tarea se efectúa en un *plano estrictamente jurídico* (el del proceso), obviamente diferente *del plano de la realidad social*, pudiendo ocurrir que entre ambos exista o no plena coincidencia. Y es que, salvo raras y contadas excepciones, la garantía estatal de resolución de conflictos es amplísima, por lo que en general no se veda ni se limita la posibilidad jurídica de demandar que tiene todo particular. De ahí que pueda hacerlo *quien sabe que no tiene razón* (pues sabe que el conflicto no existe en la realidad o que carece de sustento jurídico) o *quien cree que la tiene aun cuando así no sea* (cree equivocadamente que el conflicto existe cuando nunca se formalizó en la realidad social). Aunque es improbable que en estas condiciones se otorgue satisfacción judicial a tal pretensión, la existencia de la simple posibilidad de demandar por quien carece de toda razón hace necesario distinguir la noción de *conflicto* de otra que usaremos a menudo en esta obra: la de *litigio*.

Si *conflicto* es la coexistencia de una pretensión y de una resistencia en el plano de la realidad social, *litigio* es la *simple afirmación*, en el plano jurídico del proceso, de la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social, *aun cuando de hecho no exista o no haya existido tal conflicto*.

Por constituir dos conceptos *cualitativamente* diferentes, resulta conveniente distinguir acabadamente entre *conflicto* y *litigio* y tener presente que: a) puede existir *conflicto sin litigio*: cuando se mantiene

en el estricto plano de la realidad, sin disolverse ni ser resuelto pues el pretendiente no demanda judicialmente y se contenta con continuar en su estado de insatisfacción; b) puede existir *litigio sin conflicto*: cuando el pretendiente demanda sabiendo que no hubo conflicto en el plano de la realidad o creyendo que existió aunque así no haya sido (ello explica el rechazo de una pretensión por parte del juez); c) puede existir *litigio con conflicto* (o, a la inversa, *conflicto con litigio*): cuando éste es trasladado del plano de la realidad al jurídico del proceso: el pretendiente demanda afirmando y pudiendo confirmar la razón que le asiste. Resulta así que la noción de *litigio* –y no la de conflicto– es inseparable de la función judicial y una de las bases necesarias del concepto de *proceso.* En rigor, y como luego se explicará, *no puede darse lógicamente un proceso sin litigio* (aunque sí sin conflicto).

Por último, se entiende por *controversia* la efectiva discusión operada en un proceso respecto del litigio que lo origina; cabe aquí acotar que puede ocurrir que no haya tal controversia pues el resistente acepta liminarmente los extremos de la pretensión del actor y, por ende, no presenta debate. De ahí que pueda existir litigio *con* y *sin controversia*, según sea la actitud que al respecto adopte el demandado.

4.3. La descripción del método de debate

Como no podía ser de otra manera, la antigüedad remota concibió al proceso como un diálogo de corte estrictamente *sacramental*, con la utilización de fórmulas retóricas insoslayables ante sacerdotes que, mediante sacrificios de animales u otros métodos similares, daban una solución con inspiración divina. Civilizaciones posteriores organizaron combates armados con invocación a Dios, con la creencia de que triunfaría aquel que tuviera su protección (*Juicios de Dios*) o, con una crueldad propia de la época, se sometía al individuo a *ordalías* tales como bañarlo en aceite hirviendo, sumergirlo en agua durante tiempo prolongado, etcétera, no estando hoy de acuerdo los autores en si la inocencia se demostraba saliendo indemne de la prueba o pereciendo en ella el incriminado, so capa esto de diversas explicaciones. Posteriormente, el debate perdió su

sentido místico y se *racionalizó* al punto de idearse *una serie de actos* para realizar la discusión en diálogo efectuado ante el juez.

Sin perjuicio de señalar que oportunamente se verán los distintos sistemas de procesamiento y el pensamiento filosófico-político que los inspiran, en esta tarea de acercamiento a la noción de proceso, adelantamos que la serie de actos a cumplir debe guardar el siguiente orden estricto, que opera como *modelo patrón* de la discusión:

a) una primera etapa, de carácter introductorio y constitutivo, está integrada por una necesaria *afirmación del pretendiente* (ya en el proceso se lo denomina *actor* o *acusador*) respecto de la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social y del pedido de solución o de sanción conforme con la norma jurídica que ha sido desconocida en los hechos o en la cual éstos se han encuadrado. Como es fácil de imaginar, y por importante que sea la afirmación o la persona del actor, el juez no puede resolver sin escuchar previamente la versión de los hechos por parte del resistente, que puede ser por completo distinta. Se trata, simplemente, de oír dos campanas antes de decidir por cuál de ellas optar. Es por eso que esta etapa introductoria se completa con:

b) una segunda, constituida por una *posibilidad de negación* del resistente (ya en el proceso se lo denomina *demandado* o *reo*) respecto de la afirmación efectuada por el actor o acusador. Por ejemplo, el actor Pedro asevera que el demandado Juan es su deudor pues le vendió y entregó una mercadería cuyo precio en dinero no pagó (litigio); por tanto, reclama (pretensión) que el juez lo condene (al sentenciar) a oblarle dicho precio. A su turno, e iniciado ya el proceso, el demandado Juan sostiene que nada debe (resistencia) pues no existió la compraventa de mercadería cuya existencia afirma el actor Pedro (controversia). Ante tan disímiles posiciones, el juez debe resolver dando la razón a uno o a otro, en todo o en parte. De ello surge que, lógicamente, siempre hay un ganador y un perdedor pues es imposible *empatar* en el resultado del proceso. Obviamente, si ambos contendientes actúan en pie de igualdad y, por tanto, no sirve al efecto conocer cuál de los dos es más importante, o más rico,

o con más prestigio social, etcétera, pues nada de ello importa dentro del proceso –donde la natural *desigualdad* que hay entre los hombres se *iguala jurídicamente*– el juzgador debe historiar en el pasado para conocer qué fue lo realmente acaecido. A efecto de contar con los elementos suficientes para hacerlo, posibilitará la apertura de

c) una tercera etapa, de carácter *confirmatorio* (las afirmaciones se confirman), durante la cual cada uno de los interesados (*partes del proceso*) –mediante el cumplimiento de reglas técnicas claras y precisas que enunciaremos oportunamente– allegará al juez los medios (numerosos y disímiles) acreditantes de las respectivas versiones. Como el objeto de la *confirmación* es lograr el *convencimiento del juez*, debe pensarse en que ello no sea posible o fácil de conseguir sin la unión racional de los diversos elementos aportados. De ahí resulta necesario que, luego de presentado todo el material de confirmación, cada uno de los interesados tenga la posibilidad de unirlo lógicamente para que pueda cumplir su objeto. Ello origina

d) una cuarta etapa, de *alegación*, durante la cual cada *parte* hace una evaluación del aludido material, encuadrando los hechos acreditados en la norma jurídica que rige el caso sometido a juzgamiento.

En síntesis, la *serie* se compone de los siguientes actos que deben concatenarse en un orden lógico que no puede ser alterado: afirmación-negación-confirmación-alegación. Sin la totalidad de los actos que componen la serie *no existe proceso* tal como lo concebimos acá. Ya volveremos nueva y recurrentemente sobre este tema. Y la serie es idéntica para *todos* los supuestos justiciables: no interesa cuál es la materia a decidir (civil, comercial, penal, etcétera) ni quiénes son los contendientes, ya que *tal serie es la que hace que un proceso sea un proceso y no otra cosa.*

4.4. El objeto del proceso

La serie de actos recién descritos –afirmación, negación, confirmación y alegación– constituye el *proceso*, entendido como *medio de debate.*

Toda la serie procesal –procesamiento– tiende a su natural y único *objeto*: lograr una declaración del juez ante quien se presenta el litigio, aunque, de hecho, muchas veces no se llegue a ello pues los interesados –en algunos casos– prefieren soluciones autocompositivas que evitan la heterocomposición. Tal declaración se efectúa en la *sentencia*, que viene a constituirse así en el *objeto del proceso* (es decir el punto hacia el cual tiende o su objetivo final).

Como es fácil de comprender luego de lo expresado, la sentencia es el *acto judicial que resuelve* (heterocompositivamente) *el litigio ya procesado*, mediante la aceptación que el juez hace de alguna de las encontradas posiciones (tesis – antítesis) mantenidas por los antagonistas (pretendiente-actor o acusador y resistente-demandado o reo) luego de evaluar (según ciertas reglas precisas) los medios confirmatorios de las afirmaciones efectuadas por el actor (en función de las negativas del demandado respecto de ellas) y de la aplicación particularizada al caso de una norma jurídica que preexiste en abstracto y con carácter general.

Ya se verá en la Lección 23 qué es intrínsecamente la sentencia y cuál es su importancia en el mundo jurídico.

TEXTO DE CÁTEDRA*

EL PROCESO JURISDICCIONAL

SUMARIO

1. Cuestión previa
2. Derecho sustantivo y proceso
3. Sobre la idea de proceso en general
4. El proceso jurídico
5. El proceso jurisdiccional
6. Proceso y procedimiento
7. Teorías
   7.1. El proceso como contrato
   7.2. Teoría de la relación jurídica
   7.3. El proceso como situación jurídica
   7.4. El proceso como institución
   7.5. Otras teorías
8. ¿Fines del proceso?

1. CUESTIÓN PREVIA

Constituye un hito histórico procesal la publicación de la *Curia Philipica*[13] en Lima el año 1603 por el destacado abogado Juan de Hevia Bolaños. El mérito de esta obra radica en el esfuerzo sistematizador normativo realizado en tierras americanas, peruana en particular, por dotar a

* Por el profesor Carlos Antonio Pérez Ríos.

13 En esta obra se regula los juicios forenses civiles, criminales, eclesiásticos y seculares; y está escrito para profesores, jueces, abogados escribanos, procuradores y otras personas. Es la primera obra que se escribe y publica en tierras americanas, con el propósito de ordenamiento y sistematización y, por consiguiente, pionera de los códigos que se han escrito por estos lares.

los jueces, abogados y justiciables de un instrumento de acceso a la justicia; un compendio de los procedimientos civiles, criminales, eclesiásticos y seculares de ese entonces, en el cual subyace la idea de proceso. No está demás decir que la *Curiæ Philipica* es hija de su tiempo y, como tal, está basada fundamentalmente en *Las Partidas* y todo lo desarrollado hasta ese entonces en España y en estos lares.

Los juristas europeos y americanos, desde la segunda mitad del siglo XIX y la primera del siglo XX, han desplegado esfuerzos meritorios para penetrar en la esencia de categorías jurídicas fundamentales relacionadas con el acceso al servicio de justicia. Particularmente fueron estudiadas categorías tales como acción, jurisdicción y proceso, hasta colocar al Derecho Procesal en el sitial actual de una auténtica disciplina jurídica autónoma.

En cuanto a la noción de *proceso* son fundamentales los trabajos realizados por los profesores alemanes Oscar von Bulow y James Goldschmidt. A continuación, efectuamos una revisión condensada de lo alcanzado sobre la noción de proceso, concebido como aquel medio instituido por los Estados para viabilizar y materializar la conjunción dialéctica de la jurisdicción y la acción, en aras del otorgamiento de tutela jurisdiccional efectiva y la consiguiente preservación de la paz social.

2. DERECHO SUSTANTIVO Y PROCESO

La resistencia de las personas a cumplir sus prestaciones o contraprestaciones libremente asumidas; la potestad de reclamar el nacimiento, modificación o extinción de un *status* jurídico, la comprobación de un derecho, así como la prohibición estatal de la autotutela[14], son los factores que explican y justifican plenamente los conceptos de acción, jurisdicción y proceso.

14 El artículo 417 del Código Penal peruano dispone: "El que, con el fin de ejercer un derecho, en lugar de recurrir a la autoridad, se hace justicia arbitrariamente por sí mismo, será reprimido con prestación de servicio comunitario de veinte a cuarenta jornadas."

El proceso asume una función instrumental respecto al derecho subjetivo y positivado porque está orientado a asegurar al titular del derecho los mismos intereses avalados por el ordenamiento jurídico. Es decir, el proceso permite al interesado obtener lo que en situaciones armoniosas el derecho sustancial debe garantizar.

El incumplimiento obligacional total o parcial por una de las partes genera una *crisis de cooperación*[15] lo que da lugar a un conflicto intersubjetivo de intereses. Pues bien, la recomposición del orden ya no puede emerger de las partes, sino del Juez en el ejercicio del poder estatal (*Ius imperio*), mediante la expedición de una resolución que imponga al moroso el deber de prestación, razón por la cual estas son resoluciones de condena. Existen situaciones en las que la pretensión siendo condenatoria, no tiene como punto de partida una relación jurídica obligacional, su único sustento es la ley, tal como sucede con las pretensiones indemnizatorias por responsabilidad civil extracontractual, cuya condena emerge del proceso, con la decisión judicial en la que el juez impone la condena obligacional.

En otras circunstancias el interesado no podría exigir a su contraparte el cumplimiento de una prestación porque no se trata de obligaciones incumplidas o cumplidas parcialmente; se trata de situaciones en las que el justiciable acude al proceso para la satisfacción de su interés; así, en la pretensión de divorcio la satisfacción del interés del actor es poner fin a su *status* jurídico de casado mediante la disolución del vínculo matrimonial, supuesto en el cual la pretensión es constitutiva extintiva; o cuando la pretensión del actor es ser declarado sucesor del causante al haber sido preterido, eventualidad en la que la pretensión es constitutiva adquisitiva, o cuando el actor reclama ser considerado copropietario de un bien indiviso, solo con la sentencia estimatoria el actor adquirirá el *status* legal de copropietario. Puede verse que en estos casos estamos frente al nacimiento, extinción o modificación de un *status* jurídico, tal cual sucede con las pretensiones constitutivas.

15 Según palabras de Andrea PROTO PISANI.

En todo caso, sea que estemos frente a crisis de cooperación (pretensiones condenatorias) por transgresiones obligacionales totales o parciales o frente al nacimiento, modificación o extinción de situaciones jurídicas (pretensiones constitutivas), el juez, las partes y terceros tienen que valerse del proceso cuando tales pretensiones no han sido satisfechas mediante mecanismos negociales autocompositivos y previos al proceso.

3. SOBRE LA IDEA DE PROCESO EN GENERAL

Según el *Diccionario de la lengua española*, *proceso* proviene del vocablo latino *processus* que significa acción de ir hacia delante, transcurso del tiempo, conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno natural o de una operación artificial.

La categoría proceso involucra la noción de desarrollo, progreso, o marcha de una acción transformadora e implica la existencia de un determinado grado de sistematización y orden. No escapa a nuestra consideración la existencia de procesos regresivos o de involución.

La palabra proceso no es una categoría exclusiva del derecho ni mucho menos del derecho procesal; en su acepción común sirve para indicar un fenómeno considerado en su desarrollo; en tal sentido proceso viene a ser el conjunto de actos secuenciales conducentes a determinado resultado o fin. El término proceso agota su valor semántico esencial en dicha idea.

Francisco Ramos Méndez, en su obra *Derecho y proceso*, informa que ya en 1950 Miguel Fenech Navarro había puesto de relieve cómo la noción de proceso trasciende el campo del derecho procesal, por no ser un concepto específico y limitado de esta ciencia y al señalar que en el mundo de las ideas y en la realidad existen muchos procesos, de los cuales solamente uno es objeto de estudio por el derecho procesal[16].

16 Ramos Méndez, Francisco. *Derecho y proceso*. Librería Bosch, Barcelona, 2000, pp. 42-43.

Si tomamos en cuenta la existencia o inexistencia de factores bióticos para aproximarnos a una clasificación de proceso *en general*, tendremos procesos abióticos en los que no existe vida como un proceso de erupción volcánica, los procesos químicos o físicos, etc. De otro lado tendremos *procesos bióticos* en los que existe vida, como el proceso de fecundación, los procesos de alimentación, etcétera. Ciertamente, a nosotros nos interesan los procesos bióticos humanos, en particular dentro de estos nos interesan sólo los que tienen carácter volitivo. En esta decantación, son de nuestro especial interés los procesos bióticos con trascendencia en el mundo del derecho, especialmente en la obtención de tutela jurisdiccional.

Entonces, en este último grupo de procesos bióticos, humanos y volitivos, podemos hablar del proceso de creación de una obra de arte, del proceso de elaboración de textiles, del proceso fabricación de productos químicos, el proceso terapéutico, el proceso de elaboración de una tesis, de suscripción de un contrato, de promulgación de una ley, de imposición de una sanción penal, etcétera. El logro de determinado fin impregna de sustantividad especial al proceso. Los fines u objetos no son del proceso[17], sino de quienes se valen de él; la elaboración de la tesis es finalidad del tesista, no del proceso; el descubrimiento de determinado producto médico es finalidad del químico farmacéutico o del médico investigador y del laboratorio que patrocina la investigación, no del proceso de invención o fabricación del producto; el restablecimiento de la paz social en justicia es finalidad del Estado a través del Juez y no del proceso; del mismo modo, la restitución de un inmueble, el pago de un crédito adeudado, el reconocimiento de paternidad, la imposición de una

17 Salvatore SATTA (*Derecho procesal civil*, EJEA, Buenos Aires, 1971, t. III, p. 11) reflexionaba sobre el particular: "¿Tiene el proceso una finalidad? No se diga, por caridad, que la finalidad es la actuación de la ley o la defensa del derecho subjetivo, o el castigo del reo, y tampoco la justicia o la investigación de la verdad: si esto fuese verdad, sería absolutamente incomprensible la sentencia injusta, y la misma fuerza de la cosa juzgada, que cubre, mucho más que la tierra, los errores de los jueces. Todos estos pueden ser y son los fines del legislador que organiza el proceso, de la parte y del ministerio público que en concreto lo promueve, no la finalidad del proceso".

condena no son finalidades del proceso, sino de quien o quienes pretenden hacer realidad tales propósitos.

El proceso está marcado por esta transmutación en la que los contenidos, y finalidades de las personas le transfieren su valor connotativo; de este modo, en las diversas disciplinas se configuran procesos según la materia o finalidad de las que traten; así tenemos procesos psicológicos, procesos terapéuticos, procesos educativos y procesos jurídicos, entre otros.

4. EL PROCESO JURÍDICO

En términos genéricos puede afirmarse que *proceso jurídico* es aquel que está constituido por una serie de actos coordinados y concatenados para la consecución de un propósito en el mundo del derecho. Compartimos el punto de vista del profesor Francisco Ramos Méndez[18] cuando precisa que el proceso es jurídico en cuanto está regulado por el derecho.

Las manifestaciones del proceso jurídico son diversas; así, los actos destinados a la promulgación de una norma conforman el *proceso de producción legislativa*; la secuencia de actos orientados a crear obligaciones jurídico-patrimoniales conforman el *proceso de gestión contractual*; el proceso destinado a obtener una resolución judicial firme con autoridad de cosa juzgada es el *proceso jurisdiccional*; la serie secuencial y ordenada de actos destinados a obtener un pronunciamiento de la autoridad administrativa constituyen el *proceso administrativo*, etcétera. Entonces, los procesos jurídicos pueden ser clasificados por razones prácticas en jurisdiccionales y no jurisdiccionales; entre los primeros consideramos al proceso judicial y al proceso arbitral; entre los no jurisdiccionales consideramos al proceso legislativo o de producción legislativa, al proceso de gestión contractual o negocial y al proceso administrativo, entre otros.

18 Ramos Méndez, Francisco. *Derecho y proceso*. Librería Bosch, Barcelona, 1979, pp. 41-42.

Enfocándonos en nuestra materia, decimos que el proceso jurisdiccional, es la especie del proceso jurídico en el que se dinamizan y logran realización la función jurisdiccional y el derecho de acción como concreción del derecho a la tutela procesal efectiva[19].

5. EL PROCESO JURISDICCIONAL

El arbitraje y el proceso jurisdiccional no son dos estadios de un mismo proceso de evolución, ambos se desarrollaron como fenómenos paralelos, pero diferentes. El proceso de evolución gradual hacia el proceso jurisdiccional refleja la tendencia en toda comunidad a establecer el monopolio en el uso de la fuerza.[20]

El proceso jurisdiccional es corolario del establecimiento forzado de límites, por el Estado, a la justicia privada, propia de pueblos de comunidad primitiva. Esta es la *tesis imperativa del origen jurisdiccional.* Sobre el particular el profesor J. JONES, citado por Rolando TAMAYO, intenta una explicación y dice: la evolución que va desde la venganza de la sangre a la jurisdicción obligatoria, pasó por tres etapas: Arbitraje voluntario, arbitraje obligatorio y finalmente jurisdicción obligatoria. Cómo se produjo este tránsito, aún no ha sido explicado categóricamente.

El proceso jurisdiccional, o simplemente proceso, es instaurado por el Estado mediante ley para permitir el despliegue de la función jurisdiccional promovido por el ejercicio del derecho de acción y garantizar de este modo el otorgamiento de la tutela jurisdiccional efectiva como derecho fundamental. El proceso es instaurado mediante ley, precisamente, como una garantía inherente al debido proceso y en general a la tutela procesal

19 La tutela procesal efectiva, regulada en el Código Procesal Constitucional, artículo 4, *in fine*, puede definirse como aquel concepto omnicomprensivo de la función jurisdiccional y el derecho de acción, impregnando a ambas categorías procesales con las garantías que otorga el debido proceso.

20 TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. "El proceso jurisdiccional y la formación del Estado. El origen del proceso entre los griegos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 45, México, 1982, p. 1064.

efectiva para evitar o erradicar todo asomo de arbitrariedad. Sobre el particular, el inciso 3 del artículo 139 de la Constitución peruana preceptúa que "Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación".

Calamandrei explica que el proceso se desarrolla como una lucha de acciones y de reacciones, de ataques y de defensas, en la cual cada uno de los sujetos provoca, con la propia actividad, el movimiento de los otros sujetos, y espera, después, de ellos un nuevo impulso para ponerse en movimiento a su vez. El proceso no es solamente una serie de actos realizados por diversas personas en el orden establecido por la ley, sino que es también, desde el principio hasta el fin de esta serie, una relación continuada entre estas diversas personas, cada una de las cuales se orienta a actuar en el modo prescrito por la ley[21].

Salvatore Satta define al proceso como el desarrollo práctico concreto de actividades encaminadas a la formación de resoluciones jurisdiccionales[22], informa que el término proceso se gestó en el derecho canónico y que el *processus iudicii* ha llegado a la doctrina italiana a través de la doctrina alemana. La recepción doctrinaria y legislativa siguió su curso: la doctrina italiana irradió su influencia a España y a los países latinoamericanos[23].

Dentro de la misma línea de pensamiento, Enrico Tullio Liebman sostiene que el proceso es la actividad que no se agota en un solo momento o con un solo acto, sino con una sucesión coordinada de actos que se desenvuelven en el tiempo y que miran al cumplimiento de un suceso final: la sentencia. Que si bien es verdad que es el órgano jurisdiccional

21 Calamandrei, Piero. *Instituciones de derecho procesal.* Depalma, Buenos Aires, 1943, pp. 258-259.

22 Es la esencia del concepto elaborado por Enrico Redenti, en su *Derecho procesal civil,* EJEA, Buenos Aires, 1957, t. I, p. 87.

23 Satta, *Derecho procesal civil,* cit., t. I, p. 115.

quien dirige el proceso y emite la declaración final, no es menos cierto que en el proceso también colaboran las partes realizando algunos actos que son esenciales. En resumen, para este jurista el proceso es la actividad por medio de la cual se desarrolla en la práctica la función jurisdiccional[24].

Puede asimismo sostenerse desde otra perspectiva que el proceso jurisdiccional es el proceso reservado al accionar de los justiciables y de los jueces; en tal sentido, el proceso jurisdiccional tal como lo define Hernando DEVIS ECHANDÍA viene a ser el conjunto de actos coordinados que se ejecutan ante y por los órganos jurisdiccionales para obtener, mediante la actuación de la ley en un caso concreto, la declaración, la defensa o la realización forzada de los derechos que pretendan tener las personas individuales o colectivas ante su incertidumbre su desconocimiento o insatisfacción o también para la investigación, prevención y represión de los delitos y las contravenciones[25].

Señala Andrea PROTO PISANI, que el ejercicio de la función jurisdiccional es solicitado siempre a causa de una crisis de cooperación entendiéndose como tal no solo la violación ya consumada de una obligación, sino también el peligro de una violación futura y la mera constatación de un derecho[26]. El proceso, mediante el despliegue de la actividad de las partes (acción) y la actuación judicial (jurisdicción), permite al titular de la pretensión obtener el mismo resultado que debió lograr con el cumplimiento voluntario de los implicados.

Enrique VÉSCOVI dice que el proceso es "El conjunto de actos dirigidos a la resolución del conflicto (composición del litigio, satisfacción de pretensiones, etc*étera*) y resulta en último término un instrumento para cumplir los objetivos del Estado; imponer a los particulares una

24 LIEBMAN, Tullio Enrico. *Manual de derecho procesal civil.* 4.ª edición, Milán, Giuffrè, 1980, p. 33.

25 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, t. I, p. 153.

26 PROTO PISANI, Andrea, *La tutela jurisdiccional.* Palestra, Lima, 2014, p. 54.

conducta jurídica, adecuada al derecho, y, a la vez brindar a éstos la tutela jurídica..."[27].

Una definición condensada es la que propone el profesor brasileño Fredie Didier Jr. al afirmar que "Es posible definir al proceso jurisdiccional como un acto jurídico complejo por el cual se busca la producción de una norma jurídica por medio del ejercicio de la función jurisdiccional"[28]. La complejidad está referida al conjunto de actos eslabonados secuencialmente para la generación de la sentencia que, en efecto, es una norma jurídica, por tener poder vinculante para las partes y es resultante del ejercicio de la función jurisdiccional.

Por nuestra parte afirmamos que el proceso jurisdiccional, es una categoría de la Teoría General del Proceso y está constituido por un conjunto de actos secuenciales, concatenados y orientados a la obtención de la resolución final firme que ponga término al conflicto intersubjetivo de intereses o a la incertidumbre jurídica; que elimine el riesgo o peligro en la demora, que realice los derechos declarados o pre constituidos del actor o que imponga determinada sanción por la lesión a bienes jurídicos protegidos.

Pese a existir a la fecha un importante arsenal doctrinario para la adopción del término proceso en la denominación de los cuerpos normativos procesales, el término procedimiento conserva una rancia y pertinaz vitalidad: aún existen códigos adjetivos que siguen llamándose *Código de Procedimientos* e incluso *Ley de Enjuiciamiento Civil,* como en el caso de España[29].

---

27 Véscovi, Enrique, *Teoría general del proceso*, Temis, Bogotá, 1984, p. 103.

28 Didier Jr., Fredie. *Sobre la teoría general del proceso, esa desconocida*. Raguel, Lima, 2015, p. 99.

29 En la exposición de motivos de la LEC (fundamento IV) se explica esta posición al decir que "se elude, sin embargo, hasta la apariencia de doctrinarismo y, por ello, no se considera inconveniente, sino todo lo contrario, mantener diversidades expresivas para las mismas realidades, cuando tal fenómeno ha sido acogido tanto en el lenguaje común como en el jurídico. Así por ejemplo se siguen utilizando los términos juicio y proceso como sinónimos y se emplea en unos casos los vocablos pretensión o pretensiones y en otros el de acción o acciones.

El proceso jurisdiccional es clasificado a través de diversas variables tales como: materia, finalidad, estructura, duración, etcétera. Las de mayor relevancia son: a) Según el *número de personas y/o pretensiones*: proceso simple y proceso acumulativo; b) según *la pretensión postulada*: proceso civil, proceso penal, proceso constitucional, proceso laboral y proceso contencioso administrativo, etcétera; c) Según *el tipo de tutela reclamada*: proceso cognitivo, proceso ejecutivo y proceso cautelar; d) Según la *existencia o no de controversia*: proceso contencioso y proceso no contencioso.

6. PROCESO Y PROCEDIMIENTO

El proceso es percibido preliminarmente como una actividad compuesta de actos, del juez y de las partes, que juntos persiguen un fin. Es preciso señalar que todo acto realizado, en la dinámica procesal presenta en su estructura dos aspectos complementarios que, por razones didácticas, podría admitirse entre ambos la existencia de una relación categorial de continente-contenido. Procedimiento y proceso son dos aspectos complementarios de una misma realidad.

Lo natural y lógico es que se perciba el acto de proceder, la manifestación externa de toda acción humana, esto es, el procedimiento entendido como el medio extrínseco por el cual se instaura y se desenvuelve el proceso; éste denota la idea de avanzar de un acto a otro, avanzar hacia la meta. El procedimiento alude al fenómeno externo, al desenvolvimiento de las actividades que realizan las partes y el órgano jurisdiccional, conforme a las pautas preestablecidas por la ley procesal. Podemos afirmar que el procedimiento es tangible y perceptible, en tanto que el proceso, tiene configuración ideológica y conceptual.

La consolidación del término proceso puede compararse con la trascendencia jurídica del concepto de acción cuya construcción precursora por obra de la escuela alemana permitió sentar las bases de la ciencia procesal contemporánea. Su elaboración doctrinaria y positivización recorre la primera mitad del siglo XX. Las primeras construcciones doctrinarias

muestran la evolución y desarrollo de ese fenómeno en el que las diferencias entre proceso y procedimiento aún no adquieren perfiles nítidos.

El profesor W. Kisch, de la Universidad de Múnich, sostenía en 1932 que el proceso se presenta a primera vista como una actividad que se compone de una pluralidad de actos, al que se denomina *procedimiento*, decía lo siguiente: "... este procedimiento está regido y dominado por normas jurídicas, de manera que los que se realizan dentro de él son regulados por la ley y se convierten en actos jurídicos. Tiene que ser así, pues su fin es la obtención de un efecto jurídico, de un determinado acto de jurisdicción del Estado. Las condiciones bajo las cuales se puede alcanzar este resultado están taxativamente fijadas en la ley, por lo cual el proceso en cuanto totalidad de actos de esta naturaleza jurídica es un procedimiento jurídicamente regulado" [30].

Explica Antonio María Lorca Navarrete que el proceso de la función jurisdiccional supone la actuación de la función jurisdiccional a través de un modelo adjetivo y, por ello, procedimentalista, en el que es posible ubicar determinadas fases o períodos típicos, los cuales –en la medida en que lo compartimentan– se hallan abocados hacia un modelo sumamente técnico y mecanicista. Así, y de un lado, se hallaría la sustantividad garantista del proceso y, de otro lado, la tecnificación mecanicista y adjetiva del procedimiento[31].

El proceso, según el mismo autor, asume frente al procedimiento, un carácter sustantivo y comprometido con la realidad constitucional con apoyo en el sistema de garantías que al justiciable debe ofertar; en cambio, el procedimiento es atemporal y acrítico a través del soporte que le brindan, solo y exclusivamente, las formas procesales técnicas y mecanicistas.

30 Kisch, W., *Elementos de derecho procesal civil.* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940, p. 15.

31 Lorca Navarrete, Antonio María, *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. El nuevo proceso civil.* Dykinson, Madrid, 2000, p. 24.

Suscribimos lo afirmado por LORCA NAVARRETE, quien concluye afirmando que el procedimiento es técnicamente una realidad formal y rituaria frente al proceso jurisdiccional que, a diferencia del procedimiento, es la realidad conceptual que posibilita el acceso al garantismo del Derecho Procesal, a través de la llamada tutela judicial efectiva, mediante el debido proceso sustantivo.

7. TEORÍAS

No es tarea sencilla responder qué es el proceso, es decir, su esencia y qué factores lo diferencian de otras entidades semejantes. La noción de proceso como institución cultural no es ajena a los cambios que acontecen en el devenir histórico de la sociedad, ello revela la existencia de diversas teorías que tienen como propósito explicar la naturaleza del proceso.

7.1. El proceso como contrato

Es la primera postura doctrinaria que intenta explicar la naturaleza del proceso a través de la asimilación de la noción de proceso a la de contrato, y tiene como escenario concreto histórico el incipiente estado romano.

En efecto, nos ubicamos en el segundo momento procesal del derecho romano, denominado *formulario*[32]; en la fase *in iure*, dos ciudadanos enfrentados acudían al pretor para fijar los límites de la controversia, lo que ahora llamaríamos *fijación de puntos controvertidos*; esta actividad se manifestaba en una *fórmula* elaborada por el pretor luego de escuchar a las partes y deliberar con ellas.

La parte final de la fase *in iure* del proceso formulario, en la que se realiza todo lo manifestado, se conoce como *litis contestatio*, que presu-

32 En este segundo momento de la evolución procesal romana, el proceso estaba dividido en dos etapas: *in iure* e *in iudicio*. La primera se desarrolla ante el pretor y las partes y la segunda ante el juez predominantemente privado (*iudex*).

pone un acuerdo entre las partes y el pretor para poder desenvolverse: se instituía un contrato a desarrollarse en forma continua y concatenada, es decir, un contrato de tracto sucesivo. Debe tenerse en cuenta que el Estado romano aún no había consolidado su poder.

Fairén Guillén advierte que el Derecho Público se encontraba en un estado embrionario, por lo que la única manera de vincular a las personas a las sentencias de los *iudices* era acudir a una institución del Derecho Privado como el contrato cuya legitimidad social no admitía cuestionamiento[33].

En suma, esta es la idea central subyacente en la *teoría del proceso como contrato*, sustentada por los profesores franceses Charles Demolombe y Charles Aubry y Frederic Rau, quienes incluso llamaron al proceso *contrato judicial.*

Esta teoría muy pronto cayó en abandono por contener graves contradicciones en la misma plataforma de su concepción. Efectivamente, un contrato es la libre manifestación de voluntad concordante de las partes para crear, modificar, o extinguir relaciones jurídicas exclusivamente patrimoniales, en tanto que el proceso se inicia por la libre, pero exclusiva voluntad del actor, de allí que su inicio corresponda al desacuerdo de quienes integran la relación sustantiva; la contradicción es evidente.

7.2. Teoría de la relación jurídica

Oskar von Bülow es el representante máximo de esta posición y la expuso por primera vez en su obra *Las excepciones y los presupuestos procesales,* publicada en 1868.

Esta teoría concibe al proceso como una relación pública, dinámica y continua; que el proceso encierra sustancialmente derechos y obligaciones recíprocas entre diversos sujetos. La correlación de los derechos y obligaciones es, precisamente la característica de la relación jurídica en

33 Fairén Guillén, Víctor. *Doctrina general de derecho procesal.* Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 39.

la teoría general del derecho. Hay al margen de una potencial relación jurídica material, una concreta relación jurídica procesal que considera al proceso como un todo.

Esta corriente se fundamenta en la ley como fuente obligacional, puesto que la ley regula la actividad de las partes y del juez en el proceso. La ley crea obligaciones y derechos para cada uno de los sujetos del proceso; tales derechos y obligaciones constituyen una relación jurídica procesal que se establece entre los tres sujetos mencionados; las actividades de estos producen los denominados actos procesales y se hallan ligados por el fin: la obtención de una sentencia con autoridad de cosa juzgada sobre el objeto litigioso.

CHIOVENDA[34], adscrito a esta postura, explica que la relación procesal es autónoma y compleja y que pertenece al derecho público; que la relación procesal se desarrolla mediante aquella serie de actividades de las partes y del tribunal, determinadas por la ley. La relación procesal sólo se concreta cuando concurren los presupuestos procesales como elementos condicionantes para que la relación procesal resulte válida.

En el libro *Teoría General del Proceso* de los autores Beatriz QUINTERO y Eugenio PRIETO[35] se propone seis caracteres de la relación jurídica procesal, de los cuales consideramos sólo cuatro y descartamos dos por estar consideradas en las primeras y no constituir cualidades o variables especiales de dicha relación[36].

Autonomía. La relación jurídica procesal es independiente de la relación jurídica sustancial subyacente discutida, procesada, y sobre la cual se pronunciará el juez en sentencia. La relación procesal tiene vida y

34 CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*, Reus, Madrid, 2000, t. I, pp. 108 a 113.

35 QUINTERO, Beatriz y Eugenio PRIETO, *Teoría general del proceso*. Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992, t. I, pp. 306 y 307.

36 Los caracteres que no tomamos en cuenta son: nacimiento y desarrollo. La primera no es propiamente una característica, sino un principio porque alude al mecanismo como se ejercita el derecho de acción y el segundo porque está comprendido dentro del primero, se refiere a una parte o aspecto específico del principio de congruencia.

condiciones propias, no es ningún apéndice ni accesorio de la sustancial, se rige por instituciones y principios autónomos, totalmente diversos de los sustanciales.

Complejidad. La relación jurídica procesal es compleja porque contiene un conjunto de situaciones jurídicas procesales, que los autores de esta teoría han denominado derechos y deberes, relaciones menores, todas ellas dispuestas al objetivo común que es la resolución final (auto o sentencia)[37] relaciones que se proyectan como un tejido a las diversas etapas del procedimiento.

Dinamismo. La relación jurídica procesal es continua, pues se encuentra en movimiento constante hasta su culminación de manera normal con la resolución final (auto o sentencia) o hasta su fin de manera anormal y aun cuando pueda sufrir parálisis o crisis en su desenvolvimiento. Tal dinamismo de la relación jurídica procesal se estructura como actos procesales.

Público. La actuación del órgano jurisdiccional es una de las principales funciones del estado y por consiguiente las normas que regulan las relaciones jurídicas procesales pertenecen al derecho público.

7.3. El proceso como situación jurídica

Esta postura fue expuesta por James Goldschmidt en su obra *El proceso como situación jurídica*. Esta obra representa la síntesis del trabajo de toda una vida.

Según este autor, las relaciones que se producen entre las partes, cimentadas en las resoluciones judiciales, no conforman «relaciones jurídicas», sino «situaciones jurídicas», es decir, relaciones de tensión en vista

37 Es preferible emplear el término *resolución final*, porque no todos los procesos regularmente tramitados terminan con una sentencia; esta opción sólo se da en los procesos de conocimiento; en tanto que en los procesos de ejecución y cautelar los procesos concluyen con la expedición de un auto, tal como también acontece con los procesos de conocimiento que tienen culminación especial o extraordinaria, llamada *anormal* por algunas legislaciones y autores.

de la anhelada sentencia y que se expresan en expectativas, posibilidades y cargas.

El concepto de *situación jurídica* se encuentra vinculado al derecho material porque indica la situación que la parte alcanza, con respecto a su derecho material, mediante la realización procesal. El derecho material y el derecho procesal se fusionan en el proceso para dar lugar a una entidad distinta: *la situación procesal.* En otras palabras, situación jurídica quiere decir estado de una persona respecto a su derecho desde el punto de vista de la sentencia judicial que se espera con arreglo a las leyes.

La idea central de esta teoría es que en el proceso no hay derechos ni obligaciones de tipo procesal, hay cargas como un imperativo del propio interés de las partes y del juez. En este sentido, corresponde al demandante la carga y no la obligación de afirmar derechos y aportar pruebas; y al juez el deber del Estado de administrar justicia, fundado en el derecho público y no en una relación procesal. Es decir, el deber jurisdiccional de conocer la demanda no es una obligación nacida de una relación procesal, sino de un mandato imperativo del Estado.

Tanto la teoría de la relación jurídica de Oskar VON BÜLOW como la teoría de la situación jurídica de James GOLDSCHMIDT se mantienen vigentes y han alcanzado consagración legislativa en los países pertenecientes al sistema jurídico romano germánico continental. El uso de las expresiones: *relación jurídica procesal, situación jurídica y cargas procesales* están presentes en nuestros ordenamientos procesales.

En el *Código Procesal Civil* peruano la frase nominal *relación jurídica procesal* está presente en los artículos: 521 (excepciones), 465 y 466 (saneamiento).

La expresión *situación jurídica* encuentra manifestación normativa, en las denominadas cargas procesales, como puede verse en los artículos 139 (actos procesales de las partes), 196 (carga de la prueba, 279 (presunción relativa de verdad), 293 (exhibición"), 501 (retracto), 511 (responsabilidad civil de las partes) y 764 (audiencia de inventario).

En el Código Procesal Penal peruano no se hace mención a la frase *relación jurídica procesal,* en tanto que la expresión *situación jurídica* sí tiene manifestación normativa a través de las cargas procesales en los artículos: IV del título preliminar (titular de la acción penal), 2.7 (principio de oportunidad), 5.2 (cuestión prejudicial), 8.6 (trámites de los medios de defensa), 371 (apertura del juicio y posición de las partes), 458.1 (transformación del proceso común y advertencia).

7.4. El proceso como institución

Esta posición es defendida por Manuel GIMÉNEZ FERNÁNDEZ, catedrático de derecho canónico de la Universidad de Sevilla; por Jaime GUASP DELGADO, catedrático de derecho procesal de la Universidad de Madrid, y por Eduardo J. COUTURE ETCHEVERRY, Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad de Montevideo y, finalmente, Gabriel GARCÍA ROJAS, catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México.

Explica Jaime GUASP que al proceso no debe concebírsele como una relación ni como una situación, sino como una institución jurídica. Entiende por institución, no simplemente el resultado de una combinación de actos tendientes a un fin, sino un complejo de actividades relacionadas entre sí por el vínculo de una idea común objetiva, a la que figuran adheridas, sea esa o no su finalidad específica, las diversas voluntades particulares de los sujetos de quienes proceda aquella actividad. La institución se compone de dos elementos fundamentales que son como la trama y la urdimbre de un tejido: la idea objetiva que está situada fuera y por encima de la voluntad de los sujetos y el conjunto de estas voluntades que se adhieren a dicha idea para lograr su realización[38].

Esta tesis fue rechazada por la vaguedad de sus términos y su manifiesta imprecisión.

38 BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Derecho procesal,* 2.ª edición, Harla, México, 1995, t. I, pp. 737-738.

7.5. Otras teorías[39]

El *proceso como estado de ligamen* es la tesis expuesta por Wilhelm KISCH en su obra *Elementos de derecho procesal civil.* En ésta, impugna la teoría de la relación. Sostiene que el proceso no es un estado, sino una sucesión por lo que sólo cabe hablar de datos dinámicos y no estáticos. Admite que existen deberes del Tribunal que tienen carácter jurídico público muy diferentes de las obligaciones del derecho civil; reconoce la existencia de cargas de las partes como posibilidades de generar efectos jurídicos determinados. Los actos procesales pueden dar lugar a un estado de ligamen mas no una relación jurídica entre las partes.

El proceso como entidad jurídica compleja, postulada por Gaetano FOSCHINI en sus trabajos *Natura Giuridica del Processo* y *La complexione del processo*, publicados en la *Revista di Diritto Processuale.* Afirma que la consistencia del proceso resulta una complejidad de actos, de situaciones y de relaciones, en suma, una unidad compleja resultantes de estos tres contenidos. Precisa que el proceso desde un punto de vista abstracto o normativo, es una relación jurídica compleja; desde el punto de vista concreto, pero estático, es una situación jurídica compleja, y desde el punto de vista concreto, pero dinámico, es un acto jurídico complejo. Tres aspectos de la misma realidad jurídica.

El proceso como servicio público, expuesta por Giuseppe GUARNERI con los aportes de Enrico REDENTI. Esta postura es de origen francés. Considera que la actividad administrativa, es aquella que encuentra a la jurisdicción en su ejercicio concreto, a través del proceso, para prestar el servicio de justicia.

8. ¿FINES DEL PROCESO?

"¿Tiene el proceso una finalidad? No se diga, por caridad, que la finalidad es la actuación de la ley o la defensa del derecho subjetivo o el

39 Seguimos en esta parte el trabajo de BRISEÑO SIERRA.

castigo del reo, y tampoco la justicia o la investigación de la verdad: si esto fuese verdad, sería absolutamente incomprensible la sentencia injusta y la misma fuerza de la cosa juzgada, que cubre, mucho más que la tierra, los errores de los jueces. Todos estos pueden ser y son los fines del legislador que organiza el proceso, de las partes y del ministerio público (...)"[40].

A partir de la inteligente reflexión de Salvatore Satta, si admitimos que finalidad es el objeto o motivo por el que se ejecuta algo, entonces el proceso no tiene no puede tener finalidad alguna porque son los sujetos del proceso: juez, partes (demandante, demandado) y terceros los que sí tienen motivos, por tanto, fines por lograr mediante el proceso.

Ahora bien, la finalidad asignada por la ley al juez no es otra que la prestación del servicio de justicia a los justiciables para el restablecimiento de la paz social y la preservación de la seguridad jurídica; esta es la finalidad que el Estado pretende lograr a través del proceso, por ello puede identificarse como la finalidad pública. En tanto que la finalidad privada o particular está constituida por la pretensión del actor y la resistencia del demandado, estos son los fines de los sujetos del proceso que por simplicidad o error se suele denominar en nuestro cuerpo normativo *fines del proceso*.

El artículo III del título preliminar del código procesal civil establece lo siguiente: "El Juez deberá atender a que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, haciendo efectivos los derechos sustanciales, y que su finalidad abstracta es lograr la paz social en justicia. (...)".

Cuando en la norma se precisa que la finalidad concreta del proceso es resolver un conflicto de intereses o eliminar una incertidumbre, ambas con relevancia jurídica, debe entenderse que alude al interés o finalidad que las partes pretenden lograr a través del proceso con la intervención del juez como órgano de Estado; se trata de la finalidad particular o privada.

40 Satta, Salvatore. *Derecho procesal civil*, EJEA, Buenos Aires, 1971, t. III, p. 17.

De otro lado, cuando en la norma se señala que la finalidad del proceso es lograr la paz social en justicia, deberá entenderse que se trata de la finalidad de Estado o finalidad pública, puesto que no es el interés o la finalidad directa, mucho menos consciente del demandante o del demandado. Ambas finalidades, respecto a su materialización están a cargo del órgano jurisdiccional quien solo puede lograr su cometido y finalidad a través de la actuación de las partes, en consonancia con el ordenamiento legal y jurídico en general.

En suma, el proceso tiene la función, y no finalidad, de ser el instrumento para dinamizar el derecho de acción y la jurisdicción y de este modo hacer realidad los fines de los sujetos del proceso: Juez, partes y terceros.

LECCIÓN 2

LA NORMATIVA PROCESAL

SUMARIO

1. La materia del conocimiento jurídico
2. Las normas jurídicas
   - 2.1. Las normas jurídicas determinativas
   - 2.2. Las normas jurídicas estáticas
   - 2.3. Las normas jurídicas dinámicas
3. El concepto de *instancia* y su clasificación
   - 3.1. La denuncia
   - 3.2. La petición
   - 3.3. La reconsideración
   - 3.4. La queja
   - 3.5. La acción procesal
4. Las diferencias entre *proceso* y *procedimiento*
5. La creación de la norma de procedimiento: las fuentes
   - 5.1. El constituyente como creador de normas de procedimiento
   - 5.2. El particular como creador de normas de procedimiento
   - 5.3. El legislador como creador de normas de procedimiento
   - 5.4. El juez como creador de normas de procedimiento
   - 5.5. La sociedad como creadora de normas de procedimiento

1. LA MATERIA DEL CONOCIMIENTO JURÍDICO

En forma previa al tratamiento específico del tema de esta Lección, es menester explicar cuál es la materia propia del conocimiento jurídico a fin de saber cómo encuadran en él las normas de procedimiento.

A los fines que interesan al Derecho, un *conflicto de contenido jurídico* sólo puede darse *entre dos personas, nunca respecto de una con ella misma ni de ella con una cosa*, pues todo el derecho es producto ideal originado

por la necesidad de regular de alguna manera la *convivencia* en una sociedad dada. Fácil es de inferir así que todo vínculo jurídico se materializa sólo *entre individuos y nunca con la cosa*, pues los *títulos de derecho* sólo son inteligibles para el hombre, ya sea que se presente en su naturaleza de *gente* o como órgano representativo de un *ente* (recordar que la idea de *lo mío* frente a *lo tuyo* puede ser entendida sólo por *dos personas*...).

En un pasado remoto, aun antes de la aparición formal de lo que hoy se conoce como *derecho*, las normas reguladoras de la convivencia tenían sustancia exclusivamente religiosa: en los *Mandamientos de la Ley de Dios* y en la *Senda de los Ocho Pasos*, por ejemplo, se consagran preceptos que permanecen inmutables en el tiempo y que, en esencia, son similares entre sí: no matar, no robar, etcétera, y que hoy constituyen normas jurídicas implícitas. Cuando la normación pierde su origen divino y comienza a surgir del propio quehacer e imaginación del hombre, los problemas se regulan a medida que aparecen en la realidad de la vida; ello hace que, en definitiva y todavía hoy, *la norma sea esencialmente cambiante respecto del tiempo y del lugar* (por ejemplo, lo que es delito hoy y aquí, pudo no serlo ayer y puede no serlo allá). Por eso es que en el principio de las sociedades no existió una concepción racional y unitaria de *todo* el Derecho.

Esta carencia llega hasta el día de hoy, cuando se continúa discutiendo el carácter científico del Derecho: y en alguna medida tienen razón quienes lo niegan pues –para referir a uno sólo de los problemas que justifican tal postura– existe en la actualidad un vocabulario jurídico *multívoco* que conduce inexorablemente al *equívoco*, toda vez que a una misma e idéntica palabra se le asignan generalizadamente diversos significados y, a la inversa, se utilizan varias palabras con raíces diferentes para denominar a un mismo e idéntico fenómeno jurídico. Valga un ejemplo para confirmar lo dicho: si ante un grupo de personas con determinado grado de cultura alguien pregunta en este país el significado de la fórmula química "H_2O", seguramente que todas identificarán en sus mentes el objeto *agua*. Pero lo que verdaderamente importa en esta afirmación es que a idéntico resultado se llegará con igual formulación en el Japón: aunque en otro idioma, se identificará también el objeto *agua*. Esta es

la base mínima de todo conocimiento científico: mantener un lenguaje universal *unívoco* para que sea *inequívoco*.

Proponemos ahora hacer experimento similar en un mismo país (no en países diferentes con idiomas distintos): si en una reunión de juristas con distinta especialización –no ya de personas con relativa cultura– se pregunta el significado de la palabra *acción*, habrán de obtenerse por lo menos las siguientes respuestas: a) *es el legítimo derecho que respalda a la pretensión del actor* (así, se habla de *acción* de alimentos, de *acción* de deslinde, de *acción* de divorcio, de *acción* de filiación, etcétera) (respuesta del civilista); b) *es el título de crédito representativo de cada una de las partes en que se divide el capital de ciertas sociedades* (respuesta del comercialista); c) *es el elemento físico o de ejecución material y externo del delito* (respuesta del penalista); d) *es el medio legal de pedir judicialmente lo que es nuestro o se nos debe* (respuesta del procesalista). ¿Puede concebirse mayor confusión terminológica?

Parecería que todo este dislate semántico proviene de la simple circunstancia de haber olvidado el legislador que el mundo del Derecho *es un mundo de palabras* y, por ello, se apartó de los postulados mínimos de la Lógica. Para mayor complejidad del problema, también se utiliza la palabra *acción* como sinónimo de *derecho*, de *demanda* y de *facultad*; y, además, usualmente se la califica de acuerdo con el derecho: acción *cambiaria*, acción *civil* en caso de delito, acción *penal*, etcétera. Y este no es un fenómeno único en el Derecho; otro tanto ocurre con las palabras *abandono*, *absolución*, *apremio*, *carga*, *competencia*, *jurisdicción*, *prueba*, etcétera. Como puede apreciarse, todo lo contrario de un *lenguaje científico*: aquí, lo *multívoco* conduce al *equívoco*.

Para evitar tanta disvalía –que genera notable confusión en el estudiante–, se hace imprescindible –al menos en lo académico– sistematizar genérica y adecuadamente la normación, sujetándola a cánones lógicos inmutables y no meramente contingentes según sea el cuándo y/o el dónde ella ocurra. Para esto, lo primero es ponerse de acuerdo en cuál es *la materia propia del conocimiento jurídico* o sea de qué se ocupa toda

regulación del Derecho. Puestos en esa tarea, resulta claro para el intelecto que es la *interacción humana*: es decir *la acción que se ejerce recíprocamente* entre dos agentes que, por ello, se convierten en los *extremos* de la *relación* respectiva. Así es como en la mayoría de las interacciones no hay *pretensión* a la que no corresponda una *prestación*; y porque ésta es exigible es que aquélla existe (por ejemplo: si Juan es vendedor es porque Pedro es comprador que, si no paga el precio adeudado, puede ser demandado para que lo haga. Y viceversa). De la misma forma, no hay victimario sin víctima. Y viceversa.

Si lo que cabe regular jurídicamente es la interacción, parece claro que resulta imprescindible determinar fácticamente y *a priori*, en un nivel absolutamente racional, cuáles son las *totales posibles interacciones humanas*. Esto, que a simple vista parece cosa imposible de realizar pues en apariencia se presentan en número infinito, es factible de lograr con sólo pensar adecuadamente en el problema. Y puestos en esa tarea, es fácil descubrir que no son infinitas. Ni siquiera muchas. En rigor, apenas cuatro. Veamos cuáles son:

a) la primera y más elemental interacción es la que se presenta entre una persona, aisladamente considerada, y el resto de las personas; en otras palabras, *la de una persona con la sociedad en la cual convive* (considerada como un todo diferente a los individuos que la componen). Más simple: la persona actúa ante y con el resto de las personas y éstas, a su turno, hacen lo propio con la primera, como obvia consecuencia del convivir. Y es que cada una y todas las personas requieren ser individualizadas, identificadas, gozar de una cierta capacidad, tener un domicilio en el cual puedan ser halladas, etcétera. Y ello porque el *estado* de una persona es el conjunto de cualidades que la ley tiene en cuenta para atribuirle efectos jurídicos. Por cierto, esta interacción está adecuadamente regulada en el Derecho Civil. Pero no sólo allí ya que, por ejemplo, la *capacidad procesal* –que es diferente a la *capacidad civil*, como se verá oportunamente– se halla normada en otro ordenamiento que, en la Argentina y para hacer más grande la diferencia, es cambiante de una Provincia a otra. Cosa parecida ocurre con la *capacidad electoral*, que difiere de las otras dos, etcétera;

b) la segunda interacción posible es la que se da entre personas de diferente sexo: *un hombre y una mujer para y por el efecto de procrear*: obviamente distinta de la anterior, esta interacción tiene como consecuencia lógica la formación de una *familia*, por lo que las normas que la regulan bien podrían constituir un *estatuto familiar*, en el cual ingresarían todas las reglas referidas al matrimonio, a la filiación, al régimen de alimentos, a las sucesiones, etcétera. Con la notable evolución del Derecho en los últimos años, este estatuto se ha ampliado grandemente merced a la juridización de la unión de personas unidas con finalidades diferentes a la de procrear, tales como las de mantener lazos de afecto y solidaridad entre ellas, proveer al sustento, alimentación y vivienda del grupo, etcétera. Y así es cómo a ese estatuto de familia hoy se integran reglas referidas, por ejemplo, a las uniones convivenciales y a todas las consecuencias jurídicas imaginables a partir de tales relaciones.

c) la tercera interacción que es posible imaginar es la de una persona *actuando horizontalmente con otra persona, pactando* algo (lo que bien podría estar regulado en un *estatuto de los pactos o estatuto convencional* y en el cual ingresarían todas las reglas referidas a las obligaciones y a sus diversas fuentes contractuales y cuasicontractuales) o *causándole daño* (delictual o cuasi delictualmente), regulado en un *estatuto penal* y en uno *resarcitorio*;

d) la cuarta interacción es consecuencia natural de la existencia del grupo: alguien debe dirigirlo y el resto de sus componentes debe ser dirigido. También diferente de las anteriores, se presenta aquí una interacción de carácter vertical entre *gobernantes y gobernados*, por lo que las normas que deben regularla bien podrían conocerse como *estatuto gubernativo* o *estatuto del poder*, en el cual ingresarían todas las reglas que hoy integran el derecho constitucional, el administrativo, el registral, el penal, el real, etcétera. Si bien se piensa, más de la mitad de las normas que componen un ordenamiento jurídico deben se integradas en este grupo.

Como se ve, son cuatro interacciones absolutamente diferentes entre sí, imposible de ser confundidas una con otras y que, conforme

con la lógica racional, constituyen *todas* las que son factibles de imaginar. En otras palabras: *no existe otra interacción similar que permita ampliar el número de las cuatro ya descritas.* Invitamos al lector a meditar y repensar lo hasta aquí expuesto. Verá que no logrará encontrar otra interacción posible de existir.

Corresponde acotar ahora que de *una misma interacción* pueden emerger *diversas relaciones* (que, en principio, no admiten un número que las limite). Un ejemplo permitirá comprender la afirmación: *entre un hombre y una mujer interaccionando*, puede existir una relación de noviazgo, de matrimonio, de concubinato o de esponsales. Algo similar ocurre dentro de *la interacción hombre pactando con hombre*: aquí puede imaginarse que Juan entrega una cosa a Pedro y que, a su turno, Pedro entrega a cambio: a) dinero; b) otra cosa; c) nada; d) el compromiso de devolverla después de haberla usado; e) el compromiso de devolverla sin usarla; etcétera. Cada una de estas hipótesis configura un fenómeno distinto de los demás y, por ello, recibe una designación diferente y precisa: a) *compraventa* cuando la relación se presenta como *cosa a cambio de dinero*; b) *permuta* cuando es *cosa a cambio de cosa*; c) *donación* cuando es *cosa a cambio de nada*; d) *comodato* cuando es *cosa dada para usar y devolver*; e) *depósito* cuando es *cosa dada para guardar y devolver en las mismas condiciones*, etcétera. Cada uno de los fenómenos enunciados es inconfundible e irrepetible en el mundo jurídico: por ejemplo, siempre que Juan entregue en propiedad una cosa a Pedro y éste le dé a cambio un precio cierto en dinero, habrá *compraventa* y no otra figura jurídica. Ponemos especial énfasis en las palabras *inconfundible* e *irrepetible*, pues se usarán más adelante para mostrar de esa manera al *proceso*.

2. LAS NORMAS JURÍDICAS

Si juridizando cualquier fenómeno fáctico de la realidad social el legislador decide normar respecto de las posibles interacciones ya enunciadas, inexorablemente producirá tres tipos de normas claramente diferenciadas entre ellas: *determinativas*, *estáticas* y *dinámicas*.

2.1. Las normas jurídicas determinativas

Son las que el legislador emplea *para definir sus términos básicos* (establece, por ejemplo, qué es o cómo se determina la competencia, quiénes son incapaces, cuáles actividades constituyen delitos, etcétera) o para *prometer nuevas normas* (asegura un *derecho* que debe ser reglamentado luego por otra norma que establece un*a garantía* al efecto).

2.2. Las normas jurídicas estáticas

Son las que ostentan en su contenido una *estructura disyuntiva* por normar: 1) una conducta que debe ser cumplida por sus destinatarios y, al mismo tiempo, 2) una sanción para aplicarles en caso de incumplimiento del mandato. Con un ejemplo se comprenderá mejor cómo opera una norma estática. Para ello, elegimos el mismo ejemplo recién expuesto relativo a la compraventa: establece la ley que una vez recibida por el comprador la cosa adquirida al vendedor, aquél debe pagar a éste el precio pactado. Habitualmente, la norma es de cumplimiento espontáneo: concertada la compraventa, el vendedor entrega la cosa y el comprador abona el precio; ocurrido ello, la relación se agota y, lo más probable, es que carezca de efectos jurídicos posteriores, pasando así al olvido. Pero la realidad enseña que algunas veces el comprador no paga a pesar de haber recibido ya la cosa. Por eso es que el legislador debe normar para ambas hipótesis (que el deudor pague y que no pague): en el caso, se sancionará al deudor condenándolo a oblar los daños e intereses causados al acreedor con motivo del incumplimiento. De tal modo, toda norma reguladora de situaciones semejantes se presenta siempre como *una fórmula lógica disyuntiva*: a) dado A (la compraventa), *debe ser* (imperativo de la normación) B (prestación: el pago del precio); b) no dado B (el pago del precio), debe ser C (sanción o reparación: el pago de daños e intereses).

Si bien se mira en la alternativa presentada, ella es *excluyente* porque dándose A y B la relación se agota por completo y desaparece automáticamente la posibilidad de existencia de C (no hay ni puede haber sanción). También se ve que, para que C (sanción) opere, es menester que no se haya dado B (prestación). Y que, cumpliéndose C, la relación también

se agota. En suma: a partir de A se da la posibilidad ideal de que ocurra B o, en su defecto, C. Y nada más. Esta es la estructura íntima de toda norma que ordena conductas, *expresa* (en lo civil, comercial, etcétera) o *implícitamente* (en lo penal, donde no hay norma que prohíba robar, pero existe sanción para quien roba).

Diferente estructura tiene una *norma dinámica*, que explicaremos seguidamente.

2.3. Las normas jurídicas dinámicas

Es habitual leer en las obras jurídicas la palabra *dinamismo* utilizada con un sentido metafórico. Por ejemplo, se dice que el derecho del trabajo es *dinámico* por la gran transformación de su legislación, permanentemente cambiante para regular nuevas situaciones laborales. Y ello frente al relativo *reposo* de la norma propia del derecho civil. Pero aquí no se utiliza la palabra en ese sentido, sino que, tomándola de la *mecánica*, representa el significado de la parte de ella que trata de la *fuerza* cuando produce *movimiento o actividad.* En el lenguaje corriente, *dinamismo es actividad*, por lo cual se asigna carácter dinámico a una norma procesal que genera actividades en cadena, en razón de que *su estructura no es disyuntiva* (como la de la norma estática), sino *continuada consecuencialmente.* De tal modo *una norma dinámica es aquella que, a partir de una conducta dada de un sujeto, encadena imperativamente una secuencia de conductas de otro u otros sujetos*, presentando así una relación que avanza gradualmente y que se desarrolla paso a paso.

La peculiaridad de lo expuesto radica en que *el dinamismo está contenido en la norma*, sin necesidad de recurrir a la actividad material que se cumple en cada caso concreto. En otras palabras: se actúa consecuencialmente no porque así lo decidan los interesados, sino porque la norma respectiva así se los ordena. Para que ello ocurra, es menester que la propia norma idee y ligue relaciones consecuenciales, lo que sucede exclusivamente en *el procedimiento* –en rigor, en *todos los procedimientos*– donde se eslabonan actos que deben ser cumplidos en un cierto orden establecido con anterioridad por el legislador.

Construyendo con este tipo de norma otra fórmula lógica, podría presentársela así: a) dado A, *es* (atención: *ser*, no *deber ser*) B o no B; b) si es B, es B1 o no B1; c) si es B1, es B2 o no B2; d) si es B2, es B3 o no B3; etcétera. Nótese que una de las alternativas prevé *una actividad* (caso de B) y, correlativamente, *una inactividad en su defecto* (caso de no B). Por ejemplo y para mejor comprender el problema: emplazado el demandado para concurrir al proceso, comparece (B) o no comparece (no B); si comparece (B), contesta (B1) o no contesta (no B1) la demanda; etcétera.

Típicas normas de procedimiento se hallan en la Constitución, para la sanción y promulgación de las leyes; en la Administración, para todos los trámites internos; en la Legislatura, para sus reglamentos de debate; en los pactos, cuando se conviene una cláusula compromisoria arbitral, etc.

tera. Queda en claro, entonces, que el *procedimiento* (movimiento consecuencial) está contenido y ordenado en la norma y que no son los hechos o actividad material de los sujetos lo que puede dar lugar a la normatividad jurídica, sino que, a la inversa, ésta se establece *a priori* para imperar sobre los destinatarios. Y ello ocurre en todas las *instancias*.

3. EL CONCEPTO DE *INSTANCIA* Y SU CLASIFICACIÓN

Hemos analizado precedentemente las posibles interacciones humanas que pueden generar normas estáticas: las que provienen de los que podrían denominarse estatutos *personal*, *familiar*, *de los pactos* y *del poder* (donde, como se verá inmediatamente, también pueden operar normas dinámicas).

Siempre que una norma estática (la que impone una conducta y sanciona su incumplimiento) no se agote por efectivización de la correspondiente prestación y sea menester ocurrir a la alternativa de la sanción, al igual que en *toda* interacción vertical que se origine entre gobernante y gobernado, hace a la esencia misma de la convivencia social que éste pueda dirigirse a aquél en procura de una respuesta que brinde adecuada solución al problema o conflicto que le plantea. Esta necesidad muestra que, dentro del *estatuto del poder*, pueden existir diversas *relaciones* al igual

que lo que ya mostramos al hablar de las otras interacciones. Por igual circunstancia, en esta interacción que se da entre *gobernado* y *gobernante* se ven *relaciones* que pueden ser determinables *a priori* en función de la actividad cumplida en cada caso por el gobernado o por la que él exige de la autoridad.

Estas relaciones se diferencian de todas las demás que se presentan respecto de las otras interacciones, porque son reguladas legalmente por *normas necesariamente dinámicas.* Y a la actividad que cumple el gobernado cuando hace uso de ellas se le da el nombre de *instar*, lo que produce *instancias* (o *derecho de instancia* si se las juridiza). Lógicamente, el *instar* constituye un *impulsar a otro para que a su vez impulse nuevamente*, formando en definitiva la cadena de actos que está prevista con anticipación en la norma. Así es que, jurídicamente, se define a la *instancia* como *el derecho que tiene toda persona de dirigirse a la autoridad para obtener de ella, luego de un procedimiento, una respuesta cuyo contenido final no puede precisarse de antemano.*

Entre el primer instar y la resolución que recae finalmente sobre él existe *necesariamente* una serie de actos a cumplir en un orden ya establecido y que recibe el nombre de *procedimiento.* De tal forma, el *objeto* (lo que se desea lograr) *de la instancia es siempre obtener un procedimiento, en tanto que el objeto de éste es una resolución de la autoridad.*

Efectuando *a priori* una determinación lógica de todas las posibles instancias en la relación *particular* (*gobernado*)-*autoridad* (*gobernante*), en exclusivo orden a la actividad cumplida y con prescindencia de sus respectivos contenidos –que pueden ser casi infinitos– se advierte que ellas *sólo pueden ser cinco* y se conocen doctrinalmente con el nombre de *denuncia, petición, reconsideración, queja* y *acción procesal.* Pues bien: las posibles instancias pueden ser *primarias* (no suponen una instancia cumplida con anterioridad) o *secundarias* (suponen la existencia de otra instancia previa) y *con* o *sin* contenido pretensional. Cuando lo tienen, cabe distinguir –con criterio clasificatorio– entre si la autoridad puede cumplir por sí sola la prestación reclamada o si tal prestación depende

exclusivamente de la actividad de otra persona. Veamos ahora qué es cada una de ellas.

3.1. La denuncia

Es la instancia mediante la cual un particular efectúa una participación de conocimiento a una autoridad para que ella actúe como debe hacerlo según la ley. Por ejemplo: una persona se presenta ante la policía para decirle que está cometiéndose un delito en un lugar dado.

Como puede advertirse, esta instancia se caracteriza por su carácter *primario* y por la *ausencia de contenido pretensional*: el particular nada pide a la autoridad, sino que se limita a comunicarle un hecho que puede tener trascendencia jurídica para ella y a raíz de lo cual iniciará un procedimiento. De ahí que, presentada una denuncia cualquiera, el denunciante permanecerá ajeno al procedimiento que se cumpla al respecto por carecer de interés en lo que allí se actúe. Esto es lo que pasa, precisamente, en el procedimiento penal de corte inquisitivo, en el cual la víctima denunciante vive en una suerte de limbo procesal. Si se disecciona el tema, se advierte que la instancia es de carácter *primario*, que se presenta siempre e inexorablemente entre *dos sujetos* (el particular que denuncia y la autoridad que la recibe), que siempre tiene por *objeto obtener un procedimiento* y que ostenta como *causa* la *necesidad de cumplir un deber cívico*.

3.2. La petición

Es la instancia primaria dirigida por un particular a una autoridad que puede *resolver por sí misma* acerca de la pretensión sometida a su decisión. A consecuencia de ella, la autoridad iniciará un *procedimiento* que desembocará en una resolución mediante la cual se acogerá o no la pretensión contenida en el instar. Más sencillo con un ejemplo: Juan desea instalar en la vía pública un puesto de venta de cierta mercadería, para lo cual es imprescindible contar con la autorización previa del respectivo organismo municipal. A tal fin, *insta* ante el funcionario del ramo pretendiendo que se le otorgue el correspondiente permiso. Si se

cumplen los requisitos del instar (regulados en la respectiva ordenanza), el peticionante puede estar seguro de que, a consecuencia de *su petición*, se iniciará necesariamente un *trámite procedimental* que será más o menos largo o complicado según la cantidad de pasos a cumplir en la previsión normativa, pero que terminará en algún momento para posibilitar su propio objeto: la *emisión de una resolución*, típico acto de autoridad. Pero de lo que no puede estar seguro el peticionante es del contenido de la resolución que, luego de cumplido el respectivo procedimiento, emitirá el funcionario actuante. En efecto: la autoridad puede conceder o negar el permiso solicitado. Y para cumplir tal tarea resolutiva, la autoridad debe producir una *comprobación*, es decir la operación mental por la cual determina la existencia de los hechos tipificados en la norma mediante la comparación de ellos con los hechos expuestos por el peticionante, aceptándolos o no como ocurridos en la realidad. Cabe ahora que la autoridad asigne a tales hechos las consecuencias jurídicas previstas para el caso.

En idioma castellano, tal comprobación se realiza mediante un acto de *consideración* (sustantivo del verbo *considerar*) con el significado técnico de *verificar circunstancias fácticas y normativas*. De ahí que toda autoridad –administrativa o judicial– cumple con la tarea de *considerar* cuando motiva y funda su resolución. Por supuesto, para que la comprobación sea posible, dado el contenido pretensional de la petición del ejemplo dado, ha de surgir de la misma formalidad de la presentación la existencia y fácil comprensión de cuatro circunstancias claves: *quién insta*, *ante quién se insta*, *por qué se insta* y *para qué se insta*. De lo expuesto hasta aquí –y reiterando conceptos– surge que *la petición es una instancia primaria* (no depende de la existencia de otra de carácter previo) *con obvio contenido pretensional que puede otorgar directamente la propia autoridad*. Téngase en cuenta ello para hacer una comparación final entre todas las instancias posibles.

Supóngase ahora que la decisión del funcionario ha sido adversa al peticionante y que éste considera que la denegatoria fue errónea. Es decir, aquélla no se emitió con una correcta comprobación y evaluación de los antecedentes presentados. Si existe en el caso la posibilidad jurídica

de *insistir en el instar* pues hay en el organismo respectivo una autoridad de mayor jerarquía que el funcionario antes aludido, querrá ocurrir ante él para lograr un nuevo juicio de comprobación acerca de lo ya decidido equivocadamente (se trata, en definitiva, de lograr una *recomprobación* o una *reconsideración*). Ello origina la tercera instancia posible: la *reconsideración*, que trataré en el número siguiente. Pero antes, repárese en que si se disecciona el tema, se advertirá que la instancia es de carácter *primario*, que se presenta siempre e inexorablemente entre *dos sujetos* (el particular que peticiona y la autoridad que recibe la petición), que siempre tiene por *objeto obtener un procedimiento* y que ostenta como *causa la necesidad de obtener algo que se pretende.*

3.3. La reconsideración

Es la instancia *secundaria* dirigida al superior de la autoridad que, a juicio del peticionante, *no efectuó una comprobación correcta* (*consideración*) al dictar su resolución respecto de la pretensión que le presentara en la petición, *para que emita nueva decisión en cuanto al tema en cuestión, acogiéndola.* De tal modo, se insiste en que la reconsideración también tiene un contenido pretensional: la *revocación* del acto cumplido y reputado erróneo por el peticionante quien, de consiguiente, ahora persigue nuevamente el acogimiento de la pretensión inicial. Empero, diferenciándose de la petición, es de carácter secundario y no primario, ya que su existencia supone una *petición previa rechazada.* La instancia de *reconsideración* se conoce habitualmente con los nombres de *recurso administrativo* y de *recurso jerárquico*, lo que pareciera circunscribir su ámbito a la pura actividad administrativa. Sin embargo, como se verá oportunamente, también se presenta en la actividad judicial: cuando la demanda es denegada liminarmente, en los actos llamados de *jurisdicción voluntaria*, etcétera; pronto se comprenderá el porqué de ello.

Si se disecciona el tema, se advierte que la instancia es de *carácter secundario*, que se presenta siempre e inexorablemente entre *dos sujetos* (el particular que insta y la autoridad superior de la inferior que, a juicio de quien insta, erró al resolver la petición), que siempre tiene por *objeto*

obtener un procedimiento y que ostenta como *causa la necesidad de lograr la reconsideración de lo mal resuelto para, así, obtener finalmente lo pretendido.*

3.4. La queja

Supóngase ahora que, presentada una *petición*, el funcionario que la recibe *no actúa* conforme con el procedimiento previsto en la norma que regula el caso. Por ejemplo, no inicia el trámite o guarda silencio en lugar de dictar resolución (la hipótesis parte de la circunstancia de no estar previsto en la ley el efecto del silencio). En otras palabras: no es que se equivoque en la comprobación (*consideración*), sino que no la realiza o no la posibilita. Ello origina una nueva instancia, diferente de las anteriores y se denomina *queja*: es la instancia dirigida al superior jerárquico de la autoridad que interviene con motivo de una petición, mediante la cual el particular pretende que se haga el control de la inactividad que le causa perjuicio y, comprobado ello, se ordene la emisión de la resolución pretendida y, eventualmente, la imposición de una sanción a la autoridad inferior. Como se ve, al igual que las dos anteriores tiene un *contenido pretensional* (de carácter disciplinario) y aunque posee una similitud con la reconsideración por su obvio *carácter secundario* (pues ambas instancias suponen la existencia de una petición) difiere de él en cuanto la queja parte de la base de una *inactividad* en tanto que la reconsideración lo hace desde una *actividad que se reputa errónea.*

Si se disecciona el tema, se advierte que la instancia es de *carácter secundario*, que se presenta siempre e inexorablemente entre *dos sujetos* (el particular que insta y la autoridad superior de la inferior que guardó silencio y dejó sin resolver lo pretendido), que siempre tiene por *objeto obtener un procedimiento* y que ostenta como *causa la necesidad de lograr la emisión de una resolución que otorgue lo pretendido.*

Haciendo un breve repaso de lo visto hasta ahora surge que es imposible confundir una instancia con otra cualquiera de las ya explicadas pues hay sólo dos de carácter *primario* (petición y denuncia) y una sola de ellas (petición) tiene contenido pretensional. También hay sólo dos de

carácter *secundario* (reconsideración y queja), pero son definitivamente inconfundibles a pesar de que ambas tienen claro contenido pretensional, pues mientras la reconsideración supone la existencia de una *petición previa rechazada o denegada*, la queja exige la existencia de una *petición no respondida o no resuelta.*

Las cuatro formas diferentes de instar que hemos descrito hasta ahora ofrecen la característica de presentarse invariablemente *entre dos personas*: el particular que insta y la autoridad que recibe el instar. Adviértase que, aunque figuren varios funcionarios en las instancias de reconsideración y de queja, *la persona instada* es jurídicamente la misma: la *autoridad*, aunque actuando por medio de distintos órganos. Repárese también en que las cuatro instancias compulsadas tienen similar *objeto* la iniciación de un *procedimiento.* Ahora sí podemos destacar que resta aún otra instancia que, como se verá, difiere *esencialmente* de las ya enumeradas. Ella es:

3.5. La acción procesal

Es la instancia primaria mediante la cual una persona puede ocurrir ante una autoridad *judicial* para que resuelva acerca de *una pretensión que debe cumplir otra persona*, por lo cual dicha autoridad *no puede satisfacerla directamente* (cual lo hacía en el caso de la *petición*). Por tanto, esa persona respecto de quien se pretende y que eventualmente sufrirá los efectos adversos de una decisión en su contra, *debe integrar necesariamente la relación dinámica* que se origine con tal motivo.

Resulta así que la *acción procesal* ostenta la singular particularidad de provenir de un sujeto (actor, reconviniente, excepcionante, acusador o querellante) y *provocar conductas concatenadas de otros dos* (juez y demandado o reconvenido o demandado por el reconviniente –persona diferente del reconvenido– o excepcionado, o acusado o querellado) *en tiempos normativamente sucesivos.* Un ejemplo aclarará la idea: Juan afirma que en la realidad social Pedro le debe una suma de dinero y, por tanto, pretende en el mismo plano de la realidad social que le pague. Supóngase ahora que

Pedro no paga, para lo cual aduce argumentos que el acreedor no acepta. Como Juan no puede ejercer fuerza física sobre Pedro y siempre que no acuerden libremente entre ambos una solución autocompositiva, Juan no tiene otra alternativa que presentarse a la autoridad (en este caso, el juez) instándola, no para que le pague por sí misma (sería absurdo que el Estado hiciere frente a todas las deudas de los particulares), sino para que constriña a Pedro –aun mediante el uso de la fuerza legítima que puede ejercer el Estado– a pagar la prestación adeudada, si es que se confirma la existencia de la deuda.

Recibida la instancia por el juez, *como no depende exclusivamente de él mismo la solución del litigio, sino de la prestación que cumplirá otra persona* (Pedro), habrá de iniciar un procedimiento que no será ya sólo entre *dos* personas (el particular que insta y la autoridad que recibe el instar, cual ocurre sin excepción en todas las demás instancias: denuncia, petición, reconsideración y queja), sino entre *tres*, pues debe involucrarse necesariamente en él a aquella persona respecto de la cual se insta. Surge de lo expuesto que esta *instancia primaria también tiene contenido pretensional.* Pero se ve fácilmente que entre la acción procesal y todas las demás instancias posibles existe diferencia esencial: la acción debe ser *bilateralizada* por el juez, otorgando posibilidad de audiencia al tercero respecto de quien se afirma debe cumplir la prestación pretendida, para que éste alegue lo que desee al respecto. En otras palabras: es *una instancia de carácter bilateral.*

Este fenómeno jurídico recién descrito se muestra, al igual que la compraventa, como *único*, *inconfundible* e *irrepetible* en el mundo del Derecho ya que todas las demás instancias son de carácter *unilateral.* Y así se llega a la formulación de un concepto lógico que no puede ser más elemental *y* simple: *la acción procesal* es *la instancia bilateral.* Y con ello se dice todo para lograr la captación y comprensión integral del fenómeno.

Si se disecciona el tema, se advierte que la instancia es de *carácter primario*, que se presenta siempre e inexorablemente entre *tres sujetos* (el particular que insta, la persona contra quien se insta, y la autoridad que

recibe el instar), que siempre tiene por *objeto* obtener un *proceso* (no un *procedimiento*, denominación que se reserva al instar entre dos, cual ocurre en todos los casos antes vistos) y que ostenta como *causa la necesidad de lograr lo que se pretende y que no debe ser prestado por la propia autoridad, sino por un tercero*).

No obstante la indudable importancia jurídica de lo expuesto[41], en los últimos años la doctrina mayoritaria en América descuidó el estudio metódico de la *acción procesal* so pretexto de que resultaba inservible para la comprensión de esta rama del derecho y lo suplantó en definitiva por el concepto de *pretensión*[42], sosteniendo que en razón de ella –y no de la acción– se generan los diferentes procedimientos, se clasifican los tipos procesales y el contenido de las sentencias, se establecen sus efectos, se determinan las variadas competencias materiales, etcétera.

Baste por ahora saber que si *la pretensión*[43] *es lo que se pide* (en esencia, es una *meta*), *la acción es el modo de pedir* (en esencia, es un método). Y sin perjuicio de que las pretensiones pueden ser infinitas y la acción es sólo una de las cinco posibles formas de instar, lo que importa rescatar en este punto es la grave equivocación de los autores que han privilegiado la obtención de la *meta* por sobre el *método* mediante el cual se procura obtener esa meta, dando así la razón a Maquiavelo y posibilitando el triunfo postrero de su conocido consejo: *el fin justifica los medios...*

Veamos ahora el siguiente cuadro sinóptico descriptivo de las instancias antes referidas para ayudar a la fijación de los conceptos por parte del lector.

---

41 Distinguir entre la *actividad de pedir* y la *cosa que se pide* con ella.

42 Esto ocurrió por la notable influencia que el pensamiento del jurista español Jaime GUASP DELGADO tuvo sobre todos los pensadores académicos americanos de mediados del Siglo XX. Ejemplo de ello en la Argentina es Lino Enrique PALACIO, que abandonó por completo el tratamiento del concepto de *acción procesal* en su vasta obra y lo obvió en su importante tarea codificadora. Hoy, a la distancia, creemos que fue un error que detuvo el crecimiento doctrinal de la asignatura. De ahí la importancia que asignamos al tema en el texto de la Lección.

43 El tema será tratado detenidamente en la Lección 6.

Origen	Instancias	Contenido
Primarlo	Denuncia	Sin pretensión
	Petición	Con pretensión
	Acción	
Secundario	Reacertamiento	
	Queja	

4. LAS DIFERENCIAS ENTRE *PROCESO Y PROCEDIMIENTO*

En la historia del derecho procesal no siempre se ha efectuado la distinción apuntada en el título, no obstante ser de la mayor importancia para comprender el fenómeno que aquí describo.

Se entiende por *procedimiento* –concepto puramente *jurídico*– la sucesión de actos ordenados y consecutivos, vinculados causalmente entre sí, por virtud de lo cual uno es precedente necesario del que le sigue y éste, a su turno, consecuencia imprescindible del anterior. Existe procedimiento en toda actividad, privada (orden del día en una asamblea) o pública (procedimiento administrativo, parlamentario, etcétera), que requiere de una *consecución de actos.* Se entiende por *proceso* –concepto puramente *lógico– el medio de discusión de dos litigantes ante una autoridad* según cierto procedimiento preestablecido por la ley. En rigor de verdad, se trata de una *serie de actos procedimentales consecutivos e invariables*, tal como se verá en detalle oportunamente. De tal modo, el *procedimiento* es el *género* (aparece en *todas* las instancias), en tanto que el *proceso* es una especie de él (aparece sólo en la acción procesal, instancia que debe ser necesariamente bilateralizada).

Insistiendo en la idea: el procedimiento es el rasgo común y distintivo de todas las instancias que, salvo la acción procesal, se otorgan para regular una relación dinámica entre *dos* personas: quien insta y quien recibe la instancia.

El proceso es el procedimiento propio de la acción procesal, que se otorga para regular una relación dinámica entre *tres* personas: quien insta, quien recibe el instar y aquel respecto de quien se insta. Surge de

lo expuesto que *todo proceso contiene un procedimiento*; pero no ocurre lo propio a la inversa, pues *no todo procedimiento constituye un proceso.*

La distinción es importante, porque: a) no siempre que existe un procedimiento judicial se genera un proceso: los llamados *actos de jurisdicción voluntaria* (en rigor, algunos de ellos), por ejemplo, tienen procedimiento y no son procesos; b) toda pretensión ejercida judicialmente en las condiciones que marca la ley, origina un proceso cuyo objeto será la sentencia mediante la cual se habrá de satisfacer aquélla, existiendo así tantos procesos como pretensiones se hagan valer. De donde resulta que: c) un solo procedimiento judicial puede ser la envoltura externa de más de un proceso.

Para finalizar: debe quedar en claro que, en el curso de este *Manual*, se entenderá por *proceso el método de debate dialéctico y pacífico entre dos personas desiguales actuando en pie de perfecta igualdad ante un tercero que ostenta el carácter de autoridad.* Y no otra cosa.

Ahora sí, creemos que están dadas las nociones necesarias para comenzar a explicar qué es el *derecho procesal sistémico.* A tal efecto, analizaremos seguidamente quién es el que origina y crea una norma cualquiera de procedimiento.

5. LA CREACIÓN DE LA NORMA DE PROCEDIMIENTO: LAS FUENTES

El tema propuesto se estudia habitualmente bajo la denominación de *fuentes del derecho procesal.* En razón de que ese concepto no tiene un contenido preciso e inequívoco en la doctrina jurídica y de que dentro del tema se incluyen algunas *fuentes* a las cuales niegan tal carácter varios autores, preferimos denominar a este punto conforme a la óptica de pura actividad que preside la obra; de tal modo, nos ocuparemos del *origen* de las normas procesales, teniendo en cuenta al efecto, y exclusivamente, *quién las ha creado con su esencia imperativa.* Va de suyo que, así, no habrá referencia alguna a la *historia* del derecho procesal ni a la *doctrina* autoral (ambas consideradas *fuentes* en los textos clásicos) pues si bien una y otra

pueden ser determinantes para que el legislador norme, *en sí mismas no crean derecho.*

En esta posición, cabe recordar que una norma de carácter dinámico puede estar contenida en cualquier ordenamiento legal. En rigor de verdad, un gran número de leyes prevé y consagra normas procedimentales.

Porque todo proceso supone un procedimiento –situación que no se da a la inversa– haremos referencia a los distintos ordenamientos que contienen disposiciones relativas a uno y otro concepto que se vinculan con el tema tratado, en orden a quién es la persona que origina la norma procesal. En este orden de ideas, la norma procesal puede ser creada por el *constituyente*, el propio *particular* que litiga, el *legislador*, el *juez* o *tribunal* y la *sociedad*. Veamos ahora cada uno de ellos.

5.1. El constituyente como creador de normas de procedimiento

El primero y más importante creador de normas procesales es el *constituyente*: todas las constituciones que se han promulgado desde comienzo del siglo pasado las contienen claras y precisas. En razón de que en este punto casi todas las del continente tienen normativa similar, creo conveniente hacer su estudio a partir de la Cn de 1853/1994, vigente al tiempo que esto se escribe. Ella consagra normas que refieren a la tarea *procesar* y a la tarea de *sentenciar*:

Respecto del *procesar*, después de *adoptar la forma republicana de gobierno*, con separación e intercontrol de poderes (art. 1) y de *garantizar la administración de justicia*, como condición esencial del federalismo (art. 5), autoriza genéricamente el *derecho de peticionar* (latamente concebido, en el sentido que doy a la palabra *instancia* en esta obra) (art. 14) y consagra la *igualdad ante la ley* (art. 16) tanto para *nacionales* como para *extranjeros* (art. 20). En su artículo 18 asegura la *inviolabilidad de la defensa en juicio* de la persona y de los derechos. Para reafirmar esta garantía, prohíbe el juzgamiento de cualquiera persona por *comisiones especiales* o por jueces *no designados por la ley antes del hecho del proceso.* La

misma norma establece que *nadie puede ser obligado a declarar en contra de sí mismo, aboliendo para siempre toda especie de tormento y los azotes.* Dentro de los "nuevos derechos y garantías" se prevé el establecimiento de *procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos* relativos a los derechos del consumidor y del usuario (art. 41). En el artículo 43 se prescribe lo relativo a importantes garantías constitucionales: *acción de amparo, habeas data* y *habeas corpus*[44].

Respecto del *sentenciar*, el mismo artículo 18 establece que ningún habitante *puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso.* A ello debe agregarse que *nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe* (art. 19).

Por fin, como máxima garantía de separación de funciones, surge de los arts. 9 y 109 que el Poder Ejecutivo no puede arrogarse facultades judiciales ni ellas serles concedidas por el Poder Legislativo. La suma de todos estos derechos y garantías se conoce con la denominación de *debido proceso*, utilizando al efecto una conocida adjetivación *–debido–* que no

44 Cn, art. 43. "[*Acción de amparo*] Toda persona puede interponer acción expedita y rápida de amparo, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que, en forma actual o inminente, lesione, restrinja, altere o amenace, con arbitrariedad o ilegalidad manifiesta, derechos y garantías reconocidos por esta Constitución, un tratado o una ley. En el caso, el juez podrá declarar la inconstitucionalidad de la norma en que se funde el acto u omisión lesiva. Podrán interponer esta acción contra cualquier forma de discriminación y en lo relativo a los derechos que protegen al ambiente, a la competencia, al usuario y al consumidor, así como a los derechos de incidencia colectiva en general, el afectado, el defensor del pueblo y las asociaciones que propendan a esos fines, registradas conforme a la ley, la que determinará los requisitos y formas de su organización. [*Habeas data*] Toda persona podrá interponer esta acción para tomar conocimiento de los datos a ella referidos y de su finalidad, que consten en registros o bancos de datos públicos, o los privados destinados a proveer informes, y en caso de falsedad o discriminación, para exigir la supresión, rectificación, confidencialidad o actualización de aquéllos. No podrá afectarse el secreto de las fuentes de información periodística. [*Habeas corpus*] Cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, o en el de desaparición forzada de personas, la acción de *habeas corpus* podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio".

se halla contenida ni en la Constitución ni en la ley. Por ello es que, en rigor, se trata de *una garantía innominada.*

Hasta ahora ni la doctrina (constitucional o procesal) ni la jurisprudencia han definido total y positivamente lo que debe entenderse por *debido proceso.* Por lo contrario, se lo ha hecho parcial y negativamente (así, se afirma que *no es debido proceso* aquel por el cual...). De ahí nuestra reiterativa insistencia en caracterizar inconfundiblemente el fenómeno para que, al ser irrepetible en el mundo jurídico, logre ser objeto de una definición clara, comprensible y completa.

5.2. El particular como creador de normas de procedimiento

En afirmación que dista de ser pacífica en la doctrina americana, el segundo creador (en orden de importancia) de normas procesales es el propio *particular* que afronta el litigio.

El tema se relaciona íntimamente con el referente al *carácter* del derecho procesal, ya tratado en la Lección 1. Por ahora, y sin perjuicio de lo expresado allá, recordaremos algo ya sabido por todos: una inmensa cantidad de pleitos es sacada por los propios interesados de la órbita del Poder Judicial para ser derivada a la actuación de árbitros particulares elegidos libremente por los contendientes (por supuesto, esto refiere de forma exclusiva a los litigios de índole privada y patrimonial, nunca a los de estado civil o de familia). Cuando esto ocurre, los interesados *pueden pactar toda la serie procedimental,* así como renunciar por anticipado a deducir oportunamente medios de impugnación con fundamento en la *injusticia* del laudo arbitral (no respecto de su *legitimidad*)[45]. En el orden legal no hay razón lógica alguna para sostener lo contrario (aunque no ignoramos que algunas legislaciones prohíben caprichosamente pactar acerca de normas de procedimiento). Reiterando: sin considerar los litigios cuya discusión afecta al orden público (que no encuadran en lo que se sostiene

45 El Cpcsf, art. 29, autoriza la renuncia a la apelación cuando se trata de pleito sobre tema transigible. Pero prohíbe la renuncia a la nulidad que, de hacerse, se tendrá por no escrita.

aquí) y a las relaciones que se presentan exclusivamente en el plano vertical del proceso (competencia e impugnaciones por vía de recursos), en las demás –situadas en el plano horizontal que va desde actor al demandado y viceversa– no hay motivo serio y valedero para cercenar a las partes la posibilidad de pactar acerca de normas que integran la serie procedimental (por ejemplo, plazo para contestar, para confirmar, para alegar, etc.). Esta afirmación es fácilmente compartible por el lector si recuerda –hablando siempre de pleitos en los cuales se litiga a base de intereses meramente privados y transigibles– que el propio ordenamiento legal permite a las partes autocomponer sus posiciones encontradas mediante el régimen de renuncias que se analizó en la Lección 1: desistimiento, allanamiento y transacción. En otras palabras: se permite –a veces aún más, se privilegia con eximición de costas procesales, por ejemplo– la renuncia del derecho mismo que, en orden al propio litigio, es obviamente lo más importante. ¿Cómo no permitir, entonces, la renuncia de algo mucho menos importante –si quien puede lo más, puede lo menos– como es la forma o el método con el cual ha de discutirse acerca de esos mismos derechos? Haciendo un juego de palabras que muestre más gráficamente la afirmación: si se puede pactar (autocomponer) acerca del tema sobre el cual se ha de discutir, ¿por qué no poder pactar también sobre cómo se discutirá el tema a discutir? Como se comprende, la respuesta negativa de la ley es tonta y franca y definitivamente absurda...

5.3. El legislador como creador de normas de procedimiento

El tercer creador de normas procesales es el *legislador*, quien lo hace en *Códigos procesales* y en un sinnúmero de *leyes* que regulan diversas instituciones jurídicas para cuyo (supuestamente) mejor funcionamiento se prevé el procedimiento adecuado (por ejemplo, ley de concursos, de sociedades, de prenda con registro, etcétera). La importancia de la *ley procesal* es manifiesta porque ella debe ser aplicada *sí* o *sí* –no se admite pacto en contrario de particulares– cuando la materia justiciable es de *orden público* (por interesar a toda la comunidad lo que se resuelva judicialmente al respecto) y, además, porque es de *aplicación supletoria*

respecto de todos los supuestos en los cuales el simple particular puede crear normas procesales.

5.4. El juez como creador de normas de procedimiento

El cuarto creador de normas procesales es el *juez* o *tribunal* (a los cuales se menciona lata e indebidamente como *jurisprudencia*) en el habitual lenguaje forense. Lo más simple de referir es la tarea integradora que el juez hace del ordenamiento jurídico procesal: cuando no existe norma alguna que regule expresamente algún paso necesario para continuar idóneamente la línea procedimental, es el propio juez actuante quien debe crearla para poder dar efectivo andamiento al proceso (por ejemplo, fijación de plazo para alegar en ciertos tipos de juicios). Pero no termina ahí la importancia de la labor creadora judicial: existen *pronunciamientos* (sentencias) que, bajo ciertas condiciones que la propia ley establece al efecto, tienen *fuerza vinculante* respecto de los mismos tribunales que los emitieron o, a veces, de jueces jerárquicamente inferiores. Es lo que se llama *jurisprudencia obligatoria* y su aspecto normativo se muestra en la circunstancia de que quienes están vinculados a ella deben mantener en un caso concreto idéntica *interpretación legal* que la efectuada para caso similar en el pronunciamiento vinculante[46].

5.5. La sociedad como creadora de normas de procedimiento

El quinto y último creador de normas procesales es el propio ser colectivo: la *sociedad* al través de sus *usos*, que pueden llegar a tener la jerarquía de derecho vigente y no escrito (*costumbre*). Entre las ideas de *uso* y de *costumbre* existe diferencia cuantitativa: el primero consiste en la repetición constante de un mismo hecho; la segunda nace como consecuencia de la aceptación generalizada de esa repetición (por consiguiente, es un efecto del uso). De ahí que pueda haber usos sin costumbre, pero no ésta sin aquéllos.

46 En SFE, la jurisprudencia obligatoria está prevista en Lopjsf, arts. 28 (tribunal *pleno*) y 29 (tribunal *plenario*).

En materia procesal, la costumbre judicial (usos forenses reiterados) crea normas que, aunque no escritas, son de aceptación generalizada en un cierto tiempo y lugar. Piénsese, por ejemplo, en las diferencias radicales que existen en las distintas aplicaciones de la normativa procesal entre dos tribunales de una misma ciudad... Y es que se sostiene cotidianamente que el derecho no es una ciencia *exacta*, sino *interpretativa.* Y para justificar tal aserto se muestra un ejemplo muy decidor: si se pregunta a un matemático *¿cuánto es dos y dos?*, seguramente responderá *cuatro*, pues no existe en el interrogante, sino una sola formulación lógica: la de la *suma.* Pero si idéntica pregunta es recibida por un jurista, no acostumbrado a la *exactitud*, sino a la *interpretación*, responderá que –tal como está formulada la cuestión– su respuesta puede ser alternativa: *cuatro* o *veintidós* (y ello porque no se dijo *dos más dos*, sino *dos y dos*). Y obviamente, se sostiene, ambas expresiones son válidas en función estricta de la cuestión planteada. Este simple ejemplo sirve para advertir que un gran número de hechos, de las conductas en ellos desplegadas y de las normas que deben ser aplicadas a esos hechos y esas conductas, poseen un contenido de interpretación diversa y que, por ende, son *opinables* (sobre un mismo problema pueden darse soluciones diferentes).

Llevada esta realidad al campo del proceso se advierte que, por carencia de norma respecto de un problema cualquiera o por interpretación que desvirtúe su esencia cuando ella existe, en un momento y lugar dado comienza a practicarse un cierto uso que, al generalizarse, termina en costumbre (como tal, derecho no escrito). Es en este sentido en el cual consideramos a ella como creadora de normas procesales. Ejemplos de lo recién afirmado pueden ser encontrados en la remisión expresa que la ley hace respecto del tema (p. ej.: Cpcn, art. 565), en prácticas judiciales generalizadas, tales como ciertas fórmulas de redacción impuestas por algunos tribunales y en la ausencia de los jueces en ciertas audiencias en las cuales su presencia es ineludible, todo con tácito o expreso consentimiento de los interesados. De lo expuesto se infiere que la costumbre produce sus efectos no sólo ante la carencia de ley, sino también para derogar una anterior o para interpretar la que se presenta como dudosa,

la que deberá observarse en el futuro conforme con el sentido asignado por ella. De aquí viene el decir que hay costumbre *fuera* de la ley, *contra* la ley y *según* la ley. Sin embargo, la tarea interpretativa no debe presentarse sistémicamente respecto de *normas que regulan un simple método*.

En suma y sintetizando lo hasta aquí explicado: las normas procesales pueden hallarse vigentes por estar contenidas en la Cn, en los pactos, en las leyes, en las decisiones judiciales y en la costumbre.

LECCIÓN 3

EL DERECHO PROCESAL

SUMARIO

1. El concepto y el contenido del derecho procesal
2. La unidad del derecho procesal
3. El carácter del derecho procesal
4. La codificación procesal

1. EL CONCEPTO Y EL CONTENIDO DEL DERECHO PROCESAL

El *derecho procesal* es la rama del derecho que estudia el fenómeno jurídico llamado *proceso y* los problemas que le son conexos. Es una *rama* por dos razones: a) porque se elabora a partir del concepto fundamental de *acción*, que le es propio y, por tanto, ninguna otra disciplina puede explicar; y b) por la *unidad* de sus conceptos que, aunque diversos, se combinan entre sí para configurar el fenómeno. Con ello se logra un *sistema* armónico y completo.

Su objeto de estudio no sólo es el *proceso*, considerado en sí mismo, sino también *los problemas que le son conexos.*

Ya se verá oportunamente que para que exista lógicamente un proceso, como *fenómeno irrepetible* en el mundo del Derecho, es menester que se presente *imprescindiblemente* una relación continua que enlace a tres personas: actor, juez y demandado. De tal forma, todo lo pertinente al tema y relativo a ellas tendrá que ser objeto de este estudio.

Para conocer qué es lo *pertinente*, cabe formular ciertas preguntas ante la iniciación de la acción procesal: ¿quién, ante quién, contra quién,

qué, por qué, cómo, dónde, cuándo y para qué se accionan?, ¿cuál es la eficacia de todo ello? Algunas respuestas a tales interrogantes están dadas por otras ramas del derecho (por ejemplo, quién, contra quién, qué, por qué y para qué); otras, en cambio, son materia propia de esta asignatura (ante quién, cómo, cuándo, dónde, cuál es la eficacia).

Designando ahora cada una de las actividades que se cumplen en orden a tales preguntas, el derecho procesal se encargará de explicar: a) los conceptos de *acción, pretensión* y *demanda* y la posibilidad de su *variación*; b) las posibles formas de *reacción del demandado* y *del reo penal* y los efectos que cada una de ellas puede tener dentro del proceso; c) el concepto de *confirmación de las pretensiones*, así como las reglas que establecen quién, cuándo y cómo se confirma y qué valor tiene lo confirmado; d) la actividad que cumple el juez (*jurisdicción*) y los supuestos en los cuales se ejerce (*competencia*), así como los deberes y facultades que tiene tanto en la dirección del proceso como en la emisión de la sentencia y en su ejecución; e) la propia *serie procedimental* que permite el desarrollo del proceso, con los principios y reglas técnicas que lo gobiernan; f) la *cautela* de los derechos litigiosos, necesaria para evitar que sean ilusorios al momento del cumplimiento; g) la *sentencia*, como norma individualizada para el caso concreto y su valor en el mundo jurídico.

Como se advierte en esta exposición, se ha privilegiado el concepto de *acción* al hacer partir de él todos los demás. Pero cabe aclarar que no es ésta una posición habitual en los autores de la disciplina; por lo contrario, la mayoría de ellos pone especial acento en la *actividad jurisdiccional* y desde ella hace comenzar toda explicación sobre el tema.

A nuestro juicio, esta tesitura que hace privar a la actividad de jurisdicción sobre la de la acción procesal exhibe tres defectos: a) no respeta el orden lógico de la actividad que se cumple en la realidad social (puede aceptarse idealmente la existencia de un pretendiente sin juez –hay varias maneras de solucionar pacíficamente el conflicto–, pero no la existencia de un juez sin pretendiente); b) no tiene en cuenta que la función jurisdiccional (concebida como la suma de la actividad de procesar más la de

sentenciar) no es propia y exclusiva del Estado con lo cual se sistematizan conceptos que no se adecuan con los fenómenos que ocurren todos los días en la vida jurídica; y c) muestra poseer una filosofía política que no condice con la noción de *debido proceso* que, nominada o innominadamente, se halla contenida en todas las constituciones políticas contemporáneas. Además, el concepto de *jurisdicción* es harto equívoco (ya se verá oportunamente que la voz tiene varias diferentes acepciones jurídicas) y su naturaleza aún no se halla pacíficamente definida y aceptada por los autores. El tema se comprenderá mejor oportunamente.

De la posición filosófica liberal recién afirmada y, consecuentemente, del método de exposición adoptado para esta obra[47], puede colegirse desde ya que se hará toda esta explicación desde una óptica lógica racional y no exclusivamente jurídica, pues los ordenamientos legales de América –en general y en su mayoría– norman con el nombre de *proceso* a simples procedimientos que sólo son parodia o apariencia de él. Para reafirmar esta aseveración, de aquí en adelante haremos notar –respecto de cada institución en particular– si la legislación respectiva se adecua o no a los ordenamientos constitucionales.

2. LA UNIDAD DEL DERECHO PROCESAL

Cabe ahora hacer especial hincapié en la *unidad del derecho procesal.* La realidad enseña que cada una de las ramas jurídicas que puede emerger de las normas estáticas tiene su propia regulación dinámico-procedimental. Así es como coexisten en la actualidad un *procedimiento administrativo* (incluso puede ser variable según el tipo de repartición pública) al lado de un procedimiento *civil*, otro *penal*, otro *laboral*, otro *militar*, otro *eclesiástico*, etcétera, etcétera.

47 El estudio de cada tema no parte de la descripción de una norma cualquiera; sino que, prescindiendo de ella, mira, describe y explica la realidad de la vida y de lo que en ella acontece con trascendencia jurídica. A partir de allí, descubierto y circunscrito un problema digno o necesario de normación, se busca la mejor solución posible en orden de mantener una constante y perpetua paz social.

Los tratadistas de las respectivas asignaturas –que invariablemente reclaman la plena autonomía de cada rama jurídica– denominan a cada uno de los ordenamientos mencionados: *derecho procesal administrativo*, *derecho procesal civil*, *derecho procesal penal*, *derecho procesal constitucional* y, ya en el colmo de este notable avance contra la lógica, *derecho constitucional procesal* y *derecho procesal constitucional*, etcétera. Va de suyo que la simple calificación adjetiva que se haga del derecho procesal no puede hacer que varíen sus conceptos elementales y fundamentales. En efecto: las nociones de *acción procesal*, de *excepción* y de *jurisdicción*, por ejemplo, son *invariables* en todos los ordenamientos normativos. No obstante ello, cada autor que se dedica a una *sub-rama procesal* insiste en su autonomía, alegando siempre la existencia de diferencias esenciales.

A poco que bien se mire, tales diferencias no son *esenciales*; en rigor, ni siquiera son *diferencias*. Y es que la *estructura íntima* de todo proceso es bien simple y ya se explicará varias veces al mostrar a dos sujetos debatiendo pacífica y dialécticamente ante un tercero, que habrá de resolver el litigio si es que no se autocompone durante la tramitación del procedimiento. A la suma de todas estas nociones se le da el nombre de *proceso*. Por tanto, *no hay proceso* cuando el tercero (juez) se coloca al lado de uno de los interesados (supliendo o coadyuvando en las actividades de afirmar, de negar, de confirmar o de alegar) para combatir frente al otro: en rigor, la figura muestra a *dos* personas, ya que el juez pierde la objetividad propia de su imparcialidad (por ejemplo, en el llamado *proceso penal inquisitivo*). Ya volveremos sobre el tema al tratar lo relativo a los sistemas procesales.

Basta decir por ahora que muchas legislaciones de toda América llaman *proceso* a ese fenómeno recién descrito y que, no por eso, puede adquirir la categoría lógica del *proceso verdadero*. Hacemos esta disquisición pues la serie programada por el legislador para que debatan los sujetos en litigio *es siempre la misma e invariable*, sin importar la materia acerca de la cual discuten: en todos los casos hay una necesaria afirmación, una posibilidad de negación, una posibilidad de confirmación y una posibilidad de alegación. No interesa al efecto que los requisitos para cada una

de tales etapas puedan ser diferentes: lo que sí importa es que las etapas mismas sean idénticas entre sí.

Esta unidad conceptual permite al jurista hacer dos cosas: a) sistematizar todas las nociones para hacerlas jugar armónicamente unas con otras; y b) luego de lograda la sistematización, construir una teoría general del derecho procesal que lo muestre como una verdadera ciencia que pueda generar un *sistema armonioso y neutro de enjuiciamiento.*

3. EL CARÁCTER DEL DERECHO PROCESAL

Se estudia el tema en este lugar pues tiene íntima conexión con el tratado anteriormente. Y es que el grave y aún no pacíficamente solucionado problema doctrinal que genera el estudio del *carácter* del derecho procesal puede sintetizarse en lo que parece inocente pregunta: ¿cabe que los particulares establezcan pasos procedimentales específicos para regular su propio proceso o, por lo contrario, deben atenerse única y exclusivamente a lo que la ley prevé al respecto?

Según sea la posición filosófico-jurídica del autor que analice el tema en cuestión será la respuesta que dé a ella: para algunos (en rigor, los menos) el proceso es instrumento para dirimir un litigio de interés meramente privado por lo que, congruentes con ello, sostienen que es factible derogar la norma legal en un caso concreto para crear la que se estime conveniente al litigio. Para otros –los más– ocurre lo contrario, so pretexto de que es a la sociedad toda a quien interesa primordialmente la solución correcta de los litigios: por tanto, sostienen la irrenunciabilidad de las normas legales que, así, son calificadas como de *orden público.* Cabe apuntar aquí que el concepto de orden público es esencialmente indefinido y contingente, por lo cual no existe acuerdo entre los autores acerca de su definición y contenido. No obstante ello, y a riesgo de pecar por restricción, se puede afirmar que el orden público es una abstracción jurídica sobre la cual reposa el bienestar de la colectividad para cuyo mantenimiento deben ceder los derechos de los particulares cuando ello sea de conveniencia social. De tal modo, cuando una norma merece esa

calificación ideal, no puede ser dejada de lado por el acuerdo de los interesados, a quienes se prohíbe pactar en contrario.

En rigor de verdad, ambas posiciones antagónicas tienen parte de razón pues no debe afirmarse que *todas* las normas procesales entran absolutamente en una u otra categoría, sino que ingresan a *alguna* de ellas por la naturaleza de la cuestión que regulan. Por supuesto, estamos mirando el problema desde la óptica del litigio que versa sobre derechos transigibles; por tanto, lo que aquí se expresa no alcanza al *proceso penal* ni a los que podrían llamarse teóricamente *procesos civiles penalizados*, que se utilizan para ciertos conflictos respecto de los cuales la sociedad toda tiene interés primario en su solución: nulidad de matrimonio, filiación, etcétera.

Por ser el proceso un método de debate entre dos partes que se hallan en pie de igualdad ante un tercero que se encuentra por *encima* de ellas (ya que es el llamado *a resolver* y, llegado el caso, imponer la solución del litigio), cualquier observador atento puede ver en aquél dos claros *planos* diferentes: uno *horizontal* que se forma recíprocamente entre actor y demandado, y otro *vertical* que se forma también recíprocamente entre el juez y cada una de las partes, actora o demandada. En el *plano vertical* se sitúan todas las instituciones y relaciones que pueden presentarse entre el juez y las partes (los distintos tipos de competencia, los recursos, etcétera): ellas no son renunciables por los interesados salvo expresa disposición legal permisiva (por ejemplo, las partes pueden pactar lo que les plazca acerca de la competencia territorial cuando litigan a base de intereses meramente privados). En el *plano horizontal* se hallan todas las normas que ordenan el debate igualitario propiamente dicho (formas de las presentaciones, plazos para realizarlas, etcétera): ellas son *lógicamente* (no siempre *legalmente*) renunciables por las partes, quienes pueden así pactar norma diferente de la prevista por el legislador (por ejemplo, un plazo más amplio que el establecido en la ley).

Como es obvio, hacer un inventario detallado del contenido de cada plano es tarea que excede los límites de este *Manual.* Sin perjuicio

de ello, y reafirmando la idea constitucional del debido proceso que ya se ha esbozado, propiciamos una amplia concepción del tema, tal como se hiciera en esta Lección.

4. LA CODIFICACIÓN PROCESAL

Vinculando el tema con el ya expuesto de creación del derecho procesal, apuntamos que en nuestro país la materia está legislada sistemáticamente en cuerpos legales que reciben la denominación de códigos. Y hablamos en plural pues la República Argentina está organizada políticamente bajo un régimen federal de gobierno, lo que posibilita la coexistencia jurídica de los Estados (provincias) con la Nación que integran. De tal modo, y a partir del propio texto constitucional, existe una normativa procesal de carácter nacional (federal) y tantas otras de carácter provincial como el número de Estados que componen la Nación.

Consecuentemente, existe un código procesal nacional (en rigor, varios, según la materia que regulan) y numerosos códigos procesales provinciales (ídem).

En la Capital Federal y en materia civil ordinaria, la normativa está codificada desde 1880. Tras sucesivas e importantes reformas se llegó a la ley 17454 (vigente desde febrero de 1968) que, con numerosas modificaciones introducidas rige hasta hoy tanto para los litigios ordinarios como federales.

Similar panorama al ya descrito existe en Estados Unidos de América y México, únicos países de coexistencia legislativa en el concierto continental, pues Brasil y Venezuela –también con organización política federal– han unificado su legislación procesal en texto único de carácter nacional. Todos los demás países –políticamente unitarios– tienen códigos que regulan la materia procesal.

LECCIÓN 4

LOS SISTEMAS DE ENJUICIAMIENTO JUDICIAL

SUMARIO

1. El concepto de *sistema*
2. El sistema acusatorio
3. El sistema inquisitorio
4. El sistema mixto

1. EL CONCEPTO DE *SISTEMA*

Se entiende por *sistemas de enjuiciamiento* los métodos inventados por el hombre para juzgar y, eventualmente, condenar a otros hombres para matarlos, encerrarlos u obligarlos a hacer o no hacer algo.

Según la filosofía que inspiró el tema, se generaron en la historia tres sistemas:

a) uno de esencia *liberal*, que se exhibe como un método de *discusión* entre dos sujetos naturalmente desiguales e igualados al efecto de discutir con paridad de armas, en el cual se respeta por sobre todas las cosas al ser humano y se lo privilegia frente a la autoridad que lo enjuicia. Es el más antiguo en el mundo y se conoce como sistema *acusatorio* en lo penal y *dispositivo* en lo no penal. Actualmente se lo denomina sistema *adversarial.* Como luego se verá, es el referido en todas las constituciones del continente;

b) otro de esencia *autoritaria*, que se exhibe como un método de *investigación* en el cual se privilegia a la autoridad (quien investiga) por sobre el individuo (quien es el investigado) a punto tal que la doctrina lo

ha considerado por siglos como *objeto* y no como *sujeto* del enjuiciamiento. Nacido en el Medioevo por razones puramente contingentes, se conoce como sistema *inquisitivo* o *inquisitorio*, tanto en lo penal como en lo no penal. Como luego se verá, es el normado en las leyes procesales penales del continente, con escasas excepciones que luego mencionaré;

c) otro más, de esencia ecléctica, se conoce como *mixto*, y es una inexplicable mezcla –como luego se verá– de los dos anteriores, normado como tal en casi todas las leyes procesales no penales (civiles, laborales, familiares, etcétera) de América Latina.

2. EL SISTEMA ACUSATORIO

Desde tiempo inmemorial –en rigor, desde la pacificación de los pueblos– existía en los hechos una idea parecida a la que hoy tenemos del proceso civilizado: dos personas (actor y demandado) discutiendo ante otra cuya autoridad personal o moral acataban. En el orden penal, y superadas las etapas de la venganza privada y de las ordalías, ocurrió otro tanto entre acusador y reo. Conforme al individualismo imperante en la época antigua y antes del uso de estrictas fórmulas religiosas (que luego fueron dejadas de lado), parece ser que eran las propias partes quienes podían *disponer* libremente no sólo del derecho en discusión, sino también del método para discutir (exactamente lo que se afirmó con anterioridad).

Este sistema de *libre disposición del método de debate* fue el que imperó en Egipto, Grecia, Roma y también en la cultura bantú, en el corazón del continente africano, y se presenta como un *método bilateral* en el cual dos sujetos naturalmente desiguales discuten pacíficamente en igualdad jurídica asegurada por un tercero que actúa al efecto en carácter de autoridad, dirigiendo y regulando el debate para, llegado el caso, sentenciar la pretensión discutida.

Es valor entendido por la doctrina mayoritaria que un proceso se enrola en el sistema dispositivo cuando las partes son dueñas absolutas del impulso procesal (por tanto, ellas son quienes deciden cuándo acti-

var o paralizar la marcha del proceso), y son las que fijan los términos exactos del litigio a resolver afirmando y reconociendo o negando los hechos presentados a juzgamiento, las que aportan el material necesario para confirmar las afirmaciones, las que pueden ponerle fin al pleito en la oportunidad y por los medios que deseen. Tal cual se ve, priva en la especie una filosofía absolutamente liberal que tiene al propio *particular* como centro y destinatario del sistema. Como natural consecuencia de ello, el juez actuante en el litigio carece de todo poder impulsorio, debe aceptar como ciertos los hechos admitidos por las partes, así como conformarse con los medios de confirmación que ellas aportan y debe resolver ajustándose estrictamente a lo que es materia de controversia en función de lo que fue afirmado y negado en las etapas respectivas.

Este antiguo sistema de procesamiento es el único que se adecua cabalmente con la idea lógica que más adelante se dará del *proceso*, como fenómeno jurídico irrepetible que une a tres sujetos en una relación dinámica.

Para la mejor comprensión del tema en estudio, cabe recordar que el sistema *dispositivo* (en lo civil) o *acusatorio* (en lo penal), se presenta históricamente con los siguientes rasgos caracterizadores: a) el proceso sólo puede ser iniciado por el particular interesado. *Nunca por el juez*; b) el impulso procesal sólo es dado por las partes. *Nunca por el juez*; c) el juicio es *público* salvo casos excepcionales; d) existe paridad absoluta de derechos e igualdad de instancias entre actor (o acusador) y demandado (o reo) y e) el juez es un tercero que, como tal, es *impartial* (no parte), *imparcial* (no interesado personalmente en el resultado del litigio) e *independiente* (no recibe órdenes) de cada uno de los contradictores ni tiene prejuicios que los afecte. Por tanto, el juez es persona *distinta* de la del acusador; f) no preocupa ni interesa al juez la búsqueda denodada y a todo trance de la *verdad real*, sino que, mucho más modesta, pero realistamente, procura lograr el mantenimiento de la paz social fijando hechos para adecuar a ellos una norma jurídica, tutelando así el cumplimiento del mandato de la ley; g) nadie intenta lograr la *confesión* del demandado o imputado, pues su declaración es un *medio de defensa y no de prueba*, por lo que se

prohíbe su provocación (*indagatoria* en lo penal, *absolución de posiciones*, en lo no penal; h) correlativamente exige que, cuando la parte desea declarar espontáneamente, lo haga sin mentir. Por tanto, castiga la falacia; i) se prohíbe la tortura; j) el imputado sabe siempre de qué se lo acusa y k) quién lo acusa y l) y quiénes son los testigos de cargo; etcétera. A mi juicio, todo ello muestra en su máximo grado la garantía de la plena libertad civil para el demandado (o reo)[48].

48 El germen legal de la idea del *proceso* que venía practicándose desde los tiempos de la civilidad se encuentra en la Carta Magna inglesa de 1215, donde aparece como un *límite al poder* con la denominación de *debido proceso*, como expresa garantía que el Rey otorgó a sus súbditos al prometerles un juzgamiento de *pares* no sujeto al capricho real y con un *procedimiento previo* regulado con antelación por la ley. De allí se trasladó casi textual a la Constitución de los Estados Unidos de América, cuya *Quinta Enmienda* (de fecha 15 de diciembre de 1791), al consagrar los derechos de todo ciudadano en las causas penales, establece en su parte pertinente que "no podrá someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal y no se le privará de la vida, de la libertad o de la propiedad *sin el debido procedimiento judicial*".

Con tan clara filiación antiautoritaria, esta norma original del constituyente americano estableció la *garantía* de un *due process of law* (traducido al castellano como el *debido proceso legal*) que luego sería norma de rango constitucional en todos nuestros países. Y en tal línea, se halla el Proyecto de *Bases* de Juan Bautista Alberdi, cuyo respectivo texto es fuente directa del artículo 18 de la Constitución nacional: "Ningún habitante de la Nación puede ser penado sin juicio previo fundado en ley anterior al hecho del proceso, ni juzgado por comisiones especiales, o sacado de los jueces designados por la ley antes del hecho de la causa. Nadie puede ser obligado a declarar contra sí mismo ni arrestado sino en virtud de orden escrita de autoridad competente. Es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos. El domicilio es inviolable, como también la correspondencia epistolar y los papeles privados; y una ley determinará en qué casos y con qué justificativos podrá procederse a su allanamiento y ocupación. Quedan abolidos para siempre la pena de muerte por causas políticas, toda especie de tormento y los azotes. Las cárceles de la Nación serán sanas y limpias, para seguridad y no para castigo de los reos detenidos en ellas, y toda medida que a pretexto de precaución conduzca a mortificarlos más allá de lo que aquélla exija, hará responsable al juez que la autorice." En la misma tónica se encuentran otras normas que, por imperativo constitucional, también son leyes vigentes en la Argentina. A título de ejemplo, citamos a: a) la *Declaración universal de los derechos del hombre* (proclamada el 10 de diciembre de 1948 por la Resolución de la Asamblea General 217 A de las Naciones Unidas) y b) la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* conocida como *Pacto de San José de Costa Rica* (del 22 de noviembre de 1969).

3. EL SISTEMA INQUISITORIO

Es un *método de enjuiciamiento unilateral* mediante el cual la propia autoridad –actuando cual lo haría un pretendiente– se coloca en el papel de investigador, de acusador y de juzgador. De tal modo, puede decirse que sus características son: a) el *mismo juez* comienza, oficiosamente o por denuncia, las actuaciones del caso y se preocupa por hacer adelantar el juicio mediante el puntual ejercicio del impulso procesal; b) el *mismo juez* se encarga de buscar las pruebas que le puedan resultar aceptables para lograr el convencimiento de la rectitud de su acusación y, así, poder dormir en paz sin sufrir el peso de un cargo de conciencia por eventuales injusticias cometidas (cuando hay parte interesada también en la producción de alguna prueba, la actividad se cumple igual mediante el ejercicio de las denominadas *medidas para mejor proveer*); c) el *mismo juez* –que primero *investigó*, luego *imputó* y después *probó* la imputación es quien ahora *juzga*; d) ya no interesa que el juicio sea escrito u oral, secreto o público. En rigor, el sistema pasa por el papel preponderante que el juez ejerce durante todo el proceso, para poder cumplir el compromiso que –se le ha enseñado– tiene con la Verdad y la Justicia. Hasta aquí, lo que surge evidente de la simple visión del método descrito.

Pero como éste se presenta perverso y claramente disvalioso para cualquier estudioso que encare el tema, ha sido menester disfrazarlo con palabras que tapen u oscurezcan el horror. Y eso se ha hecho en las leyes que regularon la materia durante los siglos XVI, XVII, XVIII, XIX y XX y en toda la doctrina que la glosó[49].

Como se ve, tanto la Constitución como todas las leyes internacionales que se han aceptado como propias consagran un método de enjuiciamiento absoluta y definitivamente liberal y no autoritario como el *inquisitivo-nazi-fascista-soviético* que tanto sigue deslumbrando al procesalismo civil de América Latina.

49 Varias son las leyes europeas del pasado que utilizaron este sistema como método de enjuiciamiento: son las que generaron los grandes totalitarismos que ha sufrido la humanidad en los últimos siglos y que lo han empleado como claro *medio de control social*, no como *bastión de libertad* cual se postula en esta obra. Así, a) el *Reglamento Josefino* de 1781 (considerado como el primer código procesal moderno y como extraordinario monumento al absolutismo y despotismo ilustrado del siglo XVIII); b) la *Ordenanza*

4. EL SISTEMA MIXTO

Comparando los sistemas descritos en los párrafos anteriores, puede colegirse con facilidad que los sistemas dispositivo e inquisitivo son franca y absolutamente antagónicos y que, por razones obvias, no puede hablarse seriamente de una suerte de *convivencia* entre ellos, aunque resulte aceptable que puedan alternarse en el tiempo conforme a distintas filosofías políticas imperantes en un lugar dado. Y, sin embargo, es lo que ha ocurrido en América Latina donde los autores postulan el eclecticismo, sin comprender adecuadamente el problema, aconsejando tomar lo mejor de cada sistema y combinarlos entre sí. De tal forma, y gracias a ellos, hay códigos *predominantemente dispositivos con algunas pautas inquisitivas* o, por lo contrario, *fundamentalmente inquisitivos, pero con algunos rasgos dispositivos*. Con ello nace lo que se conoce como *sistema mixto*, que ostenta caracteres propios de cada uno de los ya mencionados. Por supuesto –y surge sólo de la simple lectura de los anteriores párrafos– no son exactas las afirmaciones de la doctrina, pues *disposición* e *inquisición* son posiciones que generan sistemas de procesamiento *incompatibles* en su esencia. Y esa incompatibilidad es lógica, jurídica y moral. Por eso es que *no resulta factible concebir racionalmente el sistema mixto*.

Ocurre en el tema algo similar a lo que pasa cuando se desea mezclar aceite y agua. Por más que se lo bata y bata y, con ello se fundan uno con la otra, cuando la mezcla queda en reposo se separan nítidamente el agua y el aceite: sus diferentes densidades hacen imposible su unión. Son *incompatibles*, al igual que el sistema acusatorio con el inquisitorio. Para persuadir sobre la exactitud de esta afirmación recurro a un ejemplo

austríaca de 1895 (que estableció el papel protagónico absoluto del juez en el proceso); c) la *Ordenanza alemana* de 1937 (de Adolf Hitler); el *Código italiano* de 1940 (de Benito Mussolini, líder del movimiento fascista, cuya exposición de motivos es digna de ser leída) y, finalmente, la *Ley de Procedimiento Civil* soviética de 1979, que llevó el totalitarismo de la norma a grados insospechados. Si se leen con atención todos estos ordenamientos, se concluirá en que todos coinciden: tanto los de derecha como los de izquierda mantienen idénticos objetivos, para lo cual utilizan similares métodos procedimentales: 1) aumentan los poderes de dirección de los jueces y sus facultades probatorias para llegar a la *verdad* y 2) retacean sus facultades decisorias, exigiendo al juez un irrestricto apego a la ley vigente y prohibiéndoles terminantemente toda creación de derecho.

cualquiera: piénsese en un cuerpo legal que contenga normas claramente dispositivas en materia de confirmación de afirmaciones. Supóngase que, al mismo tiempo, tal normativa consagre una sola norma que, bajo el inocente título de *medidas para mejor proveer* o *resolver* otorgue al juez amplísimas facultades para ordenar de oficio cualquiera diligencia conducente a la investigación de la *verdad real* acerca de los hechos litigiosos, con prescindencia de su aceptación por las partes.

En este caso, no dudamos de que abundarían los más elogiosos comentarios: se hablaría del adecuado equilibrio de la norma pues, al estatuir conforme a las pautas tradicionales en materia de confirmación, recoge las ideas más avanzadas, que concuerdan en entregarle al juez una mayor cantidad de poderes en orden al mejor y más auténtico conocimiento de los hechos, etc. Tal comentario es incoherente. Baste una sencilla reflexión para justificar este aserto: la norma que le confiere al juez la facultad de acreditar por sí mismo un hecho litigioso, ¿no tiene la virtualidad de tirar por la borda toda la regulación dispositiva referente a *cargas*, *plazos*, *negligencia*, *caducidad*, etc., en materia de confirmación?

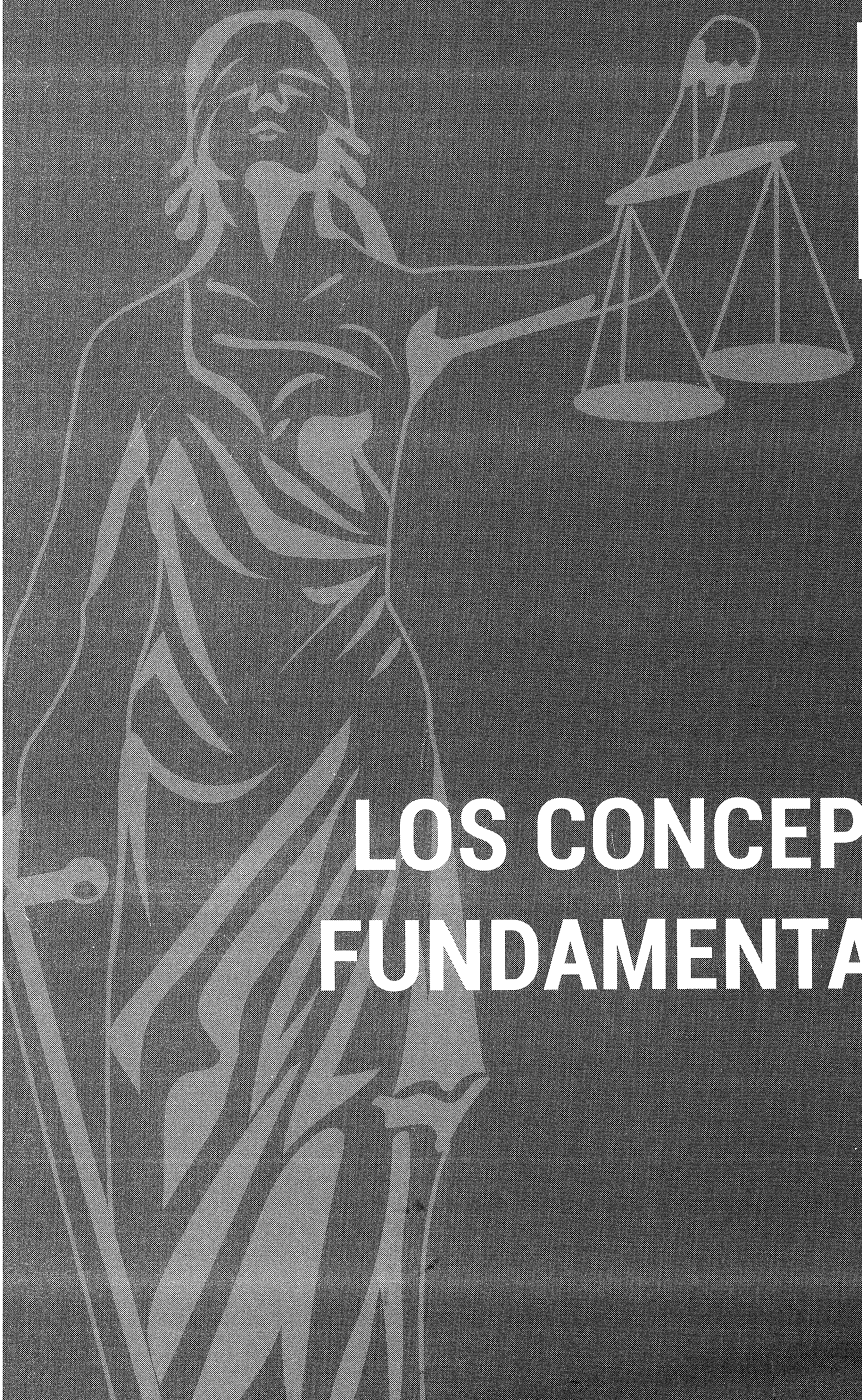
¿Por qué se ha llegado en la historia al sistema mixto? A nuestro juicio, son varias las razones determinantes de la actual coexistencia de sistemas antagónicos: la secular tradición del Santo Oficio y la abundante literatura jurídica que fundamentó y justificó la actuación de la *Inquisición española* durante casi *seiscientos años*, así como la fascinación que el sistema provoca en regímenes totalitarios que, al normar para el proceso, dejan de lado al hombre común para erigir al propio Estado como centro y eje del sistema (recuérdese que nuestra asignatura es actualmente denominada en muchas partes como *derecho jurisdiccional*). Además, la inexplicable aceptación que este seudo sistema ha tenido en académicos y legisladores argentinos, ha logrado que todas las leyes que se redactaron durante los años 50 y décadas posteriores en la Argentina, reafirmaron las ideas ya largamente comentadas. Todo esto culminó no hace mucho tiempo con la Ln 17454 que, promulgada bajo la dictadura del General Onganía durante una de las tantas impunes rupturas del orden constitucional que sufrió el país durante el siglo XX, comenzó siendo norma vigente

en la ciudad de Buenos Aires y luego se extendió hacia otras provincias cual cáncer imparable hasta estar hoy vigente en casi todas los Estados argentinos, pocos de las cuales respetan su origen federal.

Afirmar que esta ley dictatorial es de carácter democrático –como hay quien así lo hace– no pasa de ser una simple petición de principios totalmente divorciada de la realidad. La ley *es autoritaria* y consagra en forma reiterativa soluciones definitivamente ineficaces en orden a procurar un mejor sistema de justicia. Pero ha sido el norte de todas las reformas posteriores que cada vez más ahondan el sentido inquisitorial de empoderar a los jueces. De ello resulta que –con tanta reforma y maguer ella– la ineficacia continúa. En rigor, *continuará y se acrecentará*, pues todos los agregados y cambios son, en definitiva, *más de lo mismo*: se restringe el método en orden a una difusa meta...

SISTEMA ACUSATORIO (O DISPOSITIVO)	SISTEMA INQUISITIVO
1) el proceso se inicia sólo por *acción* del interesado	1) el proceso se inicia por acción (acusación), por *denuncia* o de *oficio*
2) el impulso procesal lo efectúan los *interesados*, no el juez	2) el Impulso procesal es efectuado *por el juez*
3) el acusado (o demandado) *sabe* desde el comienzo quién y por qué se lo acusa (o demanda)	3) el acusado (o demandado) *no sabe* desde el comienzo quién ni por qué se lo acusa (o demanda)
4) el acusado *sabe* quién es el juez	4) el acusado puede *no saber* quién es el juez
5) el proceso es *público*, lo que elimina automáticamente la posibilidad de tormento	5) el proceso es *secreto*, lo que posibilita el tormento

UNIDAD II



LOS CONCEPTOS FUNDAMENTALES

PARTE I
EN CUANTO SE RELACIONAN CON EL PRETENDIENTE (ACTOR)

LECCIÓN 5

LA ACCIÓN PROCESAL

SUMARIO

1. El concepto de *acción procesal*
2. Los presupuestos de la acción procesal
   2.1. El presupuesto de existencia de posibilidad de accionar
   2.2. El presupuesto de ausencia de caducidad del derecho de accionar
   2.3. El presupuesto de capacidad jurídica del actor
   2.4. El presupuesto de adecuada investidura de la autoridad
3. La llamada *acción penal*

1. EL CONCEPTO DE *ACCIÓN PROCESAL*

La palabra *acción* es uno de los vocablos que mayor número de acepciones tiene en el campo del Derecho. Dentro de la materia procesal el problema se agrava: en la historia del proceso, la voz *acción* se ha entendido como *actividad* y como sinónimo de *pretensión* y de *derecho*, lo cual ha generado notable confusión que persiste hasta el día de hoy. Para evitar ello y precisar adecuadamente los conceptos, atendiendo a que todo lenguaje es puramente convencional, insistimos reiterativamente, es que en esta obra se ha adoptado un método no habitual para explicar el fenómeno del proceso y que consiste en observar con atención la acti-

vidad material que se cumple en el terreno de la realidad social: se trata de estudiar qué hace un individuo en conflicto para solucionarlo dentro de una sociedad civilizada. De tal modo –y por ahora– se prescinde por completo de toda noción inherente a la normativa vigente.

Abundando en esta idea y a riesgo de cansar al lector, no elaboramos un concepto *a partir de la ley*, sino que lo hacemos a partir de la hipótesis de su *total inexistencia*: sólo así puede advertirse la notable trascendencia del principio extrajurídico de la *alternatividad*[50], del cual surgen la propia posibilidad normativa y la forma concreta de legislar acerca de un fenómeno de la realidad en orden a las diferentes opciones que brindan las filosofías políticas antagónicas que lo contemplan (por ejemplo, la tierra puede ser de propiedad privada en un régimen político capitalista y no en un régimen comunista).

Desde la óptica de la pura actividad, hemos mostrado ya un concepto inequívoco de la *acción procesal*: es la única instancia necesariamente bilateral. Y así está todo dicho, pues con tal conceptuación se muestra el fenómeno de un modo *inconfundible* por ser *irrepetible* en el mundo jurídico. Frente a ello, la doctrina procesal que analiza el problema con un método diferente –definir a partir de la ley y no desde la propia realidad– ha producido durante el curso de un siglo las más variadas explicaciones que, por la notable disimilitud de óptica de los autores, no ha logrado hasta hoy un resultado auténticamente positivo. Tanto es así, que hay quienes han preferido abandonar el concepto de acción por estimar –erróneamente– que resulta por completo inútil e intrascendente para tipificar la idea del proceso y, por ello, lo han sustituido por el de *pretensión*.

Toda esta inmensa tarea de construcción doctrinal ha sido posible porque el tema en estudio no es baladí ni mero capricho académico: se trata, nada menos, que de conocer cabalmente cuál es *la esencia de la*

50 La idea de alternatividad indica que todo problema tiene siempre un mínimo de dos soluciones. En lo jurídico, toca al legislador elegir cuál alternativa norma, eligiendo una entre todas las posibles. Igual ocurre con el juez, que puede optar entre acoger o rechazar una demanda.

acción procesal como instancia que origina un proceso. Y la respuesta que se dé a este interrogante servirá para constituir la base misma del sistema de procesamiento que se adopte legislativamente: y se ha visto en las Lecciones anteriores que hay claros antagonismos que surgen de filosofías políticas que muestran diferentes enfoques del Estado frente al individuo y viceversa en la eterna lucha entre la libertad y el autoritarismo.

A los fines que interesan a esta explicación, no es necesario hacer un inventario cronológico de todas las teorías que se han esbozado sobre el tema, sino tan sólo de las que marcaron un verdadero hito en la historia del pensamiento procesal:

a) en un principio, y en lo que puede denominarse teoría *clásica*, los autores vieron a la acción como *un simple elemento del derecho subjetivo material violado o desconocido.* En otras palabras: se estima aquí que la acción procesal es el mismo derecho material "puesto en movimiento y armado en pie de guerra". De tal modo, si se intenta explicar el fenómeno de la acción procesal a base de esta teoría, habrá de sostenerse que *accionar* es *ejercer el derecho subjetivo violado.* A fin de que esta definición sea congruente con ella misma, es de imaginar que para *accionar* la ley exigirá siempre la demostración *inicial* y cabal de la existencia del derecho violado en el plano de la realidad (caso contrario, y en esta terminología, *no habrá acción*).

Resulta asaz claro que eso no es exacto pues la vida jurídica de todo tiempo y lugar enseña que en el terreno de la pura actividad pueden demandar tanto el que tiene razón (o derecho) como el que carece de ella. Precisamente para diferenciar ambas hipótesis es que se ha propiciado la distinción entre *conflicto* y *litigio*. Y es que al no existir diferencia esencial alguna entre el derecho material violado (derecho subjetivo) y el derecho de acción (uno de los elementos de aquél), resulta imposible explicar adecuadamente qué es lo que ejercita un particular que, aun careciendo de todo derecho material violado, acciona y origina un proceso a cuyo término el juez rechaza la demanda por no tener derecho (subjetivo) el actor. Las conclusiones de esta concepción surgen obvias: no hay acción sin

derecho y viceversa; por tanto, la naturaleza de la acción procesal depende de la naturaleza del derecho (personalísimo, personal, real, etcétera) que le da vida. Se muestra así un evidente error conceptual que aún permanece plagando de equívocos a la doctrina y a la propia legislación: así es cómo se habla hasta el día de hoy de la existencia de *diversas acciones* con nombres diferentes, de *clasificación* de las acciones, *de prescripción* de las acciones, de las excepciones que demuestran la *falta de acción*, etcétera, en terminología que debe ser desterrada de plano para no entorpecer definitivamente la comprensión del fenómeno. De ello surge claro que la acción procesal puede y debe funcionar –y de hecho funciona– con total independencia del derecho subjetivo material violado.

Cuando se acepta generalizadamente esta afirmación se produce el segundo hito en el camino doctrinal aquí reseñado. Así,

b) ya no se dice más que el derecho de accionar nace de la violación de un derecho subjetivo material, pues esto origina en rigor una *pretensión* que puede permanecer –y ser satisfecha– en el puro plano de la realidad social. Sólo cuando ella pasa al plano jurídico del proceso, el movimiento respectivo recibe el nombre de *acción.* Y ello genera notable descubrimiento: la acción procesal es un derecho *distinto* y, por ende, *autónomo* del derecho subjetivo material violado.

Así, se la considera como un derecho subjetivo, pero de carácter público (comienza a intervenir el Estado en la formulación del concepto), pues es el que la sociedad reconoce a los particulares para obtener la tutela del derecho material violado, por medio de una sentencia favorable a la pretensión que la acompaña (más sencillamente, se trata de trasladar la pretensión vigente en el plano de la realidad social al plano jurídico del proceso). De ahí que se haya dicho que no es otra cosa que la pretensión (material) deducida en juicio.

De aquí en más la teoría se complica y tardará tiempo en avanzar hacia la lucidez total: en un primer momento se afirma que el derecho de acción corresponde concretamente a quien tiene de modo efectivo el derecho material violado o, más aún, la necesidad de la declaración judicial

de un derecho. Con ello se cae en nuevo y manifiesto error conceptual que ha perdurado en el tiempo: se mantiene vigente un íntimo e indestructible parentesco entre el derecho material y el derecho autónomo de acción, toda vez que al ser éste *concreto* queda sin desvincularse idealmente de aquél y subsisten los mismos interrogantes que dieron vida al planteo del problema.

Frente a esta concepción nació, en momento posterior, la teoría de la *acción abstracta*, según la cual el derecho de acción se acuerda a todo quien quiera dirigirse a un juez en demanda de una sentencia favorable a su pretensión, sin importar al efecto si está o no asistido del derecho material que invoca. De tal modo, se otorga *autónomamente* (como derecho distinto del subjetivo material y no como un elemento de éste) y con total *abstracción* del fundamento fáctico y/o jurídico de la demanda. De donde resulta que se puede demandar aun sabiendo el actor que carece de derecho; en otras palabras: quien carece de razón puede pedir al juez que declare si la tiene o no.

c) Un tercer hito en el camino de la tipificación conceptual del derecho de acción se cumple cuando se considera que el derecho autónomo y abstracto de obrar cuenta con directo respaldo constitucional, por estar comprendido genéricamente en el *derecho de petición* a la autoridad.

Un permanente trasfondo ideológico-político se advierte claro en el desarrollo de las distintas teorías esbozadas: se trata, simplemente, de otorgar primacía al individuo frente al Estado o a éste frente a aquél. Y en este último sentido se apoya la teoría cumbre del derecho procesal, que ve a la acción como *un poder jurídico propio de la categoría de los derechos potestativos*: aquellos a los cuales no corresponde una prestación de otro, quien –sin embargo– sufre la influencia directa de una manifestación de voluntad ajena que lo afecta: por ejemplo, la revocación de una donación o de un mandato, etcétera. De tal modo, mediante el ejercicio del derecho de acción por parte del actor (que ingresa al mundo del proceso por su propia voluntad), quien es demandado queda sujeto al proceso (actuación de la ley) aun contra su propia voluntad.

Pero esta teoría adolece de un defecto capital: sigue haciendo depender la existencia misma del derecho de acción de la violación de un derecho material, con lo cual se enrola en la de los sostenedores de la *acción concreta*, tesis que ya se ha visto como superada.

En la tarea doctrinal de explicar qué es la acción procesal, se han sostenido otras muchas variantes, que rápidamente enunciamos: a) es un derecho justiciario de carácter material; b) es el instrumento jurídico para la solución de un litigio: c) es un poder de provocar la actividad de la sociedad jurídicamente organizada; d) es el derecho que corresponde a toda persona para provocar el ejercicio de la actividad jurisdiccional del Estado; e) es un deber jurídicamente necesario de ejercer por quien se pretende titular de un crédito; f) es un poder puramente político que debe ser sustituido como concepto por el de pretensión; g) es la facultad de señorío con la cual se inicia un proceso; h) es un derecho público subjetivo mediante el cual se requiere la intervención de la jurisdicción del Estado para la protección de una pretensión jurídica; etcétera.

Si bien se mira esta sucinta reseña del pensamiento procesal, habrá que concluir que –aun cuando todas estas concepciones muestran positivamente una cierta razón desde la óptica en la cual se colocan los autores– ninguna de ellas logra mostrar a la acción como lo que *realmente es* y, mucho menos, cual un concepto único e inconfundible en el mundo jurídico.

Si se analizan adecuadamente las más completas de las definiciones que se han dado acerca de la acción, se verá que en rigor *no definen*, sino que se limitan *a fotografiar* el fenómeno en un momento y desde un ángulo dado, con lo cual se detiene una imagen que, por ello, resulta exacta parcial, pero no totalmente. En la tesitura de explicar el problema a partir de la ley y no con prescindencia de ella, desde la óptica de la pura actividad cumplida, véase la vigencia de la afirmación recién hecha. Si se dice, como lo hace la mayoría autoral, que *la acción es un derecho subjetivo*, público y autónomo, *mediante el cual se requiere la necesaria intervención del Estado para la protección de una pretensión jurídica o para*

lograr la tutela del derecho objetivo, parece claro que el fenómeno descrito *está fotografiado y no definido.* En efecto: a) es cierto que la acción es un *derecho subjetivo* (pero no el único), de *carácter público* (pero no el único) y de *naturaleza autónoma* de otro derecho (pero no el único): el derecho de votar, por ejemplo, también es subjetivo, público y autónomo y nada tiene que ver con la acción procesal. De tal modo, se emplean en la "definición" tres adjetivaciones que, por sí mismas, no definen inconfundiblemente el derecho de acción; para intentar lograr ello, habrá que continuar el análisis de la fórmula propuesta; b) es cierto que mediante la acción se requiere la *intervención del Estado*; pero ello no es ni remotamente necesario: ya se ha visto que los litigios pueden autocomponerse y, aún más, heterocomponerse por la vía del arbitraje privado. Y en el desarrollo de todo ello nada tiene que ver el Estado, lo cual hace que la definición tampoco muestre inconfundiblemente a la acción procesal; c) es cierto que mediante la acción se intenta *lograr la protección de una pretensión jurídica* o de *obtener la tutela del derecho objetivo*; pero esto tampoco muestra inconfundiblemente el fenómeno, pues en la mayoría de los casos el derecho opera espontáneamente por consenso tácito de los coasociados quienes, además y llegado el caso, pueden autotutelarlos o autocomponer el conflicto por las vías conciliatorias que se muestran como resultado y como medio. Reiteramos lo ya dicho: si se analiza bien esta *definición*, nada ha sido definido en términos unívocos e inequívocos de inconfundibilidad total.

Esto muestra la razón de aplicar el método de observación de la actividad que se cumple todos los días en un orden social que no permite solucionar los conflictos de intereses mediante el uso de la fuerza individual, esencialmente ilegítima. De ahí que insistamos en la formulación del concepto ya dado: *la acción procesal es la única instancia que se presenta uniendo necesariamente a tres sujetos en una relación dinámica.* Y con esto se muestra un cercano parentesco con antigua teoría: se trata simplemente de trasladar la pretensión desde el plano de la realidad al plano jurídico, pues como consecuencia de su deducción se logrará de inmediato el objeto de formar un proceso.

Reiteramos la importancia del tema: por ser el de la acción un concepto *elemental* no es susceptible de *clasificación* alguna.

Y considerada jurídicamente la acción como un derecho autónomo de todo otro derecho, en una sociedad que *garantiza* su ejercicio en carácter de contrapartida de la prohibición de ejercer violencia por mano propia, resta ver quién, ante quién, por qué y para qué se insta por esta vía: a) los *sujetos* (quién y ante quién) de la instancia son todas las personas jurídicamente capaces que deseen instar y la autoridad que la recibe: en el ordenamiento constitucional argentino, sólo un juez perteneciente al Poder Judicial, un árbitro cuando se permite su actuación, y la Cámara de Senadores en el exclusivo caso del *juicio político* que puede instar la Cámara de Diputados. De modo similar operan también los *Juries* o Jurados de Enjuiciamiento para magistrados; b) la *causa* (por qué) del ejercicio de la acción es el mantenimiento de la paz social mediante la erradicación de la fuerza ilegítima de la sociedad; c) el *objeto* (para qué) del ejercicio de la acción es lograr la apertura y posterior desarrollo de un proceso que, eventualmente derivará hacia su propio objeto: la sentencia.

2. LOS PRESUPUESTOS DE LA ACCIÓN PROCESAL

El tema exige algunas aclaraciones previas: habitualmente es tratado por los autores integrando otro más vasto que refiere a los *presupuestos procesales* (o *exigencias de procedibilidad*) y en el que se estudian cuáles son las condiciones que debe reunir un proceso para ser *válido* como tal.

Para desarrollar el tema, la doctrina ha partido de estudios efectuados sobre la *excepción procesal* (ver Lección 10) y analiza aquí caóticamente entre qué personas puede tener lugar el proceso, cuál es su materia litigiosa, cuál es el acto necesario para que surja efectivamente el proceso en la vida jurídica, quién es capaz o está facultado por la ley para realizar ese acto, etc.

Por nuestra parte, entendiendo que la denominación *exigencias o condiciones de procedibilidad* no es exacta (por ejemplo, es obvio que la

competencia judicial no puede ostentar ese carácter a tenor de lo dispuesto en la ley civil, que lo que está en tela de juicio no es siempre la *validez* del proceso, sino también su utilidad para componer el litigio, proponemos mirar a éste desde la óptica de la actividad cumplida en su desarrollo para concluir que los presupuestos no son *del proceso*, sino de *la iniciación de cada una de sus etapas.* De ahí este apartamiento deliberado de los estudios corrientes sobre el tema, omitiendo así hacer más adelante su explicación *unitaria.* Por lo contrario, preferimos insertar el estudio particularizado de los distintos presupuestos al ocuparnos de cada uno de los conceptos fundamentales que los exhiben.

En esta tesitura, corresponde precisar ya mismo el significado de la palabra *presupuesto*, pues ella carece de contenido inequívoco en el mundo jurídico: basta leer algunas obras sobre el tema para advertir los alcances disímiles y a veces totalmente antagónicos que le asignan los autores.

Para evitar confusiones al respecto, quede en claro que denominamos *presupuestos* al conjunto de condiciones y requisitos que deben cumplirse insoslayablemente para obtener la iniciación y el posterior desarrollo del proceso, así como la emisión de la sentencia que constituye su objeto. Como las etapas del proceso son cuatro que se suceden consecuencialmente en procura de la sentencia, analizaremos el tema respecto de ello: a) los de la etapa de *afirmación* (iniciación del proceso), divididos en dos momentos que sólo son idealmente separables: los presupuestos de la *acción* y los de la *demanda* (ver *infra*, Lección 7); b) los de la etapa de *negación* (ya en el desarrollo del proceso): presupuestos de la *contestación* de demanda (ver la Lección 10); c) los de la etapa de *confirmación* (continúa el desarrollo del proceso): que se dividen cronológicamente en presupuestos de la *apertura* de la etapa, del *ofrecimiento* y de la *producción* de los distintos medios aportados por las partes (ver Lección 21); d) los de la etapa de *alegación* (termina el desarrollo del proceso): presupuestos de la alegación sobre el mérito de las confirmaciones efectuadas por las partes (ver Lección 21); e) los de la *sentencia* (objeto del proceso): que también se dividen idealmente en presupuestos de *toda sentencia* y de la *sentencia estimatoria* de la pretensión (ver Lección 23).

Quien conoce el tema advertirá que ampliamos notablemente el campo propio de la materia, así como que esta apertura expositiva requiere de otra explicación previa: la *iniciación* del proceso exige una *acción procesal*; para que ésta exista como tal y, por ende, para que logre su objeto de obtener un proceso, es menester que se cumplan *conjuntamente* las condiciones que le son propias y que se analizarán luego. Caso de faltar una sola de ellas, no habrá propiamente acción y, por ende, *no habrá proceso.* El tema se vincula, así, con su *existencia* como tal.

No ocurre igual con las etapas sucesivas de negación, confirmación y alegación ni con la sentencia: aquí habrá que distinguir claramente dos aspectos de la cuestión que se conocen como *eficacia* y *eficiencia.*

Para comprender la diferencia que existe entre ambas categorías, debe tenerse presente que para lograr las partes una adecuada y efectiva heterocomposición del litigio debatido en el proceso, habrán de obrar al mismo tiempo en una doble línea paralela: a) la *línea de eficacia*, que se presenta dentro del marco estricto de la pura actividad de procesar; b) la *línea de eficiencia*, que tiende a la solución del litigio.

Razonablemente, es de desear que todo actor que cuenta con razón jurídica suficiente en el conflicto que mantiene en el plano de la realidad, obtenga luego del trámite procesal una sentencia que resulte favorable a su pretensión. Pero la experiencia jurídica demuestra hasta el hartazgo que muchísimos pleitos se ganan o se pierden por motivos puramente procedimentales, desvinculados por completo de la razón o sin razón que se tenga en cuanto al conflicto mismo. Esta verdad que todo el mundo conoce, muestra una solución de convivencia que es social e individualmente disvaliosa (disvalía que se lleva indebidamente al propio plano del proceso afirmándose que es la *tumba del derecho*). Para no llegar a ella, cada una de las partes procesales debe cumplir *eficazmente* la línea procedimental proyectada por el legislador: de nada vale que el actor –por ejemplo– tenga toda la razón en la realidad, si afirma mal su litigio o si no confirma oportunamente su afirmación, o si consiente un pronunciamiento adverso por no impugnarlo en el plazo correspondiente, etc.

En forma paralela, el mismo actor del ejemplo citado no debe olvidar que el objeto del proceso no es mantener *sine die* la discusión, sino obtener una sentencia que sea favorable a su interés, adecuándose así a los términos reales del conflicto. Para ello, ha de actuar *eficientemente* en la línea respectiva: afirmando en su demanda los hechos que acaecieron en la realidad, confirmando ellos con los medios adecuados, utilizando argumentos jurídicos que respondan al tipo de derecho pretendido, etc.

Como puede advertirse con facilidad, se trata de tareas obviamente diferentes: en tanto que, respecto de la *línea de eficacia*, por ejemplo, el interesado debe ofrecer los medios confirmatorios dentro del plazo acordado al efecto por la ley, en la *línea de eficiencia* debe procurar que el medio de confirmación ofrecido sea hábil y suficiente para acreditar los hechos afirmados y lograr así el convencimiento del juzgador. De tal modo, la línea de eficacia se relaciona con el desarrollo del proceso, en tanto que la línea de eficiencia lo hace con la emisión de la sentencia. Esta distinción explica el diferente contenido que asignamos a los presupuestos de las tareas de *procesar* y de *sentenciar*, como se verá en el lugar oportuno.

Ahora sí comenzamos la explicación del tema *presupuestos de la acción procesal* recordando una vez más que ellos están constituidos por el conjunto de condiciones que deben presentarse inexorablemente al tiempo de instar para que la acción logre su objeto de originar un proceso; por tanto, tales presupuestos hacen a la existencia misma de éste: sin ellos, *el proceso no existe como tal, sino como un simple procedimiento.*

Para comprender el porqué de la enumeración que seguirá, deben tenerse presentes dos cosas: a) que la acción procesal es una instancia de típico contenido pretensional, por lo que no puede darse en el plano jurídico una acción sin la correlativa y conjunta pretensión (ello si puede ocurrir en el plano de la realidad, donde es factible imaginar una pretensión sin acción) y b) que siendo *elemental* el concepto de acción y, por ende, no susceptible de clasificación alguna, todas las diferencias que el legislador establece y puede eventualmente establecer en orden a las tareas de procesar y de sentenciar, se basan con exclusividad en el concepto de pretensión.

Por eso es que el conocimiento de ésta resulta ineludible aun para la determinación de los presupuestos en estudio y que se reducen a cuatro: a) que el Estado permita que el interesado accione en orden a la pretensión que intenta demandar (*existencia de posibilidad de accionar*); b) que hallándose permitido el accionar, la presentación de la instancia a la autoridad no esté sujeta por la ley a un plazo de caducidad ya cumplido (*caducidad del derecho de accionar*); c) que quien insta sea jurídicamente capaz para hacerlo (*capacidad jurídica del actor*); d) que la autoridad que recibe la instancia ostente la investidura necesaria para poder originar un proceso (*adecuada investidura de la autoridad*). Explicamos ahora cada uno de ellos.

2.1. El presupuesto de existencia de posibilidad de accionar

Para que el ejercicio de la acción pueda lograr su objeto de obtener el desarrollo de un proceso que sea tal, debe efectuarse a base de una pretensión susceptible de ser procesada y sometida luego a la decisión de un tercero (juez o árbitro). En general, queda comprendida en este concepto la absoluta mayoría de pretensiones que es factible de imaginar. Pero existen otras, respecto de las cuales la ley no autoriza instancia alguna: ello ocurre excepcionalmente cuando se presenta una colisión de distintos intereses jurídicos por cuya virtud el legislador debe privilegiar a uno en detrimento y sacrificio del otro (de esto se trata, precisamente, la tarea de *ponderación* tan en boga en estos tiempos). Un ejemplo ayudará a comprender la idea: en su redacción originaria, el antiguo Cc Arg., en su artículo 326, establecía que "la indagación de la maternidad no tendrá lugar cuando sea con objeto de atribuir el hijo a una mujer casada". Adviértase bien que lo que se prohibía era *indagar* la maternidad; por tanto, la prohibición no alcanzaba sólo al juzgamiento, sino, mucho más allá, a la investigación misma mediante el proceso. En otras palabras y reiterando: *no es que se prohibiera sentenciar*; *se prohibía procesar.* En este ejemplo, y conforme a la ecuación de valores de la época, se sacrificaba la posibilidad que tenía todo hijo de obtener la filiación materna en aras de no causar escándalo familiar y social cuando tal filiación se atribuía

a una mujer casada. Por eso es que se prohibía *accionar*, toda vez que la promoción de la respectiva instancia originaba un proceso con el cual podía originarse seguramente el escándalo que debía evitarse.

Cuando se incoaba una demanda en tales condiciones, el juez actuante negaba liminarmente la posibilidad misma de accionar; por tanto, y obviando la formación del proceso, debía ordenar el inmediato archivo de la respectiva demanda. Como resultado de lo cual se observa que la *acción* no era tal, por no poder lograr de modo alguno la obtención de su objeto.

Por sus consecuencias, al ejemplo dado se equiparan otros tres supuestos susceptibles de presentarse en la actual vida forense: a) cuando resulta manifiesta la carencia total de *contenido jurídico* de la pretensión (basada exclusivamente en un interés moral, religioso, social, no protegido por el derecho); b) cuando surge evidentemente de la pretensión que ella no se vincula con un supuesto efectivo de colisión de intereses, por lo cual no existe litigio (ni conflicto) susceptible de ser resuelto (*caso abstracto*) y c) cuando la pretensión no puede sujetarse al conocimiento de los jueces por decisión de la ley, por vincularse con una cuestión de naturaleza política y no jurídica: ciertos *actos de gobierno* que sólo están sujetos a responsabilidad política y que, por tanto, escapan a todo control judicial (por ejemplo, declaración de estado de sitio, intervención federal a una provincia, declaración de guerra, fijación del valor de la moneda, etcétera) (todos conocidos como *casos no justiciables*).

Resulta así que, si un particular acciona ante el juez pretendiendo en su demanda que, v.gr., se declare luego de un proceso la nulidad de la resolución que ordena la intervención federal a una provincia, el juzgador tiene el *deber de negar liminarmente* la propia instancia en razón de su contenido pretensional, que excede el marco de su autoridad[51]. De tal modo se originará un simple *procedimiento* entre dos sujetos (el actor y el juez que rechazará su posibilidad de accionar). Por supuesto, si el juez

51 Son asuntos no justiciables todos los que surgen de actividad cuya respectiva competencia funcional es excluyente y exclusiva de otro Poder del Estado. Por ejemplo, fijación del valor del pie de la moneda, declaración de guerra, etcétera.

actuante no rechaza liminarmente la acción por no advertir la carencia del derecho respectivo, podrá hacerlo luego en cualquier momento del procedimiento: así lo establecen ciertos códigos que desde antiguo denominan a este supuesto como *defecto absoluto en la potestad de juzgar.* De cualquier forma: si nadie advierte que todos los ejemplos presentados no constituyen casos justiciables y, a consecuencia de ellos, se decide la ilegal formación de un *proceso* (en rigor, *procedimiento*) y, por ende, se cita al demandado (bilateralizándose indebidamente la acción), éste podrá *siempre y en todo momento* deducir la excepción de *carencia de acción.* Esta es la denominación teóricamente correcta de esta excepción, que no debe ser confundida con la que desde antiguo se conoce como *falta de acción* (en Roma, *sine actione agit*) que refiere a otra cosa: a la carencia de legitimación para obrar).

En suma, con este presupuesto se intenta analizar si existe o no derecho de accionar en ciertos y determinados casos especificados en la ley; cuando ella no autoriza esta instancia en función de la pretensión que la acompaña, técnicamente *no hay posibilidad de accionar*: Por tanto, mediante su ejercicio *no habrá proceso.*

2.2. El presupuesto de ausencia de caducidad del derecho de accionar

Se ha visto recién que en algunas ocasiones y por virtud de ciertas conveniencias sociales, el Estado no permite instar, negando terminantemente el derecho de accionar. En otras, en cambio, autoriza el ejercicio de la instancia, pero lo sujeta a un plazo breve a cuyo simple vencimiento la acción deja de ser admisible por haberse operado su *caducidad.* Esta palabra es una más de las muchas que se usan de modo equívoco en el lenguaje jurídico: técnicamente significa pérdida *del derecho por el simple transcurso del tiempo sin ejercerlo.* Pero contenido similar ostenta la *voz prescripción* (liberatoria): como ello puede originar seria confusión respecto de lo aquí expuesto, creo conveniente detenerme para distinguir entre *prescripción* y *caducidad*, pues ambos vocablos indican la misma idea de fenecimiento o perecimiento.

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

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

¿Puede decirse que *pereció el derecho de acción*? Si así es, ¿qué fue entonces lo que ocurrió durante todo el proceso? ¿Una simple ficción? A la inversa: supóngase que incoada una "acción" prescrita el demandado opone tempestivamente la correspondiente excepción, que el juez acoge en su sentencia: ¿hubo real y efectiva actividad del actor (acción)? Como la respuesta afirmativa es obvia, habrá que concluir en que, al ser rechazada la pretensión en la sentencia, el fundamento de ello radica en que ha fenecido el derecho (no la acción), que es lo que se niega al actor luego de toda la actividad dé procesar. Esta es la razón por la cual empleamos la voz *caducidad* (y no *prescripción*) para denominar a este presupuesto. Y es que ciertos supuestos específicamente detallados en la ley niegan no el derecho, sino la posibilidad misma de accionar por el sólo transcurso del tiempo... Los ejemplos pueden multiplicarse en las diversas legislaciones.

Ahondando las diferencias cabe afirmar que, en general, a) los plazos de caducidad son siempre harto breves (y prolongados los de la prescripción), b) se establecen por razones de orden público (en interés de los particulares los de la prescripción), y c) especialmente en la esfera de los derechos de familia (la prescripción es extensiva a todos los derechos patrimoniales); d) por tanto, son irrenunciables (son renunciables los plazos prescriptivos) y e) y no pueden ser objeto de suspensión (sí pueden serlo los de prescripción). f) Además, el comienzo de un plazo de caducidad es casi siempre incierto pues nace de un hecho *eventual*: a partir de la *toma de conocimiento de algo*, no desde la fecha de éste.

El presupuesto de marras, entonces, indica que la acción –para obtener del juez un proceso– no debe haber caducado por el simple transcurso del tiempo (en los casos en los cuales la ley condiciona su ejercicio).

Para ver cómo opera todo esto en el plano jurídico, imagínese que el padre demandaba contra su hijo a los noventa días de acaecido el parto. Inicialmente, el juez no debía admitir la demanda pues *prima facie* habrá transcurrido con exceso el plazo de 60 días, sin perjuicio de abrir un *procedimiento* (no un proceso) para que dicho padre pudiera demostrar en él la fecha en la cual tomó conocimiento del parto (piénsese en un marino ausente que llega al país luego de ocurrido aquél): de allí surgirá si el derecho caducó (en cuyo caso se archivará el procedimiento cumplido) o no (en este supuesto se originará el proceso bilateralizándose la instancia).

El problema de interpretación que el tema presenta a todo jurista radica en que la ley no utiliza con puridad los términos *caducidad* y *prescripción*, haciendo fungir indebidamente uno con otro. De allí que en cada caso habrá que determinar la esencia verdadera del instituto utilizado por el legislador para aplicar o no este presupuesto.

Puede ocurrir, por fin, que el juez actuante no advierta oportunamente la caducidad del derecho de acción: podrá declararlo así en cualquier momento. Más aún, si nadie advierte dicha caducidad y se origina el proceso, el demandado podrá alegar en todo tiempo la excepción de *caducidad de la acción*.

2.3. El presupuesto de capacidad jurídica del actor

Se dice habitualmente que el problema de la *capacidad* no es particular de una rama del derecho, sino que pertenece a la teoría general de la ciencia jurídica. Si bien tal afirmación parece inicialmente exacta, deja de serlo a poco que se advierta que la genérica capacidad civil se halla notoriamente *aumentada* en el campo del proceso, toda vez que en él pueden actuar como *partes* todos los *incapaces civiles* e, inclusive, *entes que no son personas.* Para mejor comprender esta idea, debe tenerse presente que pueden ser partes procesales *todas las personas* (gente o ente) en tanto sean susceptibles de adquirir derechos y contraer obligaciones. Surge de ello que, aunque conforme con la terminología de la anterior ley civil carezcan de absoluta capacidad civil las personas por nacer, los menores impúberes, los dementes y los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, pueden ser *partes del proceso* (aunque, claro está, deban actuar por medio de sus representantes legales) y, por tanto, accionar.

Algo similar ocurre con las *simples asociaciones civiles o religiosas* (que no tienen existencia legal como personas jurídicas, por carecer de autorización de la ley o del gobierno) y con ciertos *patrimonios autónomos* que, sin ser personas ni constituir simples asociaciones civiles (no son sujetos de derecho en el campo del derecho sustancial), son considerados como entes unitarios a efectos de poder participar en un proceso (la masa del concurso, que actúa en juicio por medio del síndico; la herencia vacante, que lo hace por medio del curador; los comités de beneficencia o promotores de obras públicas, monumentos, muestras, exposiciones, festejos, etcétera). De acuerdo con esta explicación, parece obvio que el presupuesto juega negativamente, pues sólo los muertos (personas físicas fallecidas y personas jurídicas extinguidas) carecen de esta capacidad.

El problema resulta claro cuando se trata de persona jurídica extinguida: no puede accionar y la persona física que eventualmente intente hacerlo logrará abrir el proceso sólo en su propio nombre. Pero parece absurdo imaginar igual hipótesis respecto de persona física: nadie piensa en un muerto iniciando el proceso. Sin embargo, debe tenerse presente que *acción es actividad* y que ella no se concreta a la iniciación del proceso,

sino que se despliega durante todo su curso, tanto por el actor como por el demandado. De ahí que sea factible imaginar a una parte que fallece durante el curso del proceso: a partir de ese momento el proceso dejará de ser tal a menos que se instrumente el medio adecuado para integrarlo (por ejemplo, con los sucesores universales).

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

2.4. El presupuesto de adecuada investidura de la autoridad

El último presupuesto de la acción exige que la persona que recibe el instar deba tener una calidad funcional suficiente para poder generar un proceso. Caso contrario, quien insta obtendrá la promoción de un simple procedimiento que no logrará adquirir la jerarquía (y los efectos) del proceso. En nuestro derecho poseen esa investidura: *todos los jueces* que integran el Poder Judicial; los árbitros designados en cláusula compromisoria o en compromiso arbitral; y el *Senado de la Nación* en el exclusivo caso *de juicio político* previsto por la Cn para ciertos funcionarios. Equiparados a este último se hallan los *Jurados* (o *Juries*) *de enjuiciamiento* a magistrados judiciales, que han venido a suplantar al juicio político en algunas constituciones.

En un sistema jurídico de cogobierno, con absoluta separación de funciones y recíproco intercontrol de poderes, resulta inaceptable la ampliación de esta nómina. En este sentido, es lapidaria y definitiva la terminante prohibición contenida en la Cn, artículo 109 ("En ningún caso el presidente de la Nación puede ejercer funciones judiciales, arrogarse el conocimiento de causas pendientes o restablecer las fenecidas"). Obviamente, la prohibición alcanza a todos los funcionarios dependientes del Poder Ejecutivo: por eso es que ni racional ni constitucionalmente se concibe la idea de un "*proceso*" *administrativo*.

Así presentado, este presupuesto configura una condición de tipo académico, pues no puede dejar de ser cumplida toda vez que se presen-

te una demanda en sede judicial o arbitral. Sin embargo, tiene capital importancia porque opera negativamente: no importa ejercicio de la acción procesal –y, de consiguiente, no genera un proceso– lo que sirve para instar ante un órgano de la Administración. De tal forma, lo allí actuado será petición, reconsideración, queja o denuncia, pero no acción procesal. Por lo cual, al no haber proceso, no se lograrán los efectos que le son propios: *ejecutoria* y el fenómeno del *caso juzgado*.

En el orden penal, y dentro de un régimen acusatorio puro –que configura el *debido proceso* constitucional– todos estos presupuestos son susceptibles de existir en un régimen jurídico particular. Una salvedad se impone: en nuestro derecho, la acción procesal recibe el nombre de *querella* cuando la efectúa un particular con un contenido pretensional de carácter exclusivamente punitivo. Por eso es que no se ha incluido a la querella como una instancia diferente de las otras, cosa que puede hacerse en algunos regímenes jurídicos. Cuando se insta por medio de ella, el juez penal –al igual que el juez de lo civil– debe efectuar un juicio de admisibilidad antes de bilateralizar la instancia; y en tal juicio analizará la eventual justiciabilidad del caso presentado a su conocimiento.

3. LA LLAMADA *ACCIÓN PENAL*

A partir del concepto unitario y elemental de la acción procesal considerada como instancia necesariamente bilateral, no puede insistirse ni doctrinal ni legislativamente en la existencia de una *acción penal* diferente de otras *acciones*: ya se ha visto que el concepto es insusceptible de toda suerte de clasificación.

TEXTO DE CÁTEDRA*

LA ACCIÓN PROCESAL / LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Sumario

A. LA ACCIÓN PROCESAL

1. Etimología
2. Evolución
3. Teorías
   - 3.1. Teorías clásicas: monistas
   - 3.2. Teorías modernas: dualistas o autonomistas
     - 3.2.1. Teoría autónoma concreta
     - 3.2.2. Teoría autónoma abstracta
4. Características
   - 4.1. Es público
   - 4.2. Es autónomo
   - 4.3. Es potestativo
   - 4.4. Es abstracto
   - 4.5. Es atípico
   - 4.6. Es subjetivo
   - 4.7. Es imprescriptible

B. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1. Concepto
2. Conformación
   - 2.1. Acceso a la jurisdicción
   - 2.2. Derecho a obtener una sentencia de fondo, oportuna y motivada
   - 2.3. Derecho al cumplimiento y ejecución del fallo
   - 2.4. Derecho a obtener medidas de protección que aseguren la efectividad de la sentencia
3. Órganos constitucionalmente autorizados a ejercer función jurisdiccional

---

* Por el profesor Carlos Antonio PÉREZ RÍOS.

A. LA ACCIÓN PROCESAL

1. ETIMOLOGÍA

Del latín, *actionem*, ac. de *actio*, proveniente del participio *actum* del verbo *agere* –"hacer, poner en movimiento".

2. EVOLUCIÓN

En la primera mitad del siglo XIX, la doctrina alemana admitía sin remordimientos la concepción expresada por Celso, el jurista romano que afirmaba que la acción no es otra cosa que el derecho de perseguir en juicio lo que a uno se le debe. Aún no se planteaba la posibilidad de una controversia entre lo que los romanos consideraban *actio* y lo que ya en las postrimerías del siglo XIX se entendía por acción.

Friedrich Karl von Savigny, al sostener que el derecho de accionar es el derecho a la tutela judicial nacido de la lesión de un derecho, es decir, el derecho en el que se trasforma un derecho al ser lesionado,[52] desbroza el camino para el reconocimiento ulterior del derecho de acción como un derecho distinto al derecho lesionado, no obstante, su nacimiento y ejercicio aún están condicionados a la lesión del derecho.

Georg Friedrich Puchta da el segundo paso al afirmar que la acción no es solo el derecho de accionar que nace de un derecho lesionado, sino que también es el *derecho de accionar eventual*, es decir, que preexiste a la lesión, más sólo producida ésta se torna realizable. Constituye, realmente, el segundo gran paso hacia el reconocimiento de la autonomía del derecho de acción.

Bernhard Windscheid, en su histórica polémica con Theodor Müther, sostiene que, así como la acción no es el derecho a la tutela de

52 Windscheid, Bernhard, "La *actio* del derecho civil romano", en Windscheid, Bernhard y Theodor Müther, *Polémica sobre la "actio"*, Olejnik, Santiago de Chile, 2017, p. 1.

otro derecho nacido de la lesión de éste, tampoco es la facultad de requerir tutela para el derecho en caso de lesión. La acción es la facultad de imponer la propia voluntad mediante la persecución judicial[53]. La acción está en lugar de la pretensión. Decir que alguien tiene una acción significa que alguien tiene una pretensión jurídicamente reconocida o simplemente, que tiene una pretensión. La acción no es algo derivado, sino algo originario y autónomo[54].

Sigamos las valiosísimas reflexiones de WINDSCHEID, quien afirma que la expresión "alguien tiene una acción" significa que alguien tiene una pretensión, no es menos cierto que la acción sirve fundamentalmente para designar, no la pretensión en sí misma, sino el hecho de hacer valer esa pretensión ante los tribunales. Cierra su razonamiento precisando que la *Acción, por consiguiente, es la persecución judicial, pudiendo concebírsela tanto por el lado de su existencia efectiva, como por el lado de su realización potencial inherente a las facultades de la persona*[55].

Las explicaciones precedentes sitúan a WINDSCHEID como el pionero de la concepción autonomista de la acción, al margen de su difícil desvinculación de la visión civil. En suma, se advierte en él la gestación complicada, pero fecunda, de la concepción moderna del derecho de acción. Sin duda, le corresponde el mérito de haber establecido la diferencia entre derecho subjetivo y pretensión a la que identifica con la *actio* romana por lo que la doctrina es pacífica en reconocer que la *pretensión* es su más valioso aporte al derecho procesal civil. Además, en su réplica a MÜTHER llegó a reconocer que no niega de ninguna manera el concepto de derecho de accionar y que este derecho pertenece al campo del proceso y no al del derecho civil[56].

53 WINDSCHEID, "La *actio* del derecho civil romano", cit., p. 7.

54 WINDSCHEID, "La *actio* del derecho civil romano", cit., p. 8.

55 WINDSCHEID, "La *actio* del derecho civil romano", cit., p. 14.

56 WINDSCHEID, Bernhard y Theodor MÜTHER, *Polémica sobre la "actio"*, Olejnik, Santiago de Chile, 2017, p. 323.

En 1857, Theodor Müther escribe "Sobre la doctrina de la *actio* romana, del derecho de accionar actual, de la *litiscontestatio* y de la sucesión singular en las obligaciones", texto en el que cuestiona la concepción de Windscheid. Hace el estudio etimológico integral del término[57] y precisa sus alcances en las diversas fases del procesalismo romano.

Admite lo afirmado por Windscheid en el sentido de que la acción pudo tener el significado de pretensión a que se confiera una fórmula, aclarando que esto debió ocurrir en la época clásica y que tal significado debió de desaparecer al desaparecer el proceso formulario, mas no la idea que de la lesión del derecho podía surgir un derecho a la asistencia del Estado, derecho que puede imaginarse como un derecho condicionado, nacido junto con el primitivo y preexistente a la lesión.

Con total acierto especifica que "...el derecho y el derecho de accionar no son hoy en día idénticos, si pensamos que hay un obligado en el derecho y otro obligado distinto en el derecho de accionar (...) Lo que hay que preguntarse no es sólo si el actor tiene pretensiones y derechos, sino, más que nada, si tiene respecto al Estado un derecho a tutela judicial. La primera es una cuestión previa que condiciona a la segunda, pero de modo alguno su elemento único y por sí solo decisivo. Comprobada la existencia del presupuesto para el derecho de accionar, hay que continuar preguntando: ¿Qué cualidades tiene ese derecho de accionar del lesionado? ¿Puede este exigir del Estado ventajas especiales? (...) problemas todos

57 Al preguntarse ¿qué es la *actio*?, responde que el significado verdadero y originario de la palabra *agere* es presentarse ante el pretor, hablar y actuar. Como en la forma procesal más antigua, la *legis actio sacramento*, ese *agere* no podía cumplirse unilateralmente, sino solo en unión con el adversario, se decía: "agere cum aliquo", expresión que se mantuvo aún mucho después de haber cesado de emplearse el *agere cum aliquo*. *Actio* significa, en consecuencia, el acto bilateral con el que se inicia el proceso. Más pronto el término *actio* no designaría ese acto, sino el ritual del mismo y especialmente la fórmula escrita del ritual. (...) "*Actio* es pues la fórmula de la acción, que debe observarse y cumplirse (*actio ad formam redacta*). Cuando más adelante desapareció la *legis actio*, y con ella el apersonamiento y la actuación solemne de las partes ante el pretor, subsistieron los términos *agere* y *actio* para designar el acto por el cual del demandante iniciaba el proceso, y llegó incluso a abarcar todo el procedimiento incoativo que se desarrollaba ante el pretor." (pp. 236-237).

ellos que no se relacionan con la existencia del derecho del actor, sino necesariamente con algo distinto: su derecho de accionar"[58].

Al destacar la orientación publicística del derecho de acción, MÜTHER explica que el poder y señorío primitivos del titular del derecho perduran aún después de la lesión y antes del proceso, pero probada su insuficiencia, debe intervenir otro poder superior para restablecer la situación jurídica lesionada; este poder superior es el poder jurisdiccional del Estado cuya misión y función consiste en mantener el ordenamiento jurídico. El Estado impone al ciudadano el deber de respetar los derechos de los demás de no hacerlo tiene el poder de exigir que se subsane la lesión. Tenemos pues dos derechos que se corresponden mutuamente, ambos de naturaleza publicística: el derecho del lesionado frente al Estado para que se le conceda la asistencia estatal (derecho de accionar) y el derecho del Estado contra el lesionador para que subsane la lesión[59].

Su aporte más valioso para el derecho procesal es el haber definido a la acción como el derecho frente al magistrado, en general, frente al Estado para la prestación de la tutela jurisdiccional. Además, debe reconocérsele el mérito de haber concitado la atención de los juristas sobre las relaciones entre las partes y el Estado en función jurisdiccional y contribuir decididamente al progreso de los estudios procesales.

Adolf WACH, inspirado en las concepciones de MÜTHER, perfeccionó la doctrina del derecho a la protección legal que dominó el procesalismo alemán en el periodo de su máximo florecimiento. Sostuvo que los derechos de protección son derechos accesorios al servicio y en beneficio del derecho civil, pero tenemos que liberarnos totalmente de la concepción de que ellos fuesen su contenido o parte integrante del mismo o uno de sus aspectos o su función[60]. En el mismo sentido y

58 MÜTHER, Theodor, "Sobre la doctrina de la *actio*", en WINDSCHEID, Bernhard y Theodor MÜTHER, *Polémica sobre la "actio"*, Olejnik, Santiago de Chile, 2017 , pp. 248-249.

59 MÜTHER, "Sobre la doctrina de la *actio*", cit., pp. 243-244.

60 WACH, Adolf, *La pretensión de declaración, un aporte a la teoría de la pretensión de declaración del Derecho*. EJEA, Buenos Aires, 1962, p. 48.

cuestionando a Windscheid, afirmó que la tesis de la inmanencia del derecho de acción en el derecho subjetivo privado es del todo imposible e inconcebible, cuando existen derechos de acción, independientemente de los derechos subjetivos privados que deben ser protegidos por aquellos como en el caso de la acción de declaración negativa[61].

Giuseppe Chiovenda, padre de la escuela procesal italiana, influido por la "rica extraordinaria bibliografía alemana del siglo XIX y por el empleo de sus métodos y resultados"[62] declara que es personal su concepto de acción, específicamente la formulación dada por él al concepto de autonomía de la acción. Define a la acción como el poder jurídico autónomo de realizar, por medio de los órganos jurisdiccionales, la actuación de la ley, en favor propio[63]. La acción es, por tanto, el poder jurídico de dar vida a la condición para la actuación de la voluntad de la ley[64].

Precisa seguidamente lo siguiente: "La acción es un derecho distinto y autónomo que nace y puede extinguirse independientemente de la obligación (la acción de condena se extingue con el pronunciamiento de la sentencia definitiva, si bien la obligación continúe viviendo); que tiende a un efecto jurídico y no a la prestación"[65].

Para desarrollar su concepción categoriza a los derechos en *a)* derechos a una prestación, a los que define como derechos que tienden hacia un bien de la vida que se consigue en primer lugar mediante la prestación positiva o negativa de otros sujetos; y *b)* derechos potestativos, considerados como derechos que tienden a la modificación del estado jurídico existente.

---

61 Wach, *La pretensión de declaración, un aporte a la teoría de la pretensión de declaración del Derecho*, cit., p. 58.

62 Según propia declaración contenida en el prólogo de su obra Chiovenda, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940, vol. I, p. XVI.

63 Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., vol. I, p. XVII.

64 Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., vol. I, p. 24.

65 Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., vol. I, p. 25.

Admite que el concepto de acción tiene estrecha conexión con el concepto de lesión de derechos. Efectivamente, la acción es uno de los derechos que puede nacer de la lesión de un derecho; y así ocurre en la mayoría de casos: no cumplida la realización de una voluntad concreta de ley mediante la prestación del obligado, se obtiene la realización de aquella, mediante el proceso. Pero ésta, que es una simple conexión, aunque íntima, fue comprendida en un tiempo de una manera tan exagerada, que se resolvía en una *confusión* de los dos conceptos, lesión de derecho y acción. Dominaba entonces una concepción absolutamente privatista del proceso, al que se consideraba como un simple instrumento al servicio del derecho subjetivo, como una institución meramente subordinada al derecho sustantivo, como una relación del mismo derecho privado[66].

Resumiendo, CHIOVENDA sostiene que diversos factores han contribuido a la formación de las modernas teorías que a su vez han permitido construir la doctrina de la acción sobre bases completamente diferentes. De este modo se ha colocado el primer hito de la moderna doctrina general del proceso. Entre los factores más relevantes están:

a) La renovación del derecho público que se lleva a cabo a principios del siglo XIX facilitó la consideración del proceso como campo de una función y de una actividad estatal, en las cuales prevalece y domina la personalidad de los órganos jurisdiccionales y la finalidad de su actuación, que no es tanto la satisfacción de los derechos de los particulares como la realización de la voluntad de la ley.

b) La renovación de los estudios de derecho romano que tuvo entre sus más importantes episodios el escrito de WINDSCHEID sobre la *actio* romana (1856) y la polémica con MÜTHER (1857); estos estudios condujeron a diferenciar claramente el derecho a la prestación en su dirección personal determinada (pretensión), del derecho de acción considerando a éste como un derecho autónomo que tiende a la realización de la ley mediante el proceso[67].

66 CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., vol. I, p. 20.

67 CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., vol. I, p. 21.

Suscribe Chiovenda que el reconocimiento de la autonomía del derecho de acción se hace completo con Adolfo Wach quien, en su *Manual* (1885) y en su monografía fundamental sobre la *Acción de declaración* (1888), demostró que "la acción, tanto cuando sustituye a la falta de realización de la ley debía hacerse mediante la prestación de un obligado, como, y más generalmente, en los numerosísimos casos que tiende a la realización de una voluntad concreta de ley tal que no debe ni puede ser realizada de otra manera que en el proceso, es un derecho por sí mismo, claramente distinto del derecho del actor que tiende a la prestación del obligado"[68]. Que a partir de la doctrina de Wach surgen teorías que además de reconocer autonomía a la acción la consideran como la simple posibilidad jurídica de obrar en juicio, independientemente de un resultado favorable; así, Heinrich Degenkolb la definió como un derecho subjetivo público, correspondiente a todo aquel que de buena fe crea tener razón, para ser oído en juicio y obligar al adversario a apersonarse.

A partir de la teoría de Adolf Wach, Chiovenda definió a la acción como un derecho potestativo, para lo cual tuvo el camino desbrozado gracias a que los estudios de los derechos potestativos habían sido ya ampliamente desarrollados[69].

No hay jurisdicción sin acción; ésta se constituye en la condición imprescindible para el ejercicio de la jurisdicción *(nemo iudex sine actore)*; es decir, la justicia no se torna dinámica si nadie la solicita.

Eduardo Couture, por su parte, siguiendo el rumbo trazado por las escuelas alemana e italiana define a la acción como el poder jurídico que tiene el individuo, como atributo de su personalidad, de dirigirse a los órganos de la jurisdicción[70]. El derecho de acción constituye una forma típica del derecho constitucional de petición; éste es el género, la acción es la especie[71].

68 Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., vol. I, p. 21.

69 Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., vol. I, p. 24.

70 Couture, Eduardo, *Estudios de derecho procesal civil,* Depalma, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 25.

71 Couture, *Estudios de derecho procesal civil*, cit., t. I, p. 39.

El actor tiene el derecho indiscutible de dirigirse a la autoridad para poner en movimiento la jurisdicción. La demanda aparentemente infundada no puede ser rechazada *in limine* hasta llegar a la sentencia con autoridad de cosa juzgada[72]. No obstante, para que el derecho de acción funcione con la libertad que le asigna la Constitución, es necesario como contrapeso, que la ley haga soportar al actor carente de razón, las consecuencias patrimoniales de su libertad. Porque libertad sin responsabilidad es anarquía y responsabilidad sin libertad es opresión[73]. La responsabilidad debe ser tan efectiva para que nadie tenga la tentación de poner en juego maliciosamente este precioso instrumento de libertad civil que la Constitución lo da en salvaguarda del propio derecho y no en perjuicio del derecho ajeno[74].

Después de siglo y medio de iniciados los estudios sobre la acción a cargo de los juristas alemanes, al final de la jornada han desaparecido las turbulencias, el panorama se muestra despejado. Los doctrinarios del derecho procesal han logrado aprehender el núcleo connotativo del derecho de acción, no existiendo duda alguna respecto a sus atributos, sus diferencias con el derecho material y la pretensión, así como su relación necesaria con ambas categorías[75].

3. TEORÍAS

Las teorías desarrolladas con el propósito de explicar la naturaleza de la acción procesal son diversas, pero pueden ser agrupadas en dos grandes corrientes doctrinales: 1) la teoría clásica monista y 2) la teoría moderna o autónoma. Ambas tienen como punto de partida el derecho romano

72 COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, cit., t. I, p. 42.

73 COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, cit., t. I, p. 42.

74 COUTURE, *Estudios de derecho procesal civil*, cit., t. I, p. 43.

75 Cuando en la legislación civil o en otras normas sustantivas se utilice la palabra acción seguida de un adjetivo como por ejemplo acción personal, acción real, acción cambiaria, acción pauliana, etcétera, debe asumirse como pretensión personal, pretensión real, pretensión cambiaria, pretensión pauliana, respectivamente.

y reflejan el paulatino ingreso del Estado en la solución de controversias con trascendencia jurídica.

3.1. Teorías clásicas: monistas

Son las teorías que identifican a la acción con el derecho subjetivo; sostienen que la acción es el mismo derecho deducido en juicio, constituyen una unidad de allí la denominación de monistas. Se enmarcan aún en la esfera del derecho civil.

Dentro de esta corriente, Savigny es quien logra dar al derecho de acción su forma más significativa y de avanzada. Según su concepción el derecho de accionar es el derecho a la tutela judicial nacido de la lesión de un derecho, es decir, el derecho en el que se trasforma un derecho al ser lesionado.

3.2. Teorías modernas: dualistas o autonomistas

Las teorías modernas son conocidas como dualistas porque diferencian al derecho subjetivo del derecho de acción considerándolos como situaciones jurídicas distintas; y, autonomistas porque el derecho de acción es concebido como un derecho autónomo respecto del derecho subjetivo[76].

Bernhard Windscheid marca el punto de partida de las teorías modernas al definir a la acción como una situación jurídica completamente distinta del derecho subjetivo del que representa más bien una emanación; configuración a la que denomina pretensión. No llegó a desvincular, definitivamente, a la acción del derecho subjetivo, pero dio el paso decisivo para arribar luego a la concepción autónoma de la acción.

Theodor Müther, en histórica polémica con Windscheid, es quien concibe a la acción como un derecho público subjetivo y autónomo por el cual se obtiene la tutela jurisdiccional y se dirige contra el Estado para la obtención de una sentencia favorable y contra el demandado para

76 Sin embargo, es preciso decir que el surgimiento de estas nuevas teorías no significó la eliminación de las teorías clásicas que subsistieron con otras vestimentas.

el cumplimiento de una prestación insatisfecha. Que no sólo hay que preguntarse si el actor tiene pretensiones y derechos, sino, principalmente, si tiene respecto al Estado un derecho a tutela judicial.

Puede mencionarse como continuadores de esta corriente a insignes juristas como Adolf WACH, Josef KÖHLER, Giuseppe CHIOVENDA, Ugo ROCCO, Eduardo COUTURE, entre otros.

La corriente autónoma a su vez se subdivide en dos grandes orientaciones:

3.2.1. Teoría autónoma concreta

Esta orientación, además de identificar al derecho de acción como el derecho a obtener tutela judicial del Estado, está destinada a la obtención de una sentencia favorable. Fue expuesta en 1885 por Adolf WACH en su *Manual de derecho procesal civil alemán* y en *La pretensión de declaración* publicada en 1888.

A diferencia de WINDSCHEID, sostiene WACH que la acción no es la emanación del derecho privado subjetivo; se ubica en el ámbito del derecho público porque se dirige al Estado, en contra del demandado y tiene como finalidad la obtención de amparo judicial pues solo puede demandar quien tiene amparo jurídico y no cualquiera.

3.2.2. Teoría autónoma abstracta

Considera que el derecho de acción es el derecho a obtener un pronunciamiento jurisdiccional sea este positivo o negativo con relación al interés material del accionante. La acción se limita a obtener tutela jurisdiccional, con independencia del derrotero de la pretensión: no se confunde con el derecho material por lo que su existencia es independiente de la existencia efectiva de aquél.

Heinrich DEGENKOLB, jurista alemán, es el representante de esta orientación.

4. CARACTERÍSTICAS

El derecho de acción debe ser caracterizado a través de sus manifestaciones y aspectos más trascendentes, entre estos están los siguientes:

4.1. Es público

Se sostiene que el derecho de acción tiene carácter público, porque se ejercita ante un órgano de Estado, propiamente se ejercita siempre ante un juez a quien el actor solicita el otorgamiento de tutela jurisdiccional.

En determinado momento de la historia, en estadios preestatales, la solución de conflictos intersubjetivos de intereses con relevancia jurídica, la imposición de sanciones por la lesión de bienes jurídicos protegidos, dejó de ejercitarse en ámbitos privados para convertirse paulatinamente, a lo largo de siglos, en una función exclusiva del Estado; quedó así prohibida la autotutela para dar paso a la heterocomposición pública[77]. Sobre el particular, Chiovenda ha afirmado no que cupiera pensar en la existencia de acción si no existiese un Estado al cual dirigirse.

En realidad, la relación con el Estado en este caso no es sino un medio para obtener ciertos efectos contra el adversario. La tradición latina vio en la acción principalmente esta dirección contra el adversario e hizo de ella un derecho privado cuando, privado es el interés; la tradición germánica se fija, quizá principalmente, en la relación con el Estado.

Pero, además de lo señalado, y coincidiendo con Couture, debemos acotar que el derecho de acción si bien tiene carácter privado por constituir uno de los atributos de todo sujeto de derecho, simultáneamente, tiene carácter público, porque la efectividad y alcances de su ejercicio interesan igualmente a la sociedad y al Estado. Por lo cual el individuo

77 No obstante, debe señalarse que las formas heterocompositivas privadas, en materia civil, que antecedieron al proceso, no fueron erradicadas definitivamente, subsistieron en mayor o menor medida. La solución de controversias y la búsqueda de la paz social no es ajena al interés directo e inmediato de las personas. El arbitraje logró reconocimiento normativo ordinario y en no pocos casos, reconocimiento constitucional como opción jurisdiccional.

percibe en la acción el instrumento para la tutela de su propia personalidad y, la sociedad, el medio para la realización efectiva de justicia, paz, seguridad, orden y libertad, normadas constitucionalmente.

4.2. Es autónomo

El derecho de acción es autónomo porque su existencia es inherente a la persona al sujeto de derecho y no está supeditado al derrotero de la pretensión; por ello, la acción jamás puede ser estimada o desestimada, fundada o infundada, atributos que si corresponden a la pretensión. Lo más importante es que merced a esta característica, el derecho de acción es imprescriptible.

En efecto, nada impide que una pretensión sea postulada aun después de vencidos los plazos previstos en la ley. El derecho a la tutela jurisdiccional que puede solicitarse gracias al derecho de acción no admite límite temporal alguno. La parte contraria es la llamada a invocar el vencimiento del plazo previsto en la ley para reclamar tal pretensión, postulará para tal efecto la excepción de prescripción extintiva. En consecuencia, al declararse fundada la excepción deducida, debe entenderse que la pretensión ha sido postulada fuera del tiempo concedido por la ley. La autonomía del derecho de acción ha permitido al juez decir que la pretensión ha prescrito.

4.3. Es potestativo

El derecho de acción es potestativo porque su ejercicio está librado a la manifestación de voluntad del titular de una pretensión, destinada a la producción de un efecto jurídico determinado al cual queda sujeto, sin tener como presupuesto o condición necesaria y exclusiva un deber de prestación de la otra parte.

En consecuencia, el ejercicio del derecho de acción pertenece al dominio exclusivo de su titular, quien decide la causa, oportunidad, y modalidad de su ejercicio conforme a las previsiones normativas; no existe ni puede existir poder externo que imponga su actuación.

4.4. Es abstracto

El derecho de acción es abstracto porque se circunscribe a reconocer como objeto del derecho de acción la actividad jurisdiccional sin importar el resultado del mismo. El objeto del derecho de acción no es obtener una sentencia favorable o desfavorable, sino el pronunciamiento jurisdiccional definitivo con autoridad de cosa juzgada.

Lo concreto es el sentido de la decisión jurisdiccional sobre la pretensión, es decir, si ésta es estimable o inestimable; si la demanda es fundada o infundada. El derecho de acción es abstracto porque es ajeno a este desenlace.

4.5. Es atípico

El derecho de acción es atípico porque no está supeditado a ningún derecho o interés jurídico subjetivo, es suficiente que el ordenamiento jurídico prevea una situación subjetiva de pretensión para que el titular pueda reclamar tutela jurisdiccional.

Precisa el profesor Andrea Proto Pisani que: "El sistema del derecho civil no es más un sistema único centrado sobre derechos de acción, sino deviene ante todo un sistema de derechos, sistema separado por el proceso y por las formas de tutela que pertenecían a un sector diverso del ordenamiento, al derecho público (...). El derecho civil es un sistema de derechos subjetivos, que preexiste y se distingue del proceso y de las formas de tutela que pertenecen al derecho público. (...) Que es suficiente que el derecho civil (aunque el discurso debería valer también para el naciente derecho administrativo) prevea una situación subjetiva de pretensión y obligación para que el relativo titular pueda actuar en el proceso para su tutela sin requerir de ninguna norma (sustancial o procesal) que autorice la acción. En esto consiste el valor de la atipicidad de la acción como categoría general atípica"[78].

78 Proto Pisani, Andrea, *La tutela jurisdiccional*. Palestra, Lima, 2014, p. 64

En atención a esta característica es recusable por patológico que en la mayoría de códigos civiles y textos doctrinarios se persista en añadir a la palabra acción un adjetivo relacionado con la orientación o naturaleza de la pretensión; así, expresiones tales como acción real, acción personal, acción pauliana, acción reivindicatoria, etcétera, son remanentes anómalos de tal tradición y práctica legislativa. En todo caso, tales expresiones deberán entenderse como: pretensión real, pretensión personal, pretensión pauliana, pretensión reivindicatoria, etc.

Finalmente, con el profesor PROTO PISANI, decimos que con relación al derecho de acción el debate se circunscribe a su carácter de derecho fundamental y a la trascendencia de su atipicidad como atributo especial.

4.6. Es subjetivo

El derecho de acción es subjetivo porque pertenece a la esfera personalísima de todo sujeto de derecho es por consiguiente una facultad inherente a su libertad y personalidad. Se exterioriza frente al Estado para reclamar tutela jurisdiccional, es decir, el servicio público de justicia.

El derecho de acción como derecho subjetivo, en la actualidad se encuentra regulado en la mayoría de textos constitucionales como uno de los derechos fundamentales que garantiza la tutela de los demás derechos fundamentales, al concebirlo como el derecho a la tutela jurisdiccional, es decir, el derecho de acción concebido a través de su finalidad. Sobre el particular, Andrea PROTO PISANI considera que se impone pensar que el derecho de acción es un derecho fundamental (público o privado, poco interesa) que tiene como función inmediata la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos y solo mediatamente la función de actuar el derecho objetivo...[79].

79 PROTO PISANI, *La tutela jurisdiccional*, cit., p. 67.

4.7. Es imprescriptible

El transcurso del tiempo genera situaciones que permiten reclamar la adquisición o la extinción de derechos, este es el fenómeno de la prescripción. En el primer caso la prescripción es adquisitiva; en el segundo es extintiva porque se cierra la opción procesal jurisdiccional para la postulación de la pretensión, aunque el justiciable ejercite su derecho de acción. Ambas modalidades están reguladas en nuestro ordenamiento civil.

La norma civil establece que "la prescripción extingue la acción, pero no el derecho mismo" (art. 1989 del CC).

El proceso es el hábitat de las pretensiones no de los derechos subjetivos, en las pretensiones subyace el interés jurídico, pero no el derecho mismo sea porque no fue reconocido aún o fue negado, lesionado o insatisfecho; en consecuencia, cuando en la norma se dice que por la prescripción se extingue la acción, pero no el derecho mismo se debe asumir que se extingue la opción procesal jurisdiccional como medio para la resolución de una controversia, precisamente, por el transcurso del plazo previsto en la norma sustantiva (art. 2001 CC). Cierto es que nada impide que el actor postule su pretensión en el ejercicio de su derecho de acción, sin embargo, el emplazado excepcionará reclamando como argumento de defensa el vencimiento del plazo legal para que tal pretensión sea vista en sede jurisdiccional, la sola acreditación de este hecho determinará la decisión judicial de conclusión del proceso por prescripción. El derecho de acción simplemente se ejercitó válidamente hasta los actos postulatorios en atención a su autonomía e imprescriptibilidad.

El derecho de acción no está sometido a plazos; es imprescriptible porque no está supeditado al derrotero de la pretensión ni a los plazos que establece la ley para su postulación oportuna, salvo los casos de imprescriptibilidad; por consiguiente, la acción no puede ser calificada como estimada o desestimada, fundada o infundada, atributos que sí corresponden a la pretensión y a la demanda respectivamente.

En conclusión, el derecho de acción no está supeditado a plazos, tampoco está condicionado a la formulación de hechos verdaderos o

falsos, porque este derecho simplemente se ejerce. Está sujeta a plazos la opción procesal jurisdiccional para postular pretensiones en los plazos de ley; cerrada esta alternativa, la pretensión insatisfecha como interés jurídico subjetivo subsiste y puede encontrar satisfacción mediante la opción negocial autocompositiva. El interés jurídico afectado o negado solo se extingue si está sometido a plazos de caducidad.

B. LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

1. CONCEPTO

El derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho fundamental de naturaleza procesal y el presupuesto esencial para la exigibilidad de los demás derechos ante los órganos jurisdiccionales a causa de su lesión o amenaza de transgresión. Es un derecho subjetivo y autónomo que se dinamiza con la postulación de la pretensión de quien se considera amenazado o afectado en sus derechos o intereses, por lo cual es simultáneamente una garantía; su hábitat es siempre un proceso jurisdiccional.

Todo justiciable ejerce su derecho a la tutela jurisdiccional efectiva para la protección o defensa de sus derechos e intereses, así como para la protección de intereses colectivos y difusos con sujeción a un debido proceso.

La vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva puede tener lugar, entre otras situaciones: cuando se produce el rechazo *liminar* de una demanda; la declaración de inadmisibilidad de un recurso ordinario o extraordinario; con la *reformatio in peius*; y con la ejecución distorsionada de la sentencia y sus alcances, o con su inejecutabilidad, o con el incumplimiento de lo establecido en una sentencia con carácter de cosa juzgada.

La relación entre derecho sustancial y proceso es incuestionable, según Andrea PROTO PISANI, por lo que toda controversia generada por falta de cooperación o cooperación defectuosa justifica en el plano está-

tico, los conceptos de acción y de jurisdicción y, en el plano dinámico, el surgimiento del proceso[80].

Según el Tribunal Constitucional, la violación de la tutela judicial efectiva no sólo se produce por acción o inacción de un operador jurisdiccional, sino que también se consuma por el hacer o no hacer de la parte vencida en un proceso judicial, o por un tercero con interés respecto a lo resuelto en la sentencia[81].

El artículo 7 de la Ley Orgánica del Poder Judicial norma el derecho a la tutela jurisdiccional y debido proceso en los siguientes términos: "En el ejercicio y defensa de sus derechos, toda persona goza de la plena tutela jurisdiccional, con las garantías de un debido proceso. Es deber del Estado, facilitar el acceso a la administración de justicia, promoviendo y manteniendo condiciones de estructura y funcionamiento adecuados para tal propósito".

En la dinámica de lo concreto, en su realización, ambas instituciones son concomitantes; el derecho a la plena tutela jurisdiccional solo es posible con el concurso de los derechos componentes del debido proceso.

2. CONFORMACIÓN

En cuanto a su estructura, el derecho a la tutela judicial efectiva comprende: a) el derecho de acceso a la justicia, eliminando los obstáculos procesales que pudieran impedirlo; b) el derecho de obtener una sentencia de fondo, es decir motivada y fundada, en un tiempo razonable, más allá del acierto de dicha decisión; c) el derecho al cumplimiento o ejecutoriedad del fallo, y d) el derecho a obtener medidas de protección que garanticen la efectividad del fallo.

80 Proto Pisani, *La tutela jurisdiccional*, cit., pp. 26-27.

81 Expedientes N.º 002-2001-CC/TC y N.º 1696-2002-AA/TC.

2.1. Acceso a la jurisdicción

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comprende en primer término el derecho a la jurisdicción, esto es, a ser parte en un proceso activando al aparato jurisdiccional por lo que una de sus manifestaciones es el deber de los jueces de facilitar el acceso de las partes al proceso, sin restricciones; consecuentemente, interpretar con amplitud las normas procesales en cuanto a la legitimación; en tal sentido, el rechazo de la pretensión postulada a partir de una interpretación restrictiva, extremadamente formalista, implica una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. En este sentido es preciso tener presente que la libertad es la regla y la limitación es la excepción por lo que en caso de duda se debe optar la regla *pro homine*, a favor de las libertades y de la efectividad de los derechos.

El derecho de acceso a la jurisdicción tiene como base el reconocimiento constitucional de que la función jurisdiccional corresponde exclusivamente a los jueces y no a otro tipo de funcionarios. La Constitución Política en su artículo 138 dice: "La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes".

El derecho a la tutela judicial supone la posibilidad de postular todo tipo de pretensiones sea cual fuere su fundamento por lo que no puede sustraerse de la jurisdicción el conocimiento de cualquier tipo de controversia; lo contrario implicaría una vulneración del derecho de acceso a la justicia. Sin embargo, esta protección constitucional conlleva simultáneamente determinadas cargas atribuibles a las partes; requisitos procesales de orden formal para permitir que el órgano jurisdiccional pueda pronunciarse sobre el fondo. En tal sentido, el derecho de acceso a la justicia tiene como sustento el principio *pro actione*, según el cual la admisibilidad de la demanda es la regla, y su inadmisibilidad la excepción que igualmente debe estar legalmente fundamentada.

En la Ley N.º 27584, que regula el proceso contencioso administrativo, este principio está regulado con el nombre de *principio de*

favorecimiento del proceso conforme al cual, en efecto, el Juez no puede rechazar liminarmente la demanda en aquellos casos en los que por falta de precisión del marco legal exista incertidumbre respecto del agotamiento de la vía previa.

El derecho de acceso a la tutela jurisdiccional abarca la tutela de los derechos subjetivos y de los derechos e intereses colectivos, difusos o de grupo. En este último caso no es exigible un interés legítimo o personal para acceder a la jurisdicción (art. 82 CPC). Como sabemos, la tutela de los intereses difusos está referida a bienes jurídicos supra personales lesionados o amenazados de lesión. El acceso a los órganos de la administración de justicia para hacer valer tales derechos e intereses reconoce legitimación activa a cualquier persona para exigir su restablecimiento, aun cuando estos derechos no le correspondan de manera *personal y directa*, sino que los comparta con un conglomerado de personas y le afecte de manera indirecta.

El derecho a la tutela jurisdiccional, en su dinámica, va acompañado de una serie de principios y derechos que conforman el derecho al debido proceso tales como: el *in dubio pro reo*, el derecho a la defensa, el derecho a probar, al contradictorio e igualdad sustancial en el proceso, a no ser desviado de la jurisdicción predeterminada ni sometido a procedimientos distintos de los previstos por la ley, a acceder a los medios impugnatorios regulados, a la imposibilidad de revivir procesos fenecidos, a la actuación adecuada y temporalmente oportuna de las resoluciones judiciales y a la observancia del principio de legalidad procesal penal y la instancia plural como el derecho a la doble instancia es decir la posibilidad de revisión de las resoluciones judiciales, en cuanto a los hechos y el derecho aplicable, por parte de otro juez o tribunal superior al que las dictó.

2.2. Derecho a obtener una sentencia de fondo, oportuna y motivada

Constituye el segundo momento y componente del ejercicio del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva; significa que la decisión debe ser el resultado de una valoración jurídica de los hechos, sobre la base de

normas jurídicas preexistentes y debe resolver sobre todo lo solicitado. La omisión de pronunciamiento sobre alguna pretensión aun cuando aquella sea accesoria conlleva la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva.

Si motivación deriva del latín *motivus* o *motus,* que significa *causa del movimiento*; entonces, la motivación puede definirse como el conjunto de factores internos y externos que determinan, en parte, la actuación de una persona; tratándose del juez es la expresión de los fundamentos fácticos y jurídicos que sustentan su decisión final, sea en sentido estimatorio o desestimatorio.

El derecho a obtener una resolución motivada y razonable, congruente y justa, es una exigencia que emana de la legitimación democrática de la función jurisdiccional y de la proscripción de la indefensión y la irracionalidad. El artículo 25.2, literal b de la Convención Americana sobre Derechos Humanos atribuye al Estado la obligación de garantizar que la autoridad competente, prevista por el sistema legal del Estado, decida sobre los derechos de toda persona que interponga un recurso.

Cabe precisar que el derecho a la motivación de resoluciones firmes comprende a todas aquellas decisiones que se expiden en el desarrollo del proceso como en su culminación, excepto tratándose de los decretos. De otro lado, no todas las resoluciones finales son sentencias; en determinados casos son autos, como los que se expiden en el contexto procesal de la tutela ejecutiva y de la cautelar.

Asimismo, el derecho a la tutela judicial efectiva supone la emisión de una sentencia definitiva en un plazo razonable para lo cual debe considerar los siguientes factores o variables: a) realidad de la materia litigiosa de que se trate; b) término inicial del procedimiento; c) lo que estipula la ley procesal sobre la materia; d) la complejidad del asunto; e) la conducta de los litigantes y las autoridades; y f) las consecuencias del proceso para los litigantes.

Finalmente, es importante precisar que no toda sentencia expedida fuera del plazo legal infringe la tutela judicial efectiva, situación que sólo se produce cuando es imputable al juzgador una omisión o la comisión de

actos judiciales que retrasan persistentemente la conclusión del proceso; y cuando un determinado asunto se hubiera prolongado por un plazo mayor en comparación con otros iguales, salvo que se tratare de un caso complejo debidamente acreditado.

2.3. Derecho al cumplimiento y ejecución del fallo

El tercer momento y componente que completa el contenido del derecho a la tutela judicial efectiva requiere que la resolución judicial se cumpla sin más dilaciones, de lo contrario el reconocimiento de derechos establecidos en ella se torna infructuoso y estéril, una mera declaración de buenas intenciones, con grave lesión a la seguridad jurídica. No obstante, cumplimiento y ejecución son situaciones distintas que merecen una explicación más detallada.

El derecho al cumplimiento del fallo alude a la realización de la decisión final cuando ésta requiere de actos complementarios, tratándose de sentencias de cognición mero declarativa o constitutiva cuando, por ejemplo, haya que remitir partes a la Oficina Registral y al Registro Nacional de Identidad y Estado Civil (RENIEC) para que se reconozca el nuevo *status* jurídico del demandante: divorciado en lugar de casado. En este caso, no estamos frente a la ejecución del fallo, sino frente a actos de cumplimiento.

El derecho a la ejecución del fallo nos conduce directamente a la tutela ejecutiva o satisfactiva; en ésta, tratándose de decisiones jurisdiccionales: judiciales o arbitrales, se requiere que los fallos sean condenatorios para que la coerción judicial permita realizar las obligaciones contenidas en los títulos ejecutivos.

Sobre el particular, el Tribunal Constitucional sostiene que la tutela jurisdiccional sólo será efectiva cuando se ejecute[82] el mandato judicial; la misma que es, por tanto, parte vital y esencial del derecho consagrado

82 El término *ejecución* debe entenderse en este caso como cumplimiento o realización del mandato judicial, una de cuyas manifestaciones es la realización o ejecución de decisiones condenatorias.

en nuestro texto constitucional. En ese sentido, el incumplimiento de lo establecido en una sentencia con carácter de cosa juzgada implica la violación, lesión o disminución antijurídica de un derecho fundamental.

Como lo señalamos precedentemente, la violación de la tutela judicial efectiva, no sólo se produce por acción o inacción de un operador jurisdiccional, sino también se consuma por la acción o inacción de la parte vencida en un proceso judicial o por un tercero con interés respecto a lo resuelto en la sentencia[83].

Entre las medidas de protección judicial de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 25.2.c) preceptúa que los Estados Partes se comprometen a "garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso".

En el ámbito nacional, el artículo 139.2 de la Constitución Política instituye como principio y derecho de la función jurisdiccional que ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución.

2.4. Derecho a obtener medidas de protección que aseguren la efectividad de la sentencia

El derecho a obtener una sentencia de fondo oportuna y motivada, así como el derecho al cumplimiento y ejecución del fallo, no podrían

83 Estas precisiones están contenidas en la sentencia recaída en el Expediente N.º 1546-2002-AA/TC, seguido por don *Luis Carlos Patroni Rodríguez contra la empresa Centromín Perú*, la que por mandato judicial se instituyó en ente retenedor de los fondos que fueran de propiedad de la empresa Servicios de Protección de Ejecutivos S. R. L. (EPROS S.R.L.) en el proceso sobre beneficios sociales, y que tras haber culminado mediante sentencia que le fue favorable, se requirió a Centromín para que depositara los importes retenidos; sin embargo, esta empresa desde hace varios años, pese a los reiterados mandatos judiciales, se viene resistiendo sistemáticamente a cumplir, lo que supone un desacato y violación de la cosa juzgada.

obtener materialidad y eficacia si el ordenamiento jurídico no ofreciera a los justiciables las garantías y medios para lograr la efectividad de aquellos.

El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva debe complementarse con un cuarto elemento constituido por el derecho de los justiciables a obtener decisiones cautelares que garanticen efectividad a las resoluciones finales firmes y a las que requieran de ejecución, por tal razón el derecho a la tutela cautelar forma parte del derecho a la efectividad de la tutela y tiene por finalidad asegurar la futura ejecución forzada, anticipar la ejecución de la pretensión definitiva, mantener provisionalmente una situación fáctica o jurídica que garantice la cabal ejecución de la sentencia o reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda.

3. ÓRGANOS CONSTITUCIONALMENTE AUTORIZADOS A EJERCER FUNCIÓN JURISDICCIONAL

Si bien el artículo 138 de la Constitución del Perú establece que la potestad de administrar justicia emana del pueblo y que se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes; también es verdad que otorga la misma potestad a los Tribunales de la justicia militar-policial; a los Tribunales de la justicia arbitral (art. 139, inciso 1); a pueblos originarios (art. 149), al Tribunal Constitucional (art. 202) y a los magistrados del Jurado Nacional de Elecciones (art. 178).

LECCIÓN 6

LA PRETENSIÓN PROCESAL

SUMARIO

1. El concepto de *pretensión procesal*
2. La clasificación de las pretensiones procesales
   - 2.1. Las pretensiones declarativas de derechos
     - 2.1.1. Las pretensiones simplemente declarativas o de mera declaración
     - 2.1.2. Las pretensiones declarativas de condena
     - 2.1.3. Las pretensiones declarativas de constitución (pretensiones constitutivas)
   - 2.2. Las pretensiones ejecutivas de prestaciones
   - 2.3. Las pretensiones cautelares de prueba de hechos y de derechos
   - 2.4. Las pretensiones coexistentes
3. Los elementos de la pretensión procesal
4. La comparación de pretensiones procesales y sus efectos
   - 4.1. La indiferencia o independencia de pretensiones
   - 4.2. La identidad de pretensiones
   - 4.3. La conexidad de pretensiones
     - 4.3.1. La conexidad simple subjetiva
     - 4.3.2. La conexidad simple objetiva
     - 4.3.3. La conexidad simple causal
     - 4.3.4. La conexidad mixta objetivo-causal
     - 4.3.5. La conexidad mixta subjetivo-causal
   - 4.4. La afinidad de pretensiones

1. EL CONCEPTO DE *PRETENSIÓN PROCESAL*

Desde la óptica que mira hacia la actividad que se cumple en la vida jurídica, parece claro que la pretensión es una *declaración de voluntad hecha en el plano de la realidad social mediante la cual se intenta subordinar a la propia una voluntad ajena* (devuélveme lo que te presté, págame lo que me

debes); la insatisfacción de la pretensión, por la aparición contemporánea de una resistencia a ella, es lo que origina el conflicto intersubjetivo de intereses. El traslado de esa *pretensión* al plano jurídico del proceso (único supuesto que interesa ahora) se efectúa mediante el ejercicio del derecho autónomo y abstracto de *acción* que, no obstante, tales calificaciones, no puede ser materialmente ejercido sin estar acompañado de modo ineludible por aquella. A su turno, tal ejercicio del derecho de acción se efectúa exclusivamente mediante la presentación a la autoridad de un documento: la *demanda*. De tal modo, los conceptos de *acción*, *pretensión* y *demanda* son idealmente correlativos y se apoyan en forma recíproca para explicar el fenómeno, que no puede ser entendido de modo integral, sino con la conjunción de tales conceptos: adviértase que la *demanda* consiste materialmente en un documento cuya presentación al juez (o al árbitro) exterioriza el ejercicio de la *acción* (instar a la autoridad) y que resulta ser el continente de un contenido necesario: la *pretensión*.

Ya se ha visto que, a los efectos de accionar, no importa que el conflicto exista o no en el plano de la realidad: *basta que se afirme su existencia* (regla básica de procesamiento: la demanda *debe* afirmar la existencia del conflicto; caso contrario, la pretensión se muestra *abstracta* y ello impide la obtención de un proceso). Este fenómeno recibe la denominación de *litigio*.

Para hacer más sencilla la idea y posibilitar la recíproca correlación de conceptos: imagínese a alguien que, en la calle, nos tiende su mano con la palma extendida hacia arriba: nadie podrá ignorar que éste es el símbolo universal del pedir. ¿Pero qué pide? ¿Pan? ¿Dinero? En razón de que la actitud de pedir no puede ser vista sino con relación al objeto que se pide (no es racionalmente imaginable la situación de *pedir nada*), es que la acción (el simple hecho de instar) no puede escindirse de la pretensión (la cosa concreta respecto de la cual se insta). Por tanto, *pretensión procesal* es la declaración de voluntad hecha en una *demanda* (plano jurídico) mediante la cual el actor (pretendiente) aspira a que el juez emita –después de un proceso– una sentencia que resuelva efectiva y favorablemente el litigio que le presenta a su conocimiento.

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

2. LA CLASIFICACIÓN DE LAS PRETENSIONES PROCESALES

Si se intenta efectuar una clasificación de las posibles pretensiones –en orden a lo que materialmente se pide al juez que declare en su sentencia– los criterios clasificatorios pueden ser muchísimos e inciertos: así es como se habla de pretensiones *personalísimas* y *patrimoniales*, *reales* y *personales*, *civiles* y *penales*, etcétera. En rigor, la doctrina generalizada llama indebidamente a esto *acciones* personalísimas, *acciones* patrimoniales, *acciones* reales, etcétera, sin advertir que al ser unitario y elemental el concepto de acción procesal, no es susceptible de clasificación alguna. Pero si el criterio clasificador parte del método seguido en esta obra y, de consiguiente, tiene exclusivamente en cuenta la *esencia de la tarea* que debe cumplir el juzgador al sentenciar, las pretensiones (al igual que los procesos y las sentencias, todo en recíproca correspondencia) pueden ser *declarativas de derechos*, *ejecutivas de prestaciones* y *cautelares de hechos* y *de derechos*.

2.1. Las pretensiones declarativas de derechos

En general, son aquellas mediante las cuales se intenta obtener la declaración o la determinación del derecho a aplicar en un litigio a base de los hechos que lo configuran. Ellas admiten una triple clasificación:

2.1.1. Las pretensiones simplemente declarativas o de mera declaración

Son aquellas mediante las cuales se intenta –exclusivamente– lograr del juez la simple declaración de la existencia o inexistencia de un derecho, satisfaciendo ello integralmente el interés del pretendiente (por ejemplo, la que tiende a establecer la falsedad de un documento o la inexistencia de una obligación, etc.).

La característica primordial de este tipo de pretensión es que puede basarse en un litigio *eventual* (por daño potencial) y no *actual* o *real*, aunque exige la presencia de un interés jurídico *actual* para poder ser promovida con eficiencia (utilidad). Sólo los códigos más modernos[84] admiten la promoción de estas pretensiones *mere declarativas*, que han sido reconocidas por la doctrina como la *quinta esencia* de la actividad jurisdiccional.

2.1.2. Las pretensiones declarativas de condena

Son aquellas mediante las cuales se intenta obtener no sólo la declaración de la existencia de un derecho, sino que también incluyen la aspiración de que el juzgador emita un mandato individualizado de condena a dar, hacer o no hacer una prestación (por ejemplo, la pretensión de percibir una suma de dinero dada en mutuo y no devuelta tempestivamente; la que tiende a lograr el pago del precio de la cosa comprada y no abonada, o que el demandado construya o no una pared, etcétera).

84 Cpcsf, art. 1. El poder jurisdiccional en lo civil y comercial será ejercido por los jueces que establezca la ley orgánica de los tribunales, de acuerdo con sus normas y las disposiciones de este código. Deberá actuar aun en los casos en que no exista una lesión actual, cuando la incertidumbre respecto de una relación jurídica, de sus modalidades o de su interpretación cause un perjuicio a quien tenga interés legítimo en hacerla cesar...

Cpcn, art. 322. Podrá deducirse la acción que tienda a obtener una sentencia meramente declarativa, para hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, siempre que esa falta de certeza pudiera producir un perjuicio o lesión actual al actor y éste no dispusiera de otro medio legal para ponerle término inmediatamente...

Esta clase de pretensión es la que se presenta en mayor proporción en la vida jurídica y es habitual referir a ella toda suerte de explicación acerca del fenómeno procesal.

2.1.3. Las pretensiones declarativas de constitución (pretensiones constitutivas)

Son aquellas mediante las cuales se intenta lograr no sólo la declaración de la existencia de un derecho, sino que también incluyen la aspiración de que, como consecuencia de ella, se cree, modifique o extinga un estado jurídico. Por ejemplo, la declaración de divorcio de los cónyuges constituye el estado jurídico de *divorciado* para cada uno de ellos, o la declaración de existencia de un hecho ilícito constituye un *acreedor* y un *deudor* por los daños ocasionados a su consecuencia, etcétera.

2.2. Las pretensiones ejecutivas de prestaciones

Son aquellas mediante las cuales se intenta lograr la ejecución coactiva de un derecho que ya está reconocido o declarado en una sentencia (título *ejecutorio*) o en un instrumento al cual la ley otorga carácter similar (título *ejecutivo*). Por ejemplo, la pretensión de percibir del deudor la suma de dinero a cuyo pago fue demandado judicialmente y que no abonó luego de ser dictada la correspondiente sentencia de condena; la de percibir el importe de una deuda cuya existencia fue reconocida en un instrumento público, etc.

2.3. Las pretensiones cautelares de prueba de hechos y de derechos

Son aquellas mediante las cuales se intenta lograr no la declaración de un derecho ni la ejecución de una prestación, sino el *aseguramiento* anticipado de a) *la prueba de un hecho* (por ejemplo, la comprobación judicial del *estado de alguna cosa* en cierto lugar y tiempo) o el de b) *la vigencia de un derecho* (por ejemplo, la garantía para el acreedor de que su deudor no perderá sus bienes como consecuencia de caer en estado de insolvencia que imposibilitará cobrar la acreencia luego de ser declarado

el derecho a hacerlo, etc. El tema se comprenderá cabalmente luego de la lectura de la Lección 25.

2.4. Las pretensiones coexistentes

Sin perjuicio de las clasificaciones precedentes, y al lado de ellas, cuando coexisten dos pretensiones en una misma demanda (casos de acumulación procesal) ellas pueden ser a) *eventuales*: la segunda pretensión se presenta para que el juez la considere y falle sólo en caso de ser desestimada la primera —v. gr., las pretensiones de cumplimiento y resolución de contrato y viceversa—; b) *sucesivas*: la segunda pretensión se presenta condicionada a que sea estimada la primera (a este tipo procesal se da el nombre de *eventualidad impropia* o *subsidiariedad*) —v. gr., las pretensiones de percepción de capital e intereses—; c) *alternativas*: la segunda pretensión se presenta también en forma principal a fin de que sea estimada ella o la primera, indistintamente —v. gr. las pretensiones de reducción de precio y redhibitoria.

3. LOS ELEMENTOS DE LA PRETENSIÓN PROCESAL

Toda pretensión procesal implica la afirmación de la existencia de una *relación jurídica*, entendida aquí como vínculo que surge entre dos sujetos –ni más, ni menos– con motivo de un acaecimiento de trascendencia para el Derecho. De tal modo, toda pretensión –al igual que toda *relación*– admite ser descompuesta para su estudio en los distintos elementos que la integran: los *sujetos*, el *objeto* y la *causa* (eficiente).

Con el análisis de ellos pueden ser contestadas las preguntas: ¿entre quiénes?, ¿para qué? y ¿por qué? se deduce la pretensión en la demanda, lo cual resulta de la mayor importancia para comprender el fenómeno de la *acumulación procesal*, que se describirá más adelante. Veamos ahora el tema en detalle:

a) *Los sujetos de la pretensión.* Hemos sostenido recién el carácter *bipolar* de toda pretensión (o relación), al afirmar que *siempre son dos* los

sujetos que la componen. Si se toma como ejemplo de la realidad una relación de crédito, se advertirá que está conformada por un acreedor y un deudor, cada uno de los cuales no puede mantenerse integrando tal relación sin la presencia contemporánea del otro, toda vez que no es posible concebir racionalmente la figura de un acreedor sin el correlativo deudor y viceversa.

Cabe poner de resalto que, a los efectos de este estudio, no basta la presencia de un sujeto como integrante de la relación, sino que también es menester determinar en cuál de las dos posibles posiciones se halla ubicado: o es deudor o es acreedor (cosa que habrá de tomarse en cuenta en el número siguiente, al efectuar la comparación de diversas relaciones). Además, la referencia a un sujeto cualquiera de la relación no está vinculada exclusivamente con la persona física determinada que inviste ese carácter, sino, de modo especial, con la *calidad jurídica* que ella exhibe. De tal modo, la idea de *persona del acreedor*, por ejemplo, comprende la de sus *sucesores* a título singular y universal y, eventualmente, a su *sustituto*. De la misma forma, en razón de que cabe atender a la *calidad* y no a la *personalidad* del sujeto, siempre que cambie aquélla variará la composición subjetiva de la relación, aunque la persona física mantenga su identidad. Por ejemplo, si en la relación N.º 1 el vendedor actúa por sí, en tanto que en la relación N.º 2 el mismo vendedor no actúa como tal, sino en representación de un incapaz, parece obvio que el sujeto es diferente en ambos supuestos. Sobre esta base, ya puede decirse que los sujetos de la pretensión son el *actor* (pretendiente) y el *demandado* (aquel respecto de quien se pretende). Por ejemplo, quien se afirma vendedor y aquel de quien éste afirma que es el comprador que no pagó el precio de la cosa adquirida.

Ya en el ámbito penal, los sujetos de la pretensión punitiva son el *acusador penal público –fiscal–* o el *acusador penal privado –querellante–* (pretendientes) y el *imputado* (aquel respecto de quien se pretende).

b) *El objeto de la pretensión.* Es obtener de la autoridad (juez o árbitro) una resolución con contenido favorable a la petición hecha en

la demanda (y, eventualmente, la consiguiente y consecuente conducta del demandado). Por ejemplo, la declaración de la existencia real de la compraventa afirmada en la demanda y la condena al comprador a pagar al vendedor el precio adeudado.

c) *La causa de la pretensión.* Este elemento es el único que presenta una clara variación respecto de las dos ideas que se analizan conjuntamente: *pretensión* y *relación.* Se entiende por *causa de la relación* la concreta interferencia intersubjetiva que la ocasiona. Esta *concepción unitaria* debe descomponerse necesariamente en *dos subelementos* cuando se la analiza respecto de la *pretensión procesal*: 1) el primer subelemento está constituido por el *hecho* invocado en la demanda y al que el actor asigna trascendencia jurídica, razón por la cual se convierte en la base o fuente del derecho pretendido; 2) el segundo es la *imputación jurídica* que el actor efectúa al demandado con motivo de aquel hecho. Por ejemplo, Juan sufre un daño al ser chocado por un taxi conducido por un dependiente de su propietario. Si pretende lograr la reparación, puede demandar al conductor imputándole culpa en la producción del hecho y al propietario por su simple carácter de tal: un *mismo hecho* puede producir *imputaciones jurídicas diferentes.* En este último ejemplo se advierte la importancia de efectuar la descomposición de la causa en dos subelementos: *hecho* e *imputación jurídica*, ya que no puede decirse con plena corrección que la *causa* de la pretensión de Juan contra el conductor es *idéntica* a la causa de la pretensión del mismo Juan contra el propietario del taxi, toda vez que en caso de tener que responder, ambos lo harán por *diferentes calidades jurídicas.*

La distinción que propiciamos conduce a soluciones diversas de las que adopta autorizada doctrina que sostiene que la causa *es sólo el hecho y no la imputación jurídica* (argumentos de imputación o remisión a normas legales que contemplan distintos supuestos de responsabilidad). Así es como se afirma que, por ejemplo y antes de la sanción del Ccc, "si en la pretensión por indemnización de daños y perjuicios se ha invocado la culpa aquiliana, la sentencia que la acoja podrá fundarse en el régimen de la responsabilidad contractual porque, en tal hipótesis, la *causa de la*

pretensión está representada por el *hecho dañoso y no por la calificación jurídica dada por el actor*".

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

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

Véanse ahora las consecuencias prácticas de la interpretación criticada. Para hacer más sencillo el ejemplo, invertimos deliberadamente el supuesto de la cita de marras: si la víctima del daño demanda antes de cumplirse los tres años del hecho (con exclusiva imputación en el incumplimiento del contrato de transporte) y éste opone la única defensa de prescripción posible (dos años), no creemos que el juez pueda obviar el litigio operado arguyendo en su sentencia que al importar sólo el hecho dañoso y no la imputación efectuada a base de él, debe aplicarse una prescripción mayor (la de tres años) pues, no obstante la imputación de

incumplimiento contractual, existió en la especie *culpa* del conductor (no invocada como fundamento de la pretensión) que permite al actor demandar útilmente dentro de los tres años de acaecido el hecho... El ejemplo puede multiplicarse: un accidente de trabajo permite varias posibilidades de imputación, al igual que una letra de cambio entregada como pago de una compraventa, etc. En la actualidad, el caso puede ejemplificarse con las múltiples superposiciones entre el derecho civil y comercial, por un lado, y el derecho del consumidor, por el otro. De ahí la importancia que asignamos a no confundir dos cosas que son claramente diferentes. Y esta distinción es la que permitirá en el número siguiente –al efectuar la tarea de comparar diversas pretensiones que coexisten o se suceden en el tiempo– realizar una adecuada conceptuación de las distintas categorías lógicas que pueden resultar de esa comparación.

Sin perjuicio de lo expuesto, y a base de ello, puede determinarse ya claramente cuáles son las diferencias entre *acción* y *pretensión* mediante la simple comparación paralela de las respuestas que a su respecto corresponden a las preguntas entre quiénes, por qué y para qué se presentan. A este efecto insertamos el siguiente cuadro sinóptico:

PREGUNTAS	ACCIÓN	PRETENSIÓN
¿Entre quiénes? *(sujetos)*	Actor y juez	Actor y demandado
¿Para qué? *(objeto)*	Lograr la apertura y posterior desarrollo de un proceso	Lograr la emisión de una sentencia (objeto del proceso) favorable al interés del pretendiente
¿Por qué? *(causa)*	Mantenimiento de la paz social y de la armónica convivencia mediante la erradicación del uso de la fuerza ilegítima	*Hecho* que origina el conflicto en el plano de la realidad cuya existencia se afirma en la demanda (plano jurídico del proceso) más la *imputación jurídica* que el que pretendiente hace contra aquél respecto de quien pretende, a base del hecho con transcendencia en el derecho

4. LA COMPARACIÓN DE PRETENSIONES PROCESALES Y SUS EFECTOS

Este tema es de la mayor importancia para lograr la comprensión cabal del verdadero fundamento y cercano parentesco de ciertos institutos procesales que se analizarán más adelante: la *acumulación*, la *inserción*, la *sustitución*, la *reconvención*, la *litispendencia*, el *litisconsorcio* y el fenómeno

del *caso juzgado.* El método que utilizamos para la explicación es inédito: se trata de adoptar el tema en cuestión como *exclusivo punto de partida* para efectuar el estudio de la esencia y razón de ser de tales instituciones.

Cuatro premisas básicas hay que afirmar antes que todo: a) por obvias razones que hacen a la convivencia pacífica y armoniosa de los integrantes de una comunidad dada, *es menester* que una vez resuelta por la autoridad una pretensión litigiosa, su decisión sea *definitiva*, impidiéndose así reabrir útilmente la discusión que la originó; b) del mismo modo, no resulta bueno para el mantenimiento de la paz social la *coexistencia* de dos demandas con base en la misma *exacta pretensión*, pues podría ocurrir eventualmente que ellas obtuvieren sendas decisiones contradictorias, con la consiguiente creación de un verdadero caos jurídico; c) por similares razones, siempre que una misma causa de pedir sea el sustento de dos o más pretensiones (concurrentes o antagónicas), deben ser *necesariamente* tramitadas y decididas en un solo procedimiento; d) finalmente, en otras ocasiones y aunque no de modo necesario, resulta *conveniente* tramitar en un mismo y único procedimiento varios procesos originados por pretensiones que se encuentran estrechamente vinculadas entre sí.

Las tres primeras premisas son el fundamento de un principio legislativo superior y metaprocesal: la *seguridad jurídica.* La última de ellas, constituye el basamento de otros principios de naturaleza obviamente procesal: la *economía* y la *celeridad en los trámites.* Del principio de *seguridad* se sigue que no puede admitirse la existencia contemporánea o sucesiva de dos litigios con la misma exacta pretensión y que no pueden emitirse decisiones diferentes acerca de una misma exacta pretensión o de pretensiones antagónicas. A este efecto, no interesa el eventual apartamiento de las reglas de economía y celeridad, pues por sobre ellas deben privar la seguridad jurídica. De los principios de *economía* y *celeridad* se extrae la conveniencia de tramitar simultáneamente diversas pretensiones, sin interesar al efecto el principio de seguridad, ya que no es rozado por éstos.

Para su aplicación a un caso determinado y con la finalidad de evitar la *duplicidad* de *procesos* sobre la misma pretensión así como la

coexistencia de decisiones contradictorias, puede ser necesario efectuar una tarea de comparación de distintas pretensiones entre sí. A efecto de saber cómo se corresponden la una con la otra, lo más práctico será enfrentarlas con la finalidad de que –cual una figura ante un espejo– se logre ver de qué manera coinciden sus tres elementos ya conocidos: sujetos, objeto y causa (con sus dos subelementos vistos en el número anterior). Véanse ahora los diferentes casos.

4.1. La indiferencia o independencia de pretensiones

Supóngase que Pedro reclama a Diego la restitución de un dinero entregado en mutuo. Si se compara esta pretensión con otra en la cual Juan pretende que Pablo le devuelva la finca que le entregara en comodato, cabe concluir que entre ambas pretensiones no existe elemento alguno en común: son distintos los sujetos (Pedro y Diego, por un lado; Juan y Pablo, por el otro), los objetos pretendidos y la causa (los hechos y las imputaciones jurídicas). Estas dos pretensiones son *indiferentes* o *independientes* y para nada sirven a los efectos de esta explicación; sin embargo, las menciono aquí al sólo efecto de mostrar las diferencias que se advertirán en los supuestos que siguen.

4.2. La identidad de pretensiones

Supóngase ahora que Pedro reclama a Diego la restitución de un dinero dado en mutuo y que, al mismo tiempo, y por razones diversas que no interesan indagar, el mismo Pedro reclama del mismo Diego la restitución del mismo dinero dado en el mismo mutuo. Esta simple compulsa por virtud de la cual se advierte que coinciden perfecta y acabadamente todos y cada uno de los elementos conocidos, permite decir que las pretensiones comparadas son *idénticas*.

4.3. La conexidad de pretensiones

Toda vez que al comparar pretensiones litigiosas coincidan por lo menos *uno* y como máximo *dos* de los elementos tradicionales, se dice

que media entre ellas una relación de *conexidad* que puede ser simple: *subjetiva*, *objetiva* y *causal* y mixta: *subjetivo-causal* y *objetivo-causal*.

4.3.1. La conexidad simple subjetiva

Supóngase que Pedro reclama a Diego la restitución de un dinero dado en mutuo y que, contemporáneamente, el mismo Pedro reclama al mismo Diego la devolución de una cosa entregada en comodato. Enfrentando una pretensión con la otra, se advierte que coinciden exactamente los sujetos (actor y demandado, cada uno en la misma posición en ambas pretensiones), en tanto que difieren los restantes elementos: objeto y causa. Este fenómeno en el cual coinciden sólo dos sujetos *ubicados en la misma posición* y no los restantes elementos, recibe la denominación de *conexidad subjetiva*.

4.3.2. La conexidad simple objetiva

Supóngase que Pedro reclama a Diego la restitución de la posesión de una finca usurpada y que, al mismo tiempo, Juan reclama al mismo Diego la misma finca, que le compró. Colocando nuevamente una pretensión frente a otra, puede verse que no coinciden los sujetos (aunque haya un mismo demandado son distintos los actores) ni la causa (en cuanto hecho más *imputación jurídica*), pero sí el objeto pretendido: la misma finca. Este fenómeno en el cual coincide exactamente el objeto pretendido y no los sujetos ni la causa, recibe la denominación de *conexidad objetiva*.

Este tipo de conexidad puede presentarse por a) *identidad del objeto*: caso de un propietario que intenta el desalojo de un locatario y de un usurpador, que ocupan cada uno parcialmente el total de un mismo predio. Y por b) *incompatibilidad de las distintas pretensiones sobre el mismo objeto*: caso de un propietario que intenta reivindicar una finca contra su poseedor actual quien, a su turno, es demandado por quien le compró sus derechos posesorios y le reclama la entrega de la misma finca.

4.3.3. La conexidad simple causal

Supóngase que en un mismo acto, Juan y Diego obtienen de Pedro un préstamo en dinero, comprometiéndose ambos a devolverlo por partes iguales. A base de ello, y por falta de pago, Pedro reclama a Juan la restitución de su parte y, al mismo tiempo, el mismo Pedro reclama a Diego la restitución de la suya. Comparando ambas pretensiones, se advierte que Pedro está en la posición actora en ambas pretensiones, en tanto que son distintos los demandados: Juan y Diego, por lo que no es idéntico el elemento subjetivo; que los objetos pretendidos son diferentes y que es idéntica la causa obligacional, toda vez que ambas pretensiones tienen fundamento en idéntico acto jurídico y ostentan idéntica imputación. Este fenómeno en el cual coincide sólo la causa, y no los sujetos ni el objeto, recibe el nombre de *conexidad causal.*

4.3.4. La conexidad mixta objetivo-causal

Supóngase que Pedro reclama ser considerado hijo del matrimonio formado por Diego y María, por haber sido concebido y nacido luego del casamiento de ellos; para esto, deduce sendas pretensiones por separado. En razón de que se pretende filiación matrimonial y no otra, la relación jurídica afirmada en las respectivas demandas es *inescindible*: debe darse *necesariamente* respecto de Diego y de María, y no respecto de alguno cualquiera de ellos en forma individual. Repárese en que Pedro no puede ser declarado *hijo matrimonial* de Diego y no de María, o viceversa: será hijo de los dos o de ninguno. Si se comparan ambas pretensiones, se puede ver que el elemento subjetivo no es idéntico: aunque el actor sea el mismo en las dos pretensiones, son distintos los demandados. Pero también se ve que el objeto y la causa de ambas pretensiones son idénticos. Este fenómeno muestra una *conexidad mixta objetivo-causal* y se presenta en *todo supuesto de relación jurídica inescindible.*

4.3.5. La conexidad mixta subjetivo-causal

Supóngase que Pedro reclama a Diego el cumplimiento de un contrato; contemporáneamente, el mismo Diego pretende respecto del

mismo Pedro que se declare la nulidad del mismo contrato. Comparando ambas pretensiones, se ve que los sujetos son las mismas exactas personas, pero que se hallan *en posiciones procesales invertidas* (Pedro es actor y Diego demandado en la primera pretensión, en tanto que Diego es actor y Pedro demandado en la segunda), que los objetos son diferentes (cumplimiento y declaración de nulidad), pero que la causa es la misma (el contrato). Este fenómeno muestra una *conexidad mixta subjetivo-causal.*

4.4. La afinidad de pretensiones

Supóngase que Pedro, dependiente de Diego, ocasiona un daño a Juan en un accidente de tránsito. Por tal razón, Juan pretende que Pedro le indemnice los gastos efectivamente abonados para lograr su curación y, contemporáneamente, que Diego le indemnice el daño moral sufrido. Comparando ambas pretensiones, se advierte que los sujetos no son idénticos (Juan y Pedro por un lado; Juan y Diego por el otro) y que los objetos pretendidos son diferentes (resarcimiento de daño material e indemnización por daño moral). Pero también se ve que, *si el hecho causante del daño es el mismo, no lo es la imputación jurídica que sustenta cada pretensión*: a Pedro sólo se le puede imputar ser el culpable del hecho dañoso; a Diego sólo ser el patrón de Pedro.

Se comprenderá ya que éste es un fenómeno completamente distinto de los anteriores: aunque los sujetos no son idénticos, *siempre hay un sujeto en común* en las diferentes pretensiones. Además, es *idéntico el hecho* que fundamenta la pretensión, pero es *distinta la imputación jurídica* que se hace a cada uno de los demandados. Esta figura recibe la denominación de *afinidad.*

Reiterando estas ideas, y viendo el cuadro sinóptico siguiente que permite una rápida comprensión de los distintos ejemplos, se tiene el siguiente esquema[85]:

85 Para la mejor comprensión del cuadro esquemático que sigue, explico brevemente su contenido: a) la primera columna muestra los *posibles casos* de existir y que ya se han explicado en el texto; b) las dos columnas siguientes ponen nombre a los *sujetos inter-*

CASO	SUJETOS		OBJETO	CAUSA		ORIGINA
	actor	demandado		hecho	Imputación	
1	V	W	X	Y	Z	Indiferencia
2	A	B	C	D	E	Identidad
3	A	B	C	D	E	Conexidad subjetiva
4	A	B	F	G	H	Conexidad objetiva
5	J	B	F	K	L	Conexidad causal
6	A	M	N	K	L	Conexidad mixta objetivo causal
7	A	O	N	K	L	Conexidad mixta subjetivo causal
8	A	O	P	K	L	Afinidad
9	A	R	S	K	T	

¿Para qué sirve todo esto? ¿Qué efectos se logran?

Teniendo en cuenta: a) las reglas de política procesal mencionadas al comenzar este número y b) la posibilidad de que dos pretensiones vinculen por igual a más de dos sujetos, sin perjuicio de lo que se expondrá oportunamente, al tratar el tema *La acumulación procesal*, adelanto, desde ya, que las distintas categorías recién enumeradas originan:

a) la *identidad de pretensiones* (caso ya visto en el # 4.2 ["La identidad de pretensiones"]): 1) la *litispendencia* (cuando es contemporánea) y 2) la *cosa juzgada* (cuando es sucesiva);

b) la *conexidad subjetiva* (caso ya visto en el # 4.3.1 ["La conexidad simple subjetiva"]) origina la *acumulación voluntaria de dos procesos* (en un procedimiento único) incoados por un mismo y contra un mismo sujeto, por razones de economía procesal. Puede ser: 1) *inicial* (por voluntad del

vinientes en los diferentes casos, a fin de que se advierta que, por ejemplo, la persona llamada V —en la primera fila de la segunda columna— no es la misma persona que A —en la segunda fila de la misma columna—. De tal forma, toda comparación deberá hacerse de aquí en más entre una fila superior cualquiera y su inmediata inferior; c) la siguiente columna denomina el *objeto pretendido*, que debe ser comparado siempre con el que se encuentra en la fila inmediatamente inferior a efectos de saber si los casos coinciden o no; d) en las dos columnas siguientes se encuentran la *denominación del hecho* y de la *imputación jurídica* que el pretendiente hace al resistente en su demanda, constituyendo todo la *causa* de la prestación exigida; e) finalmente, la columna de la derecha establece el *fenómeno procesal* que origina la comparación del caso contenido en una fila cualquiera con el que se halla en la fila de abajo. De tal modo se ve que, comparado el caso 1 con el 2, se obtiene el resultado de la *indiferencia*; si se hace lo mismo entre los casos 2 y el 3, se obtiene *identidad*. Y así sucesivamente.

actor) o 2) *posterior* (por voluntad del actor o del demandado). El primer supuesto es denominado habitualmente por los códigos procesales como *acumulación de pretensiones* y el segundo cómo *acumulación de autos*;

c) la *conexidad objetiva* (caso ya visto en el # 4.3.2 ["La conexidad simple objetiva"]) supone un interés concurrente de por lo menos tres sujetos. Tal interés puede ostentar distinto fundamento: 1) cuando la conexidad existe por *identidad del objeto* (desalojo intentado por el propietario de un fundo ocupado parcialmente por un locatario y parcialmente por un usurpador), origina una *acumulación voluntaria* (para el actor) *de procesos* (por razones de economía y celeridad) en un mismo procedimiento; 2) cuando la conexidad existe por *incompatibilidad del objeto* (dos personas pretenden excluyentemente ser titulares de un mismo predio que posee otra), origina una *intervención excluyente de tercero*;

d) la *conexidad causal* (caso ya visto en el # 4.3.3 ["La conexidad simple causal"]) origina una *acumulación necesaria de procesos* en un procedimiento único;

e) la *conexidad mixta objetiva-causal* (caso ya visto en el # 4.3.4 ["La conexidad mixta objetivo-causal"]) origina una *acumulación necesaria de procesos* en un procedimiento único con efectos diferentes de la referida antes en el punto d);

f) la *conexidad mixta subjetiva-causal* (caso ya visto en el # 4.3.5 ["La conexidad mixta subjetivo-causal"]) origina 1) una *reconvención* o, en su defecto, 2) una *acumulación necesaria de procesos* en un procedimiento único;

g) la *afinidad* presenta siempre un vínculo de *dependencia* entre dos relaciones (caso ya visto en el # 4.4 ["La afinidad de pretensiones"]): 1) Si la dependencia es *indirecta*, origina una *intervención asistente de tercero* (voluntaria para éste o provocada por el actor o el demandado); 2) si la dependencia es *directa* origina: a) una *intervención sustituyente de tercero* (voluntaria para éste o provocada por el demandado) o b) una *intervención coadyuvante* o *asistente de tercero* (voluntaria para éste o provocada por el demandado mediante uno de dos supuestos fácticos: *citación en garantía*

o *denuncia de litis*) o, finalmente, o c) una *relación de oposición*, según la actitud que efectivamente asuma el tercero al concurrir al juicio pendiente.

Todo esto será reiterado y se comprenderá mejor luego de leer las lecciones venideras en las correspondientes subdisciplinas del derecho procesal (civil, penal, etcétera).

TEXTO DE CÁTEDRA*

LA PRETENSIÓN PROCESAL

SUMARIO

1. Concepto
2. Pretensión material y pretensión procesal
3. Clases de pretensión
   3.1. Cognición mero declarativa
   3.2. Pretensión constitutiva
   3.3. Pretensión condenatoria
   3.4. Pretensión ejecutiva
   3.5. Protección constitucional
   3.6. Pretensión cautelar

1. CONCEPTO

En 1856, Bernhard WINDSCHEID delinea por primera vez los alcances de la "pretensión", definiéndola como una situación jurídica sustancial completamente distinta de la acción en sentido procesal y no identificable, por otra parte, con el derecho subjetivo del que habría representado más bien una emanación[86].

La pretensión es la exigencia de la subordinación del interés ajeno al interés propio, tal es la definición propuesta por CARNELUTTI y acota que esta subordinación es infrecuente, lo usual es que el titular del otro interés oponga resistencia a la pretensión. De este modo, el conflicto de

* Por el profesor Carlos Antonio PÉREZ RÍOS.

86 PUGLIESE, Giovanni, "Introducción" a WINDSCHEID, Bernhard y Theodor MÜTHER, *Polémica sobre la "actio"*, Olejnik, Santiago de Chile, 2017, p. XIV.

intereses conformado por la pretensión del actor y por la resistencia del emplazado se convierte en litigio[87]. Sostiene que la pretensión no sólo es un acto, sino también una declaración de voluntad por la cual el agente se propone como finalidad práctica la preponderancia de su interés y declara querer obtenerlo. La pretensión puede ser formulada por quien tenga el interés jurídico como por quien no lo tenga; tan pretensión es la estimable como la inestimable[88].

Para Jaime GUASP, la pretensión es una declaración de voluntad porque en ella se expone lo que un sujeto quiere y no lo que sabe o siente. De aquí que el nombre de pretensión resulte preferible al de afirmación o razón, pero no se trata de una declaración de voluntad afín a las que conoce el derecho civil, es decir, de un negocio jurídico, sino de una declaración petitoria que, en oposición a las resolutorias, son categorías fundamentales del derecho público, aunque también puedan darse, acaso, en el derecho privado"[89].

Finalmente, FRANCISCO CAVALCANTI PONTES DE MIRANDA[90] dice que la pretensión es la posición subjetiva de poder exigir de otra alguna prestación positiva o negativa; que la pretensión es la facultad jurídica de exigir dirigida hacia alguien para que cumpla el deber jurídico, porque toda pretensión tiene por finalidad la satisfacción, ella es el medio para el fin, y el fin es realizado por el destinatario.

Luego de este breve recorrido por las opiniones de distinguidos procesalistas, podemos afirmar que la pretensión es la manifestación de voluntad sobre una situación jurídica sustancial de quien expresa el pedido de estimación de un interés jurídico desconocido, amenazado, negado, lesionado o insatisfecho, cierto o inexistente, ante quien ejerce

87 CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, UTEHA, Buenos Aires, 1944, t. I, p. 44.

88 CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, cit., t. II, p. 8.

89 GUASP DELGADO, Jaime y Pedro ARAGONESES ALONSO. *Derecho procesal civil*, 4.ª edición, Civitas, Madrid, 1998, t. I, p. 206.

90 Citado por GUIMARÃES RIBEIRO, Darci, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del derecho*, J. M. Bosch, Barcelona, 2004, p. 52.

función jurisdiccional, y contra quien forma parte de la relación jurídica sustantiva afirmada.

2. PRETENSIÓN MATERIAL Y PRETENSIÓN PROCESAL

La afirmación sobre la existencia de un derecho subjetivo negado, lesionado o transgredido no desaparece, sino que se transforma en pretensión como interés jurídico y emanación del derecho subjetivo que puede encontrar solución de modo autocompositivo o través del proceso judicial.

Suele denominarse pretensión material a aquella que aún no ha ingresado al proceso judicial y en tal circunstancia puede ser satisfecha mediante trato directo u otras formas de solución autocompositiva sin requerir del proceso jurisdiccional. Así, Lily debió pagar a Valeria S/ 30 000 el 20 de agosto de 2017; ello no ocurrió no obstante los requerimientos de pago efectuados. A partir del 21 de agosto de 2017, Valeria es titular de una pretensión, ya no de un derecho de crédito; si en los días posteriores acreedora y deudora arriban a una transacción, la pretensión dejará de ser tal para dar lugar a un nuevo derecho subjetivo de crédito.

La pretensión trasladada al proceso judicial también es conocida como pretensión procesal porque se hace valer ante la autoridad judicial dentro de los plazos establecidos en el artículo 2001 del código civil; la sentencia, finalmente, restituirá el derecho subjetivo afirmado, si la pretensión es estimada, en caso contrario, desestimará la pretensión manteniéndose como una simple afirmación o declaración de voluntad.

De otro lado, si la pretensión no se hace valer en la vía procesal judicial dentro de los plazos establecidos por la ley, se configura la prescripción extintiva; queda cerrada la opción procesal jurisdiccional, pero la esencia, el interés jurídico como pretensión, subsiste y puede encontrar alguna solución post vencimiento del plazo prescriptorio.

La pretensión como interés jurídico y emanación del derecho subjetivo mantiene su esencia porque el núcleo material subsiste antes y durante el proceso; incluso luego de su conclusión por prescripción. Por ello, no compartimos la diferenciación de la pretensión en material

y procesal; en todo caso, por razones didácticas básicas, puede admitirse la denominación de *pretensión extraprocesal* (pre y post procesal) y *pretensiones procesales.*

3. CLASES DE PRETENSIÓN

3.1. Cognición mero declarativa

Las pretensiones de pura declaración son aquellas que se limitan a pedir que sea declarada la existencia de su derecho o la inexistencia del derecho ajeno (declaración positiva o negativa); por consiguiente, la pretensión mero declarativa puede concebirse como un instrumento de facilitación de la vida social mediante la eliminación de dudas que se cruzan en el normal desenvolvimiento de las relaciones jurídicas, asegurando así la certidumbre y previniendo los actos ilegítimos antes de castigarlos con el peso de graves responsabilidades[91].

En conclusión, la finalidad de la pretensión meramente declarativa no es otra que la necesidad de que la declaración jurisdiccional origine una situación de certeza ante una posición jurídica controvertida, quedando satisfecho el derecho con esa declaración[92].

91 CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., vol. I, pp. 216 al 218.

92 Jurídicamente, la *jactancia* consistía en el alabarse una persona de tener un derecho contra otro, en cuyo caso el perjudicado por la jactancia podía obligar al jactancioso a que presentase demanda de su pretendido derecho, obligando al Tribunal a su declaración-mera declaración. Era el perjudicado el que tenía a su favor la denominada acción de la jactancia, en virtud de la cual el Tribunal ordenaba, al que se jactó, a que interpusiera una demanda y así poder llevar a cabo la declaración de la pertenencia del derecho. La llamada acción de jactancia tiene su precedente en el derecho romano e inspirada en él fue recogida en nuestro Derecho por la Partida 3ª, Título II, ley 46 (LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. El nuevo proceso civil.* Dykinson, Madrid, 2000, pp. 68 y 69).

3.2. Pretensión constitutiva

Esta pretensión tiene por finalidad lograr del juez la expedición de una declaración destinada a crear un estado jurídico que antes no existía, como sería la constitución de una servidumbre de paso o la declaración de filiación paterna extramatrimonial. Otra de sus finalidades es obtener la declaración judicial que deje sin efecto o cancele un estado jurídico preexistente como el estado civil de cónyuges, con la declaración judicial de extinción del vínculo matrimonial. En suma, a través de las pretensiones constitutivas se solicita el pronunciamiento de una declaración judicial que permita determinado cambio jurídico expresado en la creación, modificación o extinción de una relación jurídica.

En principio el cambio de una situación jurídica o relación jurídica actual respecto a su creación, modificación o extinción no es función de los órganos jurisdiccionales; a estos les corresponde ordinaria y frecuentemente la tutela práctica de los derechos ya existentes. La constitución de situaciones jurídicas es algo que los particulares hacen normalmente en la esfera privada en virtud del principio de autonomía de la voluntad; significa esto que, en la mayoría de los casos, los derechos nacen, se modifican y se extinguen por la simple voluntad de los interesados sin que el Estado deba intervenir ,excepto cuando la voluntad de las partes es insuficiente para producir el cambio jurídico pertinente, como en el caso del divorcio o en la declaración de paternidad; también cuando la voluntad de uno de los sujetos de una cierta relación jurídica sería suficiente para modificarla, ésta no ocurre, por ejemplo, cuando el marido se niega a aceptar el cambio de régimen de sociedad de gananciales por el de separación de patrimonios.

Mediante la pretensión constitutiva, el actor pide al órgano jurisdiccional la expedición de una declaración que produzca un estado constitutivo de judicialización antes inexistente: se pide la producción de una situación jurídica distinta.

La sentencia estimatoria de una pretensión constitutiva tiene como efecto concomitante a su naturaleza, producir el cambio jurídico solicita-

do, por lo que no requiere de ejecución, lo que no excluye la necesidad de realizar determinados actos de cumplimiento que no deben confundirse con actos de ejecución procesal.

3.3. Pretensión condenatoria

Esta pretensión tiene por finalidad lograr que le juez imponga al demandado un deber de prestación, es decir, una obligación a cargo del demandado. Con este propósito el juez, en la sentencia, primero reconoce el hecho o acto generador de la prestación u obligación seguidamente concluye con la imposición de la condena civil: la prestación. La pretensión condenatoria lleva implícita la pretensión constitutiva.

"Lo que se pide al órgano jurisdiccional es que declare la existencia de una prestación a cargo del demandado y le imponga el cumplimiento de la misma. Lo específico de las sentencias de condena es que, además de producir cosa juzgada, constituyen título ejecutivo, con el que puede iniciarse después la ejecución forzosa"[93].

Mediante la pretensión condenatoria el actor pretende que el juez imponga al demandado la existencia de un deber de prestación y quede sujeto a las consecuencias de su incumplimiento y se le imponga la consecuente responsabilidad.

La pretensión de condena que culmina con una sentencia estimatoria está asociada a la ejecución procesal. La conexión que existe entre una y otra radica en que aquella declara la sanción a la que el obligado debe ser sometido o impone la prestación que debe cumplir, con lo cual prepara el proceso único de ejecución.

Mediante las pretensiones condenatorias, el demandante pide al juez que imponga al demandado una prestación que en muchos casos es la entrega de una cantidad de dinero (condena pecuniaria); ya sea como pretensión principal o accesoria. En otros casos la condena puede referirse a una prestación de dar determinado bien mueble (ejemplo: la entrega de

93 MONTERO AROCA, Juan, *El nuevo proceso civil.* Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 28.

un vehículo) o inmueble (ejemplo: la restitución de la posesión de una casa) de hacer (por ejemplo, construir determinado muro o pared) o no hacer (ejemplo: paralizar la edificación de cierta obra civil, abstenerse de vender determinado producto).

3.4. Pretensión ejecutiva

La pretensión ejecutiva tiene por objeto lograr la realización de derechos preconstituidos, contenidos en documentos especiales denominados *títulos ejecutivos*, sin los cuales resulta imposible acceder reclamar tutela judicial. No se trata de declarar derechos o resolver cuestiones controvertidas, sino satisfacer el interés jurídico de realización de tales derechos instaurados como tales mediante procesos judiciales arbitrales condenatorios previos o por decisión de las partes contenidas en documentos con mérito ejecutivo conforme a la ley.

3.5. Protección constitucional

Ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución tal como lo preceptúa el inciso 2 del artículo 139 de la Constitución Política, en este sentido, es la autoridad judicial la encargada de llevar adelante la ejecución.

De otro lado, el inciso 3 de la misma norma jurídica constitucional regula como principio y garantía de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, sin efectuar mayores especificaciones sobre las manifestaciones concretas de ésta. Se infiere entonces que el reconocimiento genérico del derecho a la tutela jurisdiccional comprende a sus expresiones ordinarias como son la tutela de cognición, la tutela ejecutiva y la tutela cautelar, así como a las nuevas formas de la tutela jurisdiccional agrupadas en torno a la tutela extraordinaria o diferenciada.

El Tribunal Constitucional, en la sentencia dictada en el expediente N.º 4080-2004-AC/TC, ha precisado que el derecho a la ejecución de

sentencias es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva: que se trata de un derecho constitucional que en su vertiente subjetiva supone, en términos generales, un derecho a favor de toda persona de acceder de manera directa o a través de representante ante los órganos judiciales; de ejercer sin ninguna interferencia los recursos y medios de defensa que franquea la ley; de obtener una decisión razonablemente fundada en derecho; y, finalmente, de exigir la plena ejecución de la resolución de fondo obtenida.

Del mismo modo, en la sentencia dictada en el expediente N.º 0004-2004-CC/TC ha precisado que el derecho a la ejecución de las decisiones jurisdiccionales resulta de especial relevancia no sólo por su manifestación de derecho de tutela judicial, sino porque constituye una garantía *sine qua non* para que pueda evidenciarse, en la práctica, el principio de independencia judicial, que, conforme lo ha declarado este tribunal, resulta necesario para inspirar la confianza de los ciudadanos en los tribunales; si las sentencias de los jueces no se cumplen, simplemente no podría hablarse de un Poder Judicial independiente que es capaz de hacer valer su *jurisdictio* con plena eficacia respecto de lo que decide y, de este modo, los ciudadanos no tendrían un garante real para la protección de sus derechos.

3.6. Pretensión cautelar

La pretensión cautelar tiene por finalidad garantizar la eficacia de las demás pretensiones (cognitorias, ejecutivas y las peticiones no contenciosas) y simultáneamente satisfacer el interés público.

Las pretensiones cautelares en nuestra legislación se manifiestan a través de medidas cautelares; frase nominal que comprende tanto a la demanda como a la decisión cautelar.

Sobre el reconocimiento constitucional implícito de la pretensión cautelar, sostiene el Tribunal Constitucional (expediente 0023-2005-PI/TC) que, al igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución peruana. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento

provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139, inciso 3), de la Constitución Política porque no existiría debido proceso, ni Estado Constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por ésta.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional establece que la función de las medidas cautelares está orientada, en su carácter instrumental, a asegurar la efectividad del derecho demandado en el marco de un debido proceso, no sólo cuando se trate de *procesos que adolecen de dilaciones indebidas* o que no se resuelvan dentro de los plazos establecidos, sino también cuando se trate de la *duración ordinaria de los procesos*. Existen procesos que, por su duración, aunque tramitados dentro de los respectivos plazos, pueden constituir un serio peligro para la eficacia del derecho.

LECCIÓN 7

LA DEMANDA JUDICIAL

SUMARIO

1. El concepto de *demanda*
2. El contenido de la demanda y sus requisitos
3. Los presupuestos de la demanda
   3.1. Competencia de la autoridad que recibe la instancia
   3.2. Capacidad procesal del actor
   3.3. Adecuada representación del actor
   3.4. Adecuado derecho de postulación en el actor
   3.5. Contenido eficiente de la demanda
   3.6. Correcta acumulación de pretensiones
4. Los efectos jurídicos de la demanda
   4.1. Efectos de la presentación de la demanda
   4.2. Efecto procesal de la admisión de la demanda
   4.3. Efectos de la notificación de la demanda

1. EL CONCEPTO DE *DEMANDA*

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

Una vez más se juntan de modo inseparable tres conceptos: a) *acción* (su objeto es formar un proceso); b) *demanda* (su objeto es iniciar un procedimiento) y c) *pretensión* (su objeto es lograr la emisión de una sentencia favorable), que se exhiben correlativos por apoyarse recíprocamente para explicar el fenómeno procesal.

De tal modo, no se concibe racionalmente una demanda que no contenga por lo menos una pretensión a satisfacer por un tercer sujeto (distinto del demandante y de la autoridad). De ahí que no resulta conveniente extender indebidamente el uso del vocablo para designar la actividad que materializa una cualquiera de las demás instancias (petición, reconsideración, queja y denuncia) que podrán exteriorizarse mediante actos que reciban igual denominación o por medio de notas, presentaciones, reclamos, etc., pero no por *demandas*.

Así concebida, la demanda es siempre el acto que provocará la iniciación de un procedimiento necesario para sustanciar un proceso *principal*, *incidental* o *accidental*.

2. EL CONTENIDO DE LA DEMANDA Y SUS REQUISITOS

Surge de lo antes expuesto que así como no cabe imaginar racionalmente el ejercicio de la acción sin una correlativa demanda y viceversa, tampoco puede concebirse una demanda sin una pretensión (aunque sí puede haber una pretensión sin demanda en las instancias de petición, reconsideración y queja; no en la denuncia). Por tanto, siendo lógicamente inseparables los conceptos de pretensión y demanda, el contenido de ésta debe reflejar clara y adecuadamente cuatro circunstancias que, en esencia, se corresponden con los elementos de aquella: a) quién pretende; b) respecto de quién se pretende; c) qué se pretende y d) por qué se pretende (sujetos, objeto y causa de la pretensión). De tal modo, la demanda es una suerte de carta formal dirigida a la autoridad (juez o árbitro) que debe contener necesariamente una pretensión a base de la simple afirmación de un litigio, con adecuada especificación de las circunstancias recién referidas: quién, contra quién, qué y por qué se insta.

Todo ello resulta menester para posibilitar el correcto derecho de defensa del demandado (aquel respecto de quien se pretende), cuyo ejercicio se halla plenamente garantizado por norma expresa constitucional en todos los ordenamientos del mundo. Para que esto sea posible, las leyes procesales en general sujetan la presentación de la demanda a varios *requisitos* (intrínsecos y extrínsecos) necesarios de cumplimentar por el actor para que ella sea *admisible* (lograr su objeto de incoar un procedimiento) y *eficaz*.

Los *requisitos intrínsecos* son los que regulan el *contenido de la demanda*; están enunciados en los códigos procesales, y habitualmente son a) el nombre y domicilio (real) del demandante o acusador (público o privado, en su caso); b) el nombre y domicilio (real) del demandado o imputado; c) la cosa (o pena o medida de seguridad) demandada, designándola con toda exactitud; d) los hechos en que se funda, explicados claramente; e) el derecho expuesto sucintamente, evitando repeticiones innecesarias; f) la petición en términos claros y positivos; g) además, cuando se pretende la percepción de una suma de dinero, la demanda debe precisar el monto reclamado, salvo cuando no le fuere posible al actor determinarlo al promoverla, por las circunstancias del caso o porque la estimación dependiere de elementos aún no definitivamente fijados y la promoción de la demanda fuere imprescindible para evitar la prescripción.

Los *requisitos extrínsecos* son *comunes* a toda presentación ante la autoridad (juez) o *propios* de la demanda. Conforme a lo dispuesto en la mayoría de los ordenamientos procesales, con variaciones entre unos y otros, estos *requisitos* son los siguientes: a) debe efectuarse por escrito en original o en formulario impreso o fotocopiado sobre fondo blanco y con caracteres negros indelebles, mediante procedimientos que permitan su fácil lectura y b) redactada en idioma nacional, c) con tinta negra, d) encabezada con una sucinta expresión de su objeto, e) sin contener claros sin cerrar ni abreviaturas; sin raspaduras, testados, enmiendas o interlineados sin salvar en el propio escrito con la misma máquina o de puño y letra del interesado, f) con cantidades escritas en letras; g) si la presentación se efectúa a nombre de un tercero, con la indicación precisa

de la representación que se inviste y acompañando los documentos que la acrediten; h) además, debe tener la firma del presentante; cuando la firma es a ruego, debe contener la atestación de funcionario competente de que el firmante ha sido autorizado para ello en su presencia o que la autorización ha sido ratificada ante él.

También de acuerdo con lo dispuesto en la mayoría de las leyes procesales, son *requisitos extrínsecos propios de la demanda* los siguientes: a) debe ser acompañada de la prueba documental que obre en poder del actor o, en su defecto, de la indicación de su contenido, archivo, oficina pública y persona en cuyo poder se encuentre y de tantas copias firmadas (de la demanda y de los documentos adjuntos) como partes hayan de intervenir en el proceso. Cuando los documentos están redactados en idioma extranjero, debe acompañarse también su traducción realizada por traductor público matriculado; b) debe contener la constitución de un domicilio *ad litem* o *procesal* (a los efectos del proceso) dentro de un cierto perímetro respecto del lugar que sea asiento del respectivo juez; c) debe llevar la firma de un letrado.

Finalmente, ciertas demandas tienen *requisitos particulares intrínsecos*.

En el ámbito penal, la *acusación* debe contener a) la identificación del fiscal o querellante; b) los datos personales del imputado y su domicilio legal; c) una relación clara, precisa, circunstanciada y específica del hecho, con detalle de la extensión del daño causado; en caso de contener varios hechos punibles independientes, la separación y el detalle de cada uno de ellos; d) los fundamentos de la acusación, con la expresión de los elementos de convicción que la motivan; e) la calificación legal de los hechos, con expresión precisa de los preceptos jurídicos aplicables; f) la pena que se solicita para el o los imputados o, en su caso, la medida de seguridad, indicando las circunstancias de interés para la determinación de ellas; g) la solicitud de apertura a juicio.

3. LOS PRESUPUESTOS DE LA DEMANDA

Otorgando al vocablo *presupuesto* el preciso sentido y alcance que le hemos asignado en la Lección 6, son *presupuestos de la demanda* las condiciones que debe cumplir el actor al momento de instar para obtener de la autoridad (juez o árbitro) la iniciación de un procedimiento que resulte *eficaz* para sustanciar en él un proceso. Así concebidos, los *presupuestos de la demanda* son seis: a) competencia de la autoridad que recibe la instancia; b) capacidad procesal del actor; c) en su caso, adecuada representación del actor que carece de capacidad procesal; d) adecuado derecho de postulación del actor; e) contenido eficiente de la demanda; e) en su caso, correcta acumulación de pretensiones por el actor. Los explicamos:

3.1. Competencia de la autoridad que recibe la instancia

Sin perjuicio de lo que se diga más en detalle en la Lección 9, adelantamos aquí que se entiende por *competencia* la atribución de funciones (excluyentes o concurrentes) que otorgan la ley o la convención a ciertas determinadas personas que actúan en carácter de autoridad respecto de otras. Mirando por ahora la cuestión desde una óptica absolutamente pública, la actividad que debe realizar el ente Estado para desarrollar y lograr sus fines sólo puede ser cumplida en la realidad por personas físicas (funcionarios) a quienes se encomienda individual o colectivamente y en forma selectiva el deber o la facultad de efectuar determinadas tareas. Por ejemplo, hay una *competencia legislativa*, colectiva y excluyente, para sancionar las leyes en sentido formal; otra *competencia legislativa*, individual y excluyente, para promulgar las leyes; una *competencia judicial* colectiva o individual y no excluyente, para sustanciar procesos con la finalidad de resolver litigios mediante sentencias; etcétera. Se trata, en suma, de una división de las tareas que deben cumplir las distintas personas que actúan en carácter de autoridad del Estado para no superponer funciones y para que exista un adecuado y republicano intercontrol de Poderes.

Si se mira la esencia misma de la tarea que es cumplida por cada uno de los funcionarios estatales, se advertirá que la estructura de la actividad que desarrollan al efecto no siempre es la misma: por ejemplo, el presidente de la nación tiene asignada competencia por la propia Constitución para efectuar función legislativa (por ejemplo, dicta decretos reglamentarios) y, al mismo tiempo, para realizar función administrativa (por ejemplo, designa por sí mismo el personal de la administración pública). Y ambas actividades son obviamente diferentes.

A su turno, los jueces del Estado tienen competencia para procesar y resolver litigios e imponer la solución a los particulares (función de estructura jurisdiccional) y, al mismo tiempo, competencia para autorizar el matrimonio de un menor de edad o para ordenar la inscripción registral tardía de un nacimiento (función de estructura administrativa).

Cuando el derecho procesal utiliza el vocablo *competencia*, refiere sólo a la atribución de las funciones que deben cumplir los jueces (del Estado) y los árbitros (simples particulares). Para los jueces, tal atribución está hecha exclusivamente por la ley; para los árbitros, por la ley o por la convención (ver la Lección 9).

Circunscribiendo esta exposición –por ahora– a la *competencia judicial* (y dejando de lado la *arbitral*), surge de la ley que la tarea que cumplen los jueces se halla dividida según ciertas pautas que se formulan por anticipado en atención a distintas circunstancias: a) quiénes son las personas que litigan (*competencia personal*); b) cuál es la materia sobre la cual litigan (competencia *material*); c) cuál es el territorio en el cual se litiga (competencia *territorial*); d) cuál es el valor de la cosa por la cual se litiga (competencia *cuantitativa*); e) cuál es el grado de conocimiento de los jueces respecto del litigio (competencia *funcional*); f) cuál es el juez que debe conocer de un asunto cuando son varios los que, al mismo tiempo, ostentan idénticas competencias personal, material, territorial, cuantitativa y funcional (competencia en razón del *turno judicial*).

En virtud de que todas las pautas recién enunciadas son *acumulativas*, entre los cientos o miles de jueces que pueden coexistir en un lugar

dado, *sólo uno de ellos es competente* (personal, material, cuantitativa, territorial, funcionalmente y por turno) para procesar y sentenciar un litigio *en un cierto momento*: el de la presentación de la demanda. De tal modo, para que la demanda cumpla su objeto de obtener la iniciación de un procedimiento (para sustanciar en él un proceso) que resulte *eficaz* para lograr la emisión de una sentencia que heterocomponga el litigio, *debe ser presentada ante un juez competente* en orden a *todas las pautas* recién enumeradas. Tan importante es este presupuesto que las leyes en general establecen para todos y cada uno de los jueces el *deber de velar por su competencia* al ordenarles que no admitan una demanda que escape a ella, con la salvedad de ciertos casos especiales que se verán en el lugar oportuno. De tal modo, y con ciertas excepciones a la regla, los jueces *deben* declarar su incompetencia cuando advierten que, conforme con la ley, no les corresponde el conocimiento de un asunto justiciable.

Lamentablemente, las normas legales que regulan los distintos tipos de competencia judicial distan mucho de ser claras, precisas e inequívocas: existen numerosísimos casos justiciables en los cuales la determinación previa por el actor de quién es el único juez competente entre todos los posibles, constituye un verdadero calvario para el litigante, quien está expuesto a sufrir por ello una enorme pérdida de tiempo, de esfuerzo y de dinero. De ahí la importancia práctica que tiene el estudio completo del tema y el adecuado cumplimiento de este presupuesto en la vida forense. Si –llegado el caso– el juez actuante no advierte liminarmente su incompetencia, el demandado podrá plantear en su momento la correspondiente cuestión (*declinatoria* o *inhibitoria*) en procura de lograr la plena vigencia del presupuesto que, lo reitero, no mira hacia la existencia misma del proceso como tal, sino a su utilidad como medio para la heterocomposición del litigio.

3.2. Capacidad procesal del actor

Ya se ha visto al analizar los presupuestos procesales de la acción (ver la Lección 5) que toda persona –y aun algunos entes que no ostentan tal calidad– tiene capacidad jurídica para ser parte en un proceso; pero esto

no significa que ella pueda actuar siempre y sin más en sede judicial o arbitral. Para efectuar tal actividad personalmente debe tener la capacidad civil común: tendrá que *poder contraer obligaciones por sí misma.* De tal modo, a los incapaces de ejercicio del derecho civil[94] corresponden los incapaces del derecho procesal: no pueden actuar por sí mismos los menores impúberes, los dementes, los sordomudos que no saben darse a entender por escrito, etcétera, por carecer de *legitimación procesal* (*legitimatio ad processum*). Cuando tal cosa ocurre en un proceso, este *existe* como tal, pero no será *eficaz* para lograr la heterocomposición del litigio. Por eso es que el juez (o el árbitro) tiene que velar por el logro de dicha eficacia y, por tanto, cuando advierte el defecto, debe ordenar que la parte incapaz que actúa por sí misma sin poder hacerlo integre su participación con una adecuada representación. Cuando ello no ocurre, la parte contraria puede exigir la vigencia del presupuesto de marras mediante la *excepción de falta de personalidad.*

3.3. Adecuada representación del actor

Este presupuesto de la demanda debe ser analizado desde una doble óptica: 1) como un necesario complemento del anteriormente tratado, cuando se trata de suplir la incapacidad civil del actor mediante su respectivo *representante legal* (los padres por la persona por nacer, los padres por la persona menores de edad no emancipada, el tutor por el menor, el curador por el incapaz, el apoyo por la persona con capacidad restringida, etcétera; ver Ccc, art. 101): él es quien debe actuar personalmente en el proceso y a nombre del incapaz, que ostenta el carácter de *parte procesal*; 2) en forma autónoma, cuando el actor es civilmente capaz, pero no actúa personalmente en el proceso, sino por medio de un *representante convencional* (mandatario judicial o procurador). En ambos supuestos,

94 Ccc, art. 24. *Personas incapaces de ejercicio.* Son incapaces de ejercicio: a) la persona por nacer; b) la persona que no cuenta con la edad y grado de madurez suficiente, con el alcance dispuesto en la Sección 2ª de este Capítulo; c) la persona declarada incapaz por sentencia judicial, en la extensión dispuesta en esa decisión. Ver, asimismo, Ccc, art. 25 a 30.

el representante debe acreditar cabalmente su calidad de tal a fin de que el proceso pueda desarrollarse con el objeto de lograr la eficaz heterocomposición del litigio. Si esto no ocurre, la parte contraria puede exigir la vigencia del presupuesto de marras mediante la excepción *de falta de personería* y, aún más, debe ser suplible de oficio por el juez (o el árbitro) en razón de que si no se comprueba adecuadamente la representación cuya existencia se afirma, la sentencia que se dicte como culminación del proceso será inútil pues no resultará vinculante para la parte procesal cuya representación no se acreditó.

3.4. Adecuado derecho de postulación en el actor

Aunque la persona que insta sea civilmente capaz para ser parte procesal (presupuesto de la acción) y procesalmente capaz para actuar por sí misma en el juicio (presupuesto de la demanda recién explicado) no siempre le reconoce la ley el derecho de postular *directamente* ante la autoridad: en numerosas ocasiones la exige la asistencia de un *letrado.* Mediante este presupuesto el Estado intenta asegurar a quien insta un correcto ejercicio del derecho de defensa en juicio. Para ello, la ley establece un doble régimen de asistencia del interesado: 1) *le permite estar en juicio bajo la dirección o patrocinio de un letrado*, lo que significa que la parte puede cumplir por si los actos del proceso, pero aconsejada por su defensor abogado, quien expone técnicamente al juez las razones que aduce la parte; 2) *le permite estar en juicio mediante la representación* (un mandato) *que de ella ejerce un letrado*, lo que significa que la parte no puede cumplir actos procesales sino a través del abogado, quien provee al mismo tiempo a su defensa.

3.5. Contenido eficiente de la demanda

Para que en cada litigio pueda cumplirse con la garantía constitucional generalizada universalmente que asegura un *debido proceso* como medio para llegar a una solución heterocompositiva *legítima* y eventualmente *justa*, es menester que desde el propio escrito de demanda se posibilite un

adecuado y pleno contradictorio dentro del marco de reglas de debate que deben respetarse por todos los sujetos del proceso. A tal fin, la ley exige que la demanda posea un contenido pretensional preciso e inequívoco que permita al demandado saber con toda claridad quién, de quién, qué y por qué se pretende. Para ello, el actor debe cumplir de modo estricto los requisitos que ya se han enumerado en el punto # 2 ["El contenido de la demanda y sus requisitos"].

Tanta importancia tiene la cuestión, que las leyes procesales en general imponen al juez el deber de señalar, *antes de dar trámite* a cualquiera petición, los defectos u omisiones de que adolezca. Caso de no respetarse este presupuesto el demandado puede reclamar su vigencia mediando la *excepción del defecto legal en el modo de proponer la demanda* (ver la Lección 10.).

3.6. Correcta acumulación de pretensiones

Este presupuesto de la demanda no es aceptado generalizadamente como tal por la doctrina, la cual lo estudia como presupuesto de la sentencia con el fundamento de que la incorrecta "acumulación de acciones" (en rigor, acumulación de pretensiones) en una misma demanda, no hace posible la emisión de la sentencia de mérito que resuelve el litigio. A nuestro juicio, debe incluirse entre los presupuestos propios de la demanda pues la facultad que la ley otorga al actor de acumular pretensiones debe ser analizada *ab initio* por la autoridad para facilitar o no la formación de tantos procesos como pretensiones sean las deducidas en la demanda. Y es que no resulta lógicamente posible que un mismo actor acumule contra un mismo demandado pretensiones incompatibles que se excluyen entre sí. Por ejemplo, si el actor pretende que el juez ordene al demandado el cumplimiento de un contrato y, al mismo tiempo, que el juez declare la nulidad de tal contrato, parece claro que el demandado no podrá defenderse adecuadamente en razón de la contemporaneidad de las pretensiones antagónicas. De ahí que no se trata de procurar que el juez sepa cómo sentenciar; mucho más importante, se trata de que el demandado sepa cómo defenderse.

Tan importante es el presupuesto que las leyes procesales en general sujetan a tres requisitos la posibilidad de que el actor acumule sus pretensiones contra el mismo demandado: 1) que no sean contrarias entre sí, de modo que por la elección de una quede excluida la otra; 2) que correspondan a la competencia del mismo juez; 3) que puedan sustanciarse por los mismos trámites. Cuando esto no ocurre, es deber del juez señalar el defecto antes de admitir la demanda y, si él no lo advierte, el demandado puede oponerse a la acumulación mediante la excepción de *defecto legal en el modo de proponer la demanda.*

4. LOS EFECTOS JURÍDICOS DE LA DEMANDA

En general –y salvo casos particulares de ciertas pretensiones– toda demanda produce diversos efectos jurídicos sustanciales y procesales que se escalonan en tres momentos sucesivos: desde la presentación a la autoridad, desde su admisión por ésta y desde su notificación al demandado. En la Argentina, éstos son los siguientes:

4.1. Efectos de la presentación de la demanda

Desde el momento mismo en el cual el actor *presenta su demanda* a la autoridad, se producen efectos sustanciales y procesales. Ellos son los siguientes:

1) *sustanciales* (en la legislación argentina de fondo): A) *interrumpe el curso de la prescripción* (adquisitiva y liberatoria) aunque la demanda contenga defectos, la autoridad sea incompetente o el actor carezca de capacidad procesal; B) *determina la pérdida provisoria de la posibilidad de entablar juicio petitorio* cuando se deduce pretensión posesoria; C) *determina que la autoridad que recibe la instancia y los letrados que la suscriben no puedan comprar la cosa litigiosa*; D) *determina que la autoridad que recibe la instancia no pueda ser cesionaria del derecho litigioso*;

2) *procesales* (en la legislación argentina): A) *fija respecto del actor la competencia subjetiva de la autoridad*, que ya no podrá ser recusada sino

por causa sobreviniente; B) *efectiviza una prórroga o una propuesta de prórroga de competencia territorial* cuando ello está autorizado en la ley; C) *genera en la autoridad el deber de proveer la instancia* (admitiéndola o rechazándola) y la coloca ante el deber de pronunciarse acerca de su competencia.

4.2. Efecto procesal de la admisión de la demanda

Sólo es de carácter procesal, crea el estado de litispendencia.

4.3. Efectos de la notificación de la demanda

Pueden ser:

1) *sustanciales*: A) *constituye en mora al demandado* si es que no lo estaba desde antes respecto de obligaciones que carecen de plazo convenido, pero que resulta tácitamente de la naturaleza y circunstancias de aquéllas y respecto de los frutos percibidos por el poseedor de buena fe; B) *determina la elección del actor respecto de la prestación debida* por virtud de obligaciones alternativas; C) *extingue el derecho de reclamar útilmente algunas pretensiones* contempladas en la ley;

2) *procesales*: A) *extingue el derecho del actor de desistir unilateralmente del proceso*: a partir de la notificación, podrá hacerlo sólo con la previa conformidad (expresa o tácita) del demandado; B) *extingue el derecho del actor a modificar su pretensión.*

TEXTO DE CÁTEDRA*

LA DEMANDA

SUMARIO

1. Concepto
2. Contenido de la demanda
   2.1. La designación del juez
   2.2. Designación del demandante
   2.3. Designación del demandado
   2.4. El petitorio
   2.5. Fundamentación fáctica
   2.6. Fundamentación jurídica
      2.6.1. Los fundamentos legales
      2.6.2. Fundamento jurisprudencial
      2.6.3. Fundamentos doctrinarios
   2.7. Ofrecimiento de los medios probatorios
   2.8. Anexos
3. El emplazamiento
4. Efectos del emplazamiento
5. Ineficacia de la interrupción

1. CONCEPTO

Es el acto procesal de parte mediante el cual el demandante ejercita su derecho de acción para solicitar tutela jurisdiccional y simultáneamente postular su petitorio contra el demandado. De este modo nace el deber estatal de desplegar su función jurisdiccional a través del proceso.

---

* Por el profesor Carlos Antonio PÉREZ RÍOS.

El concepto de demanda involucra categorías determinantes para la construcción eficaz del proceso como: pretensión, acción, jurisdicción y proceso. En efecto, la jurisdicción no se activa sin el ejercicio de la acción mediante la postulación de la demanda; ésta a su vez, debe contener una pretensión singular y plural; todas estas categorías solo alcanzan realismo en el proceso.

Según la legislación procesal civil peruana, la demanda es el acto procesal formal escrito que contiene la mención del órgano jurisdiccional ante quien es interpuesta como invocación implícita del pedido de tutela jurisdiccional; contiene, asimismo, la pretensión singular o plural, clara y concreta de lo que se pide y el nombre y dirección domiciliaria del demandado.

DOS REIS define a la demanda como la manifestación de la voluntad del actor por la cual se transforma el derecho abstracto de accionar en derecho concreto de acción[95].

Informa el profesor ALZAMORA VALDEZ que fue JUSTINIANO quien introdujo el empleo de la forma escrita de la demanda (*libellus conventionis*) que debía ser firmada por el demandante o por un tabulario[96]; sin embargo, la forma oral persistió.

En la *Curia Philipica*, Juan DE HEVIA BOLAÑOS define a la demanda como aquel "escrito breve que contiene lo que se pide y demanda en juicio".

2. CONTENIDO DE LA DEMANDA

Los contenidos de la demanda están regulados en el artículo 424 del CPC y están relacionados con una debida invocación de tutela jurisdiccional y la eventual estimación de la pretensión postulada. En este

95 Citado por ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Derecho procesal civil. Teoría del proceso ordinario*, Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1968, p. 17.

96 ALZAMORA VALDEZ, *Derecho procesal civil. Teoría del proceso ordinario*, cit., p. 18.

sentido, la exposición de los fundamentos fácticos y jurídicos, con el correspondiente soporte probatorio, son exigencias necesarias.

2.1. La designación del juez

Es preciso acotar que la función jurisdiccional es ejercida ordinariamente por los jueces del Poder Judicial; sin embargo, según nuestro ordenamiento constitucional, esta función también es ejercida por la justicia militar policial, la justicia arbitral, la justicia de pueblos originarios, la justicia electoral, y la justicia constitucional.

La designación del juez como contenido de la demanda es la mención del órgano jurisdiccional civil competente que, según lo dispuesto en la norma procesal, o ley especial, puede ser un juez de paz, juez de paz letrado, un juez especializado, o un órgano civil colegiado.

Cierto es que la designación del juez conlleva, implícitamente, la invocación de otorgamiento de tutela jurisdiccional; no obstante, ello no impide que en el cuerpo de la demanda se solicite expresamente la prestación del servicio de justicia, tal como ocurre en la realidad.

En donde exista más de un juzgado en materia civil, no es posible la mención ordinal del juzgado; en tal caso, basta con efectuar la mención de la especialidad y tipo de juzgado según la jerarquía (juez de paz, juez de paz letrado o juez especializado del lugar correspondiente).

2.2. Designación del demandante

La norma exige que se señale los datos de identificación del demandante como los siguientes: nombre y apellidos, el documento nacional de identidad, la dirección domiciliaria, y la designación de domicilio procesal incluyendo la dirección electrónica (casilla asignada por el Poder Judicial).

La identificación del representante o apoderado del demandante si se trata de demandante que no puede comparecer o no comparece por sí mismo. Los procuradores públicos comparecen para ejercer la defensa jurídica del Estado según lo dispuesto por el Decreto Legislativo 1326.

El Ministerio Público actúa representado por el Fiscal titular o adjunto de la Fiscalía Especializada en lo Civil o Familia cuando le corresponda asumir la posición de parte, tal como lo establece el artículo 481 del CPC.

2.3. Designación del demandado

Debe indicarse el nombre y apellidos del demandado con la dirección domiciliaria para su emplazamiento. No siempre es posible contar con la dirección domiciliaria actual del demandado; en tal caso, debe expresarse esta circunstancia en la demanda, bajo juramento. En este supuesto, el emplazamiento se hace mediante edicto, bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal.

Otro supuesto problemático relacionado con el emplazamiento del demandado es que éste tenga varios domicilios y en ciudades diferentes, en este caso puede ser demandado en cualquiera de ellos.

2.4. El petitorio

El petitorio comprende la determinación clara y concreta de lo que se pide, tiene como destinatario al demandado. El contenido del petitorio es la pretensión como núcleo sustantivo de la controversia.

El petitorio puede ser singular o plural: es singular cuando contiene una sola pretensión, y es plural o acumulativo cuando contiene dos o más pretensiones relacionadas, según diversos criterios de conexidad o acumulación. Si se tratare de una pretensión dineraria, debe señalarse con precisión el monto.

El tipo de tutela ordinaria que se solicita determina el tipo de pretensión a postular: si la tutela invocada es de conocimiento, el petitorio está constituido por una pretensión mero declarativa, una constitutiva o una condenatoria y varias de éstas a la vez y tramitables en una de las opciones procesales reguladas para este fin; si la tutela es ejecutiva, el petitorio estará constituido por una pretensión ejecutiva: dativa, transformativa o conservativa contenida en un título ejecutivo, tramitable en

el proceso único de ejecución. Y, por último, si la tutela solicitada es de naturaleza cautelar, el petitorio sólo puede ser el dictado de una resolución cautelar para futura ejecución forzada, para adelantar en todo o en parte la pretensión principal, para la transformación de la situación fáctica o jurídica que lesiona el interés jurídico objeto de la pretensión principal o, finalmente, para mantener la situación jurídica existente mientras dure el proceso como garantía de realización de la sentencia a dictarse en el proceso principal, contenida en el aforismo latino: *litis pendente nihil innovatur.*

2.5. Fundamentación fáctica

La fundamentación fáctica tiene por finalidad presentar al juez la reconstrucción procesal de los hechos que deben ser expuestos en forma precisa, ordenada y clara para sustentar el petitorio.

Los hechos, tal como ocurrieron en la realidad no pueden ser reproducidos plenamente en el proceso, sólo puede lograrse una reconstrucción formal y procesal; sin embargo, en el proceso debe exponerse los hechos esenciales y determinantes que sustenten el petitorio, los cuales deben estar debidamente respaldados por el causal probatorio idóneo y suficiente.

La fundamentación y confirmación de los hechos con los medios de prueba, por lo demás, es un presupuesto necesario para examinar, oportunamente, su necesaria correspondencia con los componentes fácticos de las normas legales a aplicarse.

2.6. Fundamentación jurídica

La norma procesal del Perú exige la exposición de los fundamentos jurídicos y no únicamente la mención de las normas legales. Desde esta perspectiva, los fundamentos a desarrollar en la demanda son de tres tipos: legales, jurisprudenciales y doctrinarios.

2.6.1. Los fundamentos legales

Pueden ser clasificados en constitucionales, procesales y sustantivos o de fondo; los primeros aluden a las garantías judiciales conformantes del

derecho al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva; los segundos aluden a las normas de competencia, capacidad procesal, legitimación e interés para obrar, la viabilidad de determinada opción procesal, todos los cuales están referidos a los presupuestos procesales. Las normas legales de fondo o sustantivas hacen alusión a la naturaleza de la pretensión postulada y el por qué son aplicables en el caso en cuestión, es decir, no debe limitarse a su sola mención, sino efectuar una explicación sucinta de su pertinencia.

Esta exigencia es un requisito de admisibilidad de la demanda, sin embargo, es al juez a quien corresponde aplicar la norma legal pertinente, independientemente de su invocación por el actor, en aplicación del aforismo latino *iura novit curia*.

2.6.2. Fundamento jurisprudencial

De otro lado, dentro de la fundamentación jurídica es aconsejable invocar la jurisprudencia uniforme y reiterada de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional sobre la naturaleza de la pretensión postulada; particular invocación merecen los precedentes judiciales por tener carácter vinculante.

2.6.3. Fundamentos doctrinarios

Finalmente, es aconsejable citar la doctrina nacional y extranjera que explican aspectos no regulados de modo integral en la legislación; de este modo, se facilita al juez la comprensión de las particularidades de la pretensión postulada o de su resistencia.

2.7. Ofrecimiento de los medios probatorios

Los medios probatorios son ofrecidos por las partes en los actos postulatorios, con las excepciones dispuestas en el CPC; la pertinencia de los medios probatorios exige que éstos estén referidos a los hechos y a la costumbre cuando ésta sustenta la pretensión; de otro modo, el medio probatorio es declarado improcedente por el juez.

El ofrecimiento del mérito del medio probatorio requiere que el actor explique su pertinencia, en tal sentido, debe señalar que hecho es el que acredita con cada medio de prueba. Tratándose de la declaración de parte, debe acompañarse como documento anexo a la demanda, las posiciones, en sobre cerrado. En el caso de la declaración de testigos, el demandante debe especificar el hecho o hechos controvertidos respecto de los cuales declarará el testigo.

Los medios probatorios requerirán de actuación cuando se necesite recabar el contenido de una declaración de parte o de testigos y cuanto se hubiere formulado tacha contra documentos y testigos u oposición contra una declaración de parte, una exhibición, una pericia o una inspección judicial.

2.8. Anexos

En esta parte de la demanda, se anexan documentos de carácter administrativo y de identificación. Los anexos van identificados con el número del escrito y una letra del alfabeto si éstas son superadas por el número de anexos, tendrá que repetirse las letras del alfabeto las veces que sean necesarias.

El documento nacional de identidad es un requisito de admisibilidad que debe anexarse a la demanda, así como el documento que acredite la representación de persona jurídica, de menor de edad y de discapacitados.

Otro anexo importante es el comprobante de pago del arancel judicial por ofrecimiento de medios de prueba, cuyo valor es fijado al inicio del año judicial y en función a determinadas Unidades de Referencia Procesal equivalente al diez por ciento de la Unidad Impositiva Tributaria. Se anexa asimismo el comprobante de pago por derecho de notificación. En esta parte, los medios probatorios van como anexos, únicamente mencionados sin ninguna explicación sobre su contenido.

Finalmente, la demanda debe estar firmada por el demandante y autorizada el abogado patrocinante y hábil para el ejercicio de la profesión.

El único caso en el que no se requiere de la firma de un abogado es en el proceso de alimentos.

3. EL EMPLAZAMIENTO

Es el acto jurídico procesal por el cual se comunica al demandado la existencia de un proceso en su contra para que asuma la postura que más convenga a su interés que puede ir desde una posición de inactividad hasta una postura de resistencia activa.

El emplazamiento ocurre luego de que el juez califica positivamente la demanda, da por ofrecidos los medios probatorios contenidos en ella y ordena su traslado para que el demandado comparezca al proceso. Este trascendental acto se hace mediante cédula que se entrega en el domicilio real del emplazado.

Si el demandado no se encontrare en el lugar señalado en la demanda, su emplazamiento se hace mediante exhorto a la autoridad judicial de la localidad en que se encuentre. El plazo para contestar la demanda se incrementa conforme al cuadro de distancias aprobado por el Consejo Ejecutivo del Poder Judicial.

El emplazamiento de quien se halla fuera del país se hace por medio de exhorto librado a las autoridades nacionales del lugar más cercano donde domicilie.

Si los codemandados se hallaren en juzgados de competencia territorial diferente, el plazo del emplazamiento será para todos el que resulte mayor, sin atender al orden en que las notificaciones fueron practicadas.

Si los demandados son personas indeterminadas o inciertas, el emplazamiento deberá comprender a todos los habilitados para contradecir y se hace por medio de edicto, conforme, bajo apercibimiento de nombrárseles curador procesal.

El emplazamiento del demandado con domicilio desconocido se hace mediante edicto, bajo apercibimiento de nombrársele curador procesal.

El apoderado del demandado podrá ser emplazado si tuviere facultades para ello y siempre que el demandado no se hallara en el ámbito de competencia territorial del juzgado.

Finalmente, es importante señalar que el plazo de emplazamiento en ningún caso es mayor de sesenta días, si el demandado se encuentra en el país, ni mayor de noventa, si estuviese fuera de él o se trata de persona indeterminada o incierta.

4. EFECTOS DEL EMPLAZAMIENTO

Los efectos del emplazamiento son cuatro. El primero de ellos es el que garantiza el otorgamiento de la tutela jurisdiccional por el juez natural, aunque posteriormente se produzcan determinadas variaciones por situaciones previstas en la ley. El segundo efecto es la fijación del petitorio porque contra éste el demandado formulará resistencia y eventualmente la postulación de una nueva pretensión vía reconvención. El tercer efecto del emplazamiento es la imposibilidad de iniciar otro proceso con el mismo petitorio; si esto ocurriera, la excepción de pleito pendiente cancelaría este intento. Por último, el emplazamiento válido interrumpe el recurso del plazo de la prescripción extintiva.

5. INEFICACIA DE LA INTERRUPCIÓN

La interrupción de la prescripción extintiva queda sin efecto: a) por abandono del proceso, b) si el demandante se desiste del proceso y, c) si al declararse la nulidad del proceso, se incluye la nulidad de la notificación del auto admisorio de la demanda.

PARTE II
EN CUANTO SE RELACIONAN CON LA AUTORIDAD

LECCIÓN 8

LA JURISDICCIÓN

SUMARIO

1. La equivocidad del vocablo *jurisdicción*
2. Las funciones que cumple el Estado
   2.1. La comparación de las distintas funciones del Estado
      2.1.1. La jurisdicción y la legislación
      2.1.2. La jurisdicción y la administración
3. El concepto y los elementos de la jurisdicción
4. Los actos llamados *de jurisdicción voluntaria*

1. LA EQUIVOCIDAD DEL VOCABLO *JURISDICCIÓN*

La voz *jurisdicción* es otra de las tantas que se utilizan equívocamente en el ámbito del derecho, provocando notable desconcierto entre los juristas y haciendo imposible un adecuado diálogo entre ellos. En cualquier obra jurídica se ve el empleo de la voz *jurisdicción* para referir a varios fenómenos que poco y nada tienen que ver entre sí: a) indica el ámbito territorial en el cual el Estado ejerce su soberanía; b) señala el territorio en el cual cumple sus funciones un juez; c) muestra el conjunto de prerrogativas de un órgano del poder público (legislativo, ejecutivo y judicial); d) refiere a la aptitud que tiene un juez para entender en una

determinada categoría de pretensiones y, por fin, e) tipifica la función de juzgar.

Fácilmente puede comprenderse que esta equivocidad terminológica, proveniente de designar con un mismo nombre a diferentes fenómenos que se exteriorizan en la vida jurídica, es altamente disvaliosa y posibilita que se critique al derecho mediante la afirmación de su carácter acientífico. Para evitar todo ello, parece imprescindible armonizar y sistematizar el contenido de los vocablos de uso técnico, asignándoles un significado preciso. Y así, no habrá que utilizar la palabra *jurisdicción*, sino *competencia territorial*, *soberanía*, *prerrogativas*, etc., cuando se trate de mencionar fenómenos jurídicos ajenos a la función estatal propiamente dicha que desde antaño es conocida con esta denominación.

2. LAS FUNCIONES QUE CUMPLE EL ESTADO

La comprensión de este tema resulta esencial para entender cualquier exposición que verse sobre el derecho procesal. Inicialmente, debe tenerse presente que, a un nivel de absoluta lógica racional, el Estado obtiene el logro de sus fines mediante el cumplimiento adecuado de tres funciones que pueden caracterizarse *a priori* con facilidad: la *legislativa*, la *administrativa* y la *jurisdiccional*. A esta distinción primaria obedece la creación y la separación de poderes efectuada por el constituyente: Legislativo, Ejecutivo y Judicial. Aunque a primera vista parezca que existe una perfecta correspondencia entre *cada función* y *cada Poder*, ella no se presenta en la vida jurídica: salvo el caso del Poder Ejecutivo, *que no puede ni debe efectuar tarea jurisdiccional*, cada una de las funciones mencionadas es cumplida (aunque a distintos niveles) de modo concurrente por cada uno de los Poderes que actúan en el Estado organizado constitucionalmente. En efecto: en la Argentina, por ejemplo:

a) la función *legislativa* es cumplida: 1) por el Poder Legislativo, a cuyo exclusivo cargo está la *sanción* de la ley en sentido formal; 2) por el Poder Ejecutivo, a cuyo exclusivo cargo está la *promulgación* de la ley formal y la reglamentación, mediante *decretos*, de las leyes del congreso

por el Poder Judicial, a cuyo exclusivo cargo está el emitir *acordadas* con carácter de norma general y *fallos plenarios*, con carácter de norma vinculante para ciertos jueces;

b) la función *administrativa* es cumplida, también por *decretos*: 1) primordialmente por el Poder Ejecutivo; 2) también por el Poder Legislativo, v. gr., al sancionar a sus miembros y 3) también por el Poder Judicial, v. gr., al designar a su propio personal;

c) la función *jurisdiccional* es cumplida: 1) primordialmente por el Poder Judicial en todas sus sentencias; 2) también por el Poder Legislativo en el exclusivo caso del *juicio político*; 3) pero no puede ni debe ser ejercida por el Poder Ejecutivo.

De este inventario de funciones surge la necesidad de establecer con claridad en qué consiste la *esencia* de la actividad que concretamente desempeñan los diferentes Poderes, que en obvia tarea de *cogobierno* realizan mediante *leyes*[97] (acto exclusivo del Poder Legislativo); *decretos*[98] (acto que primordialmente realiza el Poder Ejecutivo) y *sentencias*[99] (acto que primordialmente realiza el Poder Judicial y que no debe efectuar el Poder Ejecutivo).

Los tres actos recién mencionados representan los distintos modos por los cuales se expresa el Estado para regular la convivencia de sus integrantes. De ahí la importancia de efectuar una adecuada comparación entre ellos para delimitar correctamente en qué consiste la actividad jurisdiccional: sólo así el intérprete sabrá con certeza cuándo ésta existe como tal a fin de otorgarle al acto respectivo los efectos que le corresponden y de determinar exactamente cuáles son los medios concedidos por la ley para impugnarlo. El tema es de capital importancia en la mayoría de los ordenamientos legales, en los cuales no sólo se utiliza polivalentemente

97 En términos sencillos de comprensión del problema, cabe señalar que la ley dice *qué hay que hacer.*

98 El decreto regula el control necesario de ejercer para *que se haga lo que hay que hacer*, expresando su cómo, cuándo, dónde, etcétera.

99 La sentencia dice *qué hay que hacer cuando no se hizo lo que había que hacer.*

el vocablo jurisdicción, sino que también, y esto es grave, no se delimita de modo perfecto y acabado la *esencia de la actividad*, cosa que permite afirmar desde el propio texto de la ley, y por ejemplo, la existencia de una *jurisdicción administrativa*, en la cual insisten particularmente numerosos juristas cuando definen la tarea que cumple el Poder Ejecutivo al resolver los conflictos que él sostiene con sus administrados.

2.1. La comparación de las distintas funciones del Estado

2.1.1. La jurisdicción y la legislación

La labor de comparar la función legislativa (*ley*) con la función jurisdiccional (*sentencia*) es sencilla y sus radicales diferencias surgen obvias y rápidamente: a) la *ley* se presenta siempre con la característica de ser *general* (rige para todos o para muchos que ostentan idéntica condición), *previa* (se dicta *a priori*, regulando conductas que habrán de cumplirse en el futuro), *abstracta* (la conducta impuesta por la ley no tiene destinatarios predeterminados) y *autónoma* (su fuerza obligatoria emana del carácter soberano del que se halla investido el órgano que la sanciona), en tanto que la sentencia ostenta caracteres diferentes pues es *particular* (rige sólo para quienes intervinieron en el proceso), *posterior* (se dicta siempre después, *a posteriori*, sancionando conductas que se cumplieron en el pasado), *concreta* (la conducta impuesta por la sentencia tiene destinatarios determinados) y *complementaria* (pues su fuerza obligatoria proviene de la ley). Tales diferencias explican por qué *ley* y *sentencia* nunca han sido confundidas por la doctrina, a pesar de que ambas son *normas jurídicas*.

2.1.2. La jurisdicción y la administración

No ocurre cosa semejante a lo visto en el punto anterior en la tarea de comparar la función jurisdiccional (*sentencia*) con la función administrativa (*decreto*). Buscando las diferencias esenciales entre ambas actividades, se han sostenido las más variadas teorías, que pueden clasificarse

inicialmente en tres grandes grupos en orden a sus enfoques *material* o *formal* del tema.

a) El criterio *material* se justifica doctrinalmente con la referencia: 1) al *contenido* u *objeto del acto*: el acto jurisdiccional se identifica por constituir una decisión sobre un conflicto de derechos o por ser una comprobación de la existencia o inexistencia de un pretendido derecho subjetivo; 2) a la *finalidad del acto*: la administración busca la utilidad estatal en tanto que la jurisdicción procura el mantenimiento del sistema y del orden jurídico; 3) a la *estructura del acto*: partiendo de su carácter complejo, se lo define como la comprobación de que ha sucedido o no una violación de la ley o de la situación jurídica a fin de imponer la consecuente sanción prevista por la ley.

b) El criterio *formal* ostenta también un triple enfoque: 1) ve el dato distintivo del acto jurisdiccional en la *organización del oficio judicial*: concibe a la jurisdicción como una actividad del órgano. Es el punto de partida de Kelsen, para quien el rasgo característico de la jurisdicción es la ausencia de subordinación del órgano que realiza la actividad; 2) atiende al *específico procedimiento que precede a la sentencia*: el juez no puede sentenciar sin tramitar previamente un procedimiento regulado y establecido con el fin de dar carácter contradictorio al debate; 3) destaca la *fuerza atribuida a la sentencia*: el fallo judicial tiene carácter de verdad legal.

Por cierto, esta sucinta síntesis no agota las posiciones doctrinales, que casi son tantas como autores se ocupan de tratar el tema. Así, a título de ejemplo y encuadrando o no en lo precedentemente afirmado, se ha dicho que la jurisdicción es a) la actuación del derecho objetivo; b) el acto en el cual predomina el juicio sobre la voluntad; c) la función soberana cuyo objeto es establecer si en un caso concreto es aplicable o no determinada norma jurídica; d) la potestad estatal de aplicar el derecho objetivo a casos concretos; e) el poder público que una rama del gobierno ejerce al instruir un proceso para esclarecer la verdad de los hechos que afectan al orden jurídico, actuando la ley en la sentencia y haciendo que ella sea cumplida; f) la facultad conferida al Poder Judicial

para declarar el derecho, aplicarlo o hacerlo cumplir; g) la actividad con la cual el Estado procura directamente la satisfacción de los intereses tutelados por el derecho, cuando por inseguridad o inobservancia no se realiza la norma jurídica que los tutela; h) la resolución sobre pretensiones jurídicas; i) la actividad del Estado de formular y hacer actuar prácticamente la regla jurídica concreta que por fuerza del derecho vigente disciplina determinada situación jurídica; j) el cumplimiento de la actividad de procesar; etcétera.

A nuestro juicio, la teoría –presentada con leves variantes entre los autores que la sustentan– que más se acerca a la tipificación de la esencia de la función, es la que ve en la jurisdicción una clara *sustitución de la actividad privada por la pública.* Tal sustitución se opera *en la sentencia* y, eventualmente, en su *ejecución.* Allí, la autoridad, que es *neutral* –ni uno ni otro– resuelve el litigio de un modo *alterutral* –uno y otro al mismo tiempo– colocándose en la posición de cada uno de los contendientes para conocer qué es lo que ocurrió en el pasado a fin de establecer cuál fue la conducta cumplida para subsumirla luego en el tipo contenido en la norma legal. Además, tal sustitución opera también y eventualmente *en la ejecución coactiva del mandato impuesto en la sentencia*, si el condenado no cumple espontáneamente la conducta ordenada, se hace efectiva por medio de un acto de fuerza. De tal modo, se afirma que la sustitución opera a un doble nivel: *intelectivo* y *volitivo*, con causa en la necesidad social de solucionar un conflicto intersubjetivo de intereses.

Lo que interesa remarcar fundamentalmente acerca de esta teoría es que parte de la base de un *litigio* (hace a su existencia lógica que se presente como mínimo entre dos sujetos, ver la Lección 1), cuyos afectados son sustituidos por la autoridad (tercer sujeto), con lo cual muestra un fenómeno jurídico *que reúne necesariamente a tres sujetos* diferentes para poder arribar a su solución. En otras palabras, la actividad de procesar y su objeto, el acto jurídico *sentencia supone por esencia la contemporánea presencia de tres sujetos determinados* o, al menos, uno de ellos *determinable.*

No ocurre otra cosa igual en todo el orden jurídico. Adviértase que la tarea de legislar supone la actividad de un sujeto determinado (el

legislador) y la generalidad abstracta de sujetos indeterminados que, cada uno individual y eventualmente, encuadrará o no en la norma que se cree. Repárese también en que la tarea de administrar supone la actividad de un sujeto determinado (el administrador) y de otro sujeto indeterminado, determinado o determinable (el administrado): en cada uno de ambos casos existen claramente *dos sujetos*, indeterminados, determinados o determinables, pero *solamente dos.* De tal forma, y por ahora, el razonamiento lógico se conforma plenamente con la explicación dada: la esencia de la actividad jurisdiccional, que la tipifica de modo inconfundible por ser irrepetible en el Derecho, es la sustitución que cumple la autoridad respecto del intelecto y de la volición de los particulares en conflicto. Sin embargo, la doctrina generalizada insiste en que no siempre hay actividad de sustitución en la etapa de ejecución del mandato contenido en la sentencia, pues existen supuestos en los cuales tal ejecución no puede ser cumplida sino por la propia autoridad (por ejemplo, la ejecución penal). Y así, se llega a afirmar que la ejecución en sí misma es tarea administrativa y no jurisdiccional, con lo que se vuelve al punto de partida, pues si la esencia de la función se halla sólo en la sustitución intelectual, la teoría deja sin explicar otro fenómeno de la mayor importancia en el mundo jurídico moderno: el *arbitraje privado.* Para comprender el problema que la cuestión genera es imprescindible abordar en forma previa el siguiente tema.

3. EL CONCEPTO Y LOS ELEMENTOS DE LA JURISDICCIÓN

Se acepta mayoritariamente que la jurisdicción *es la facultad que tiene el Estado para administrar justicia en un caso concreto por medio de los órganos judiciales instituidos al efecto.* Para que tal facultad pueda ser cumplida adecuadamente, se reconoce desde antaño que el ejercicio de la función admite ser descompuesto en los siguientes *elementos* (o atribuciones concurrentes de los jueces): a) *Notio*: es la facultad para conocer de una determinada cuestión litigiosa; b) *Vocatio*: es la facultad para compeler (en rigor, para generar cargas) a las partes para que compa-

rezcan al proceso; c) *Coertio*: es la facultad de emplear la fuerza pública para el cumplimiento de las medidas ordenadas *dentro* del proceso, a fin de hacer posible su desenvolvimiento: se ejerce sobre personas y cosas; d) *Judicium*: es la facultad de resolver el litigio con el efecto propio del caso juzgado; e) *Executio*: es la facultad de ejecutar, mediante el uso de la fuerza pública, la sentencia no acatada espontáneamente por las partes, a fin de no tornar meramente ilusorias las facultades antes mencionadas.

Si se lee con atención lo precedentemente escrito, puede advertirse que, al igual que lo afirmado respecto de la *acción procesal*, el concepto de jurisdicción recién enunciado constituye una aceptable, pero errónea (no solamente el Estado puede administrar justicia) e insuficiente descripción para singularizar la esencia del fenómeno jurídico que se intenta definir (los órganos judiciales no son los únicos que ejercen actividad jurisdiccional y, por otra parte, las palabras *administrar justicia* nada dicen por sí mismas).

Para lograr la tipificación inconfundible que se propicia en toda esta obra y que a nuestro juicio aún no se ha logrado sino en forma parcial por la doctrina autoral, proponemos el análisis de la actuación de la autoridad que interviene como tal en un proceso incoado para lograr la resolución de un afirmado conflicto en el plano de la realidad social. En tal tarea, puede verse con toda facilidad que la actividad de la autoridad ostenta dos niveles perfectamente diferenciados: el primero, se relaciona de modo exclusivo con el comportamiento que ante ella tienen las partes en litigio (actividad de procesar); el segundo, se refiere de modo exclusivo al comportamiento que, en la realidad del pasado, originó el afirmado conflicto de intereses (actividad de sentenciar). Aceptado ello, se admitirá también que la autoridad (por ahora referimos sólo al juez) se conduce efectivamente de manera distinta según se trate de dirigir el proceso (*procesar*) o de resolver el litigio (*sentenciar*). En efecto: durante el proceso, el juez es un *sujeto receptivo*: *recibe* las instancias (afirmativa y negativa), *recibe* los medios de confirmación aportados por las partes y *recibe* sus alegaciones acerca del mérito confirmatorio de tales medios. Su papel puede variar desde una extrema pasividad hasta una plena ac-

tividad instructoria, pero siempre es *receptivo*: al procesar, el juez es sólo el destinatario de las instancias de los contendientes.

Pero cuando llega el momento de sentenciar, ocurre algo por completo diferente: de *sujeto receptivo* pasa a ser *sujeto emisor*: en la sentencia, el juez funda y brinda un criterio que tiene el carácter de mandato; y así, quienes hasta ese momento eran *emisores* –las partes– ahora se convierten en *receptores*. De tal modo, el juez actúa mediante dos verbos diferentes: *recibe* durante el procesar y *da* o *emite* al sentenciar. Y a menos que en idioma castellano pueda sostenerse sensatamente que las actividades de dar y recibir son idénticas –lo cual es un dislate–, habrá que concluir que, por ser cosas diferentes, no deben ser mencionadas mediante una misma y sola denominación; así, habrá que dar el nombre de jurisdicción a la simple tarea de procesar o a la sola tarea de sentenciar o, como fenómeno complejo, a la suma total de ambas actividades.

Briseño Sierra otorga al vocablo *jurisdicción* el solo contenido de procesar, excluyendo de él a la actividad de sentenciar; congruente con ello, *la sentencia no es un acto del proceso.* Y no lo es, tal como se verá en la Lección 23. Otros autores, en cambio, se limitan a ignorar el problema y, sin prestar atención a las distintas actividades cumplidas en la realidad, afirman que *la sentencia es el acto jurisdiccional por excelencia.*

Antes de continuar, retomamos el tema dejado inconcluso al terminar el número anterior: toda la actual concepción del fenómeno jurisdiccional no explica el *arbitraje privado.* La cuestión no parece baladí: una observación atenta de la realidad jurídica de todos los tiempos, pero con singular importancia en la época contemporánea, muestra que un número más que considerable de litigios (originados en conflictos nacidos del tráfico comercial internacional o propios del comercio nacional, pero en los cuales una de las partes interesadas es una gran empresa a cuyos directivos no interesa la inevitable trascendencia pública del proceso judicial, etcétera) son sustraídos de la órbita estatal; y así, en lugar de tramitarlos ante los jueces establecidos al efecto por los distintos Estados, los derivan hacia el *arbitraje privado*, con elección por las partes no sólo de la figura del juzgador, sino también de los trámites, medios de impugnación, et-

cétera. Creemos que es ocioso insistir sobre el fenómeno descrito: todo abogado litigante sabe a ciencia cierta la exactitud de esta afirmación y la magnitud que ha alcanzado la tarea arbitral en los últimos años.

Tan vasto e importante tema es ignorado por la doctrina cuando se trata de singularizar la actividad que analizamos. Y esta actitud peca gravemente por defecto, pues para definir el fenómeno jurisdiccional no resulta suficiente la simple remisión al estudio de una de las funciones del Estado y su posterior comparación diferenciadora con el resto de las funciones que éste cumple para el logro de sus fines pues, como ya se ha visto, no siempre son órganos públicos los llamados por los interesados para resolver sus conflictos.

Atendiendo a lo expuesto, resulta evidente que toda tarea de conceptuar que –partiendo de la distinción óntica entre acto administrativo y acto jurisdiccional– asigne éste de modo excluyente al Estado y, al mismo tiempo, niegue este carácter a la pura ejecución, no condice con la realidad jurídica imperante. De tal modo, para singularizar inconfundiblemente la actividad jurisdiccional en el plano en el cual se desenvuelve la corriente doctrinal mayoritaria, que se maneja exclusivamente con lo que podría llamarse *criterio tradicional*, no debe concretarse a mostrar lo *judicial* diferenciado sólo de lo *administrativo*, sino también de lo *arbitral*. De ello se deriva importante conclusión: para definir la esencia de la actividad jurisdiccional habrá de tenerse en cuenta que ella es la que cumple *siempre* la autoridad *con motivo de un proceso* (y no de un procedimiento), sustituyendo *intelectiva* (acto de sentencia) y *volitivamente* (acto de ejecutar lo sentenciado) la actividad de los particulares.

Claro está que, desde esta óptica, *la ejecución integra el concepto de jurisdicción* y que ella, como función, *es exclusiva del Estado* (toda vez que los árbitros no pueden ejecutar sus laudos en razón de que su carácter de particulares les veda el uso de la fuerza al efecto).

Recurrentemente: la *actividad jurisdiccional* consiste en procesar, eventualmente sentenciar y, también eventualmente, ejecutar lo sentenciado. La utilización de la palabra *eventualmente* en el concepto recién

dado obedece a una clara realidad: no todo proceso termina en sentencia ni toda sentencia en ejecución. Por lo contrario, más de las tres cuartas partes de los asuntos justiciables terminan por puros medios autocompositivos (de donde resulta que la sentencia no es el modo *normal*, sino *anormal de* terminación de un proceso). De la misma forma, no toda sentencia requiere ser ejecutada: antes bien, gran número de ellas se acatan y cumplen espontáneamente.

4. LOS ACTOS LLAMADOS *DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA*

Siguiendo a la tradición española, todos los códigos procesales civiles del continente legislan acerca de los *actos de jurisdicción voluntaria*, sobre cuya verdadera naturaleza jurídica han polemizado circularmente los autores desde antaño.

La mayor parte de ellos afirma que no *son jurisdiccionales*, so pretexto de que no son resolutivos de conflictos intersubjetivos de intereses, ni *voluntarios*, toda vez que no depende de la voluntad del particular el utilizar o no la respectiva instancia. De ahí que solitaria doctrina haya propuesto darles la denominación de *actos de competencia necesaria* ya que, sin ostentar la esencia de la actividad jurisdiccional, encuadran en la competencia judicial por expresa atribución legal y son de tránsito imprescindible en ciertos y determinados casos. Una posición autoral minoritaria otorga a estos actos un auténtico carácter jurisdiccional, en razón de que siempre giran alrededor de una contienda *actual* o *potencial* y de que, por lo menos para el actor, alcanzan el efecto propio del caso juzgado.

En rigor de verdad, la razón y la sinrazón se hallan en ambas posiciones.

Es cierto que numerosas leyes derivan a la actuación judicial el realizar ciertos actos que no por tal razón pierden su esencia administrativa. Por ejemplo: a partir del nacimiento de un hijo, el padre tiene cierto plazo para efectuar por sí mismo la respectiva anotación en el registro de

las personas; pero después de su vencimiento, ya no puede lograr por sí tal inscripción, sino que requiere que la orden del caso la emita un juez. A tal efecto, debe realizar un *acto de jurisdicción voluntaria*.

Conforme con la explicación dada en el punto 2 de esta Lección, la actividad que se cumple respecto del ejemplo dado muestra un *simple procedimiento administrativo* que vincula exclusivamente a dos sujetos –quien insta y la autoridad– y no un verdadero proceso como fenómeno jurídico único que relaciona a tres personas. En otras palabras: de acuerdo con lo afirmado antes en esta Lección, parece obvio aceptar que no todas las tareas que cumplen los jueces ostentan el carácter jurisdiccional, del mismo modo que no todas las que realiza el Poder Legislativo se concretan a la exclusiva sanción de la ley. Ambos pueden realizar y realizan actividad administrativa. Y esta es la esencia de la mayoría de estos actos en estudio, que generan *simples procedimientos*.

Y referimos a la *mayoría* y no a *todos* los actos legislados con este carácter, en razón de que muchos de ellos implican un auténtico conflicto entre la sociedad como tal (o la ley) y el particular. Por ejemplo: conforme con la ley, los padres carecen de un derecho absoluto para poner cualquier nombre a sus hijos: están prohibidos los extravagantes, ridículos y contrarios a las costumbres nacionales, los que susciten equívocos respecto del sexo de la persona a quien se imponen y que sean de grafía extranjera salvo los castellanizados por el uso, etcétera. Para lograr la inscripción de un nombre que encuadre en alguno de tales supuestos –se supone la negativa del oficial público a efectuar la inscripción–, el interesado debe ocurrir a un juez, quien ordenará la tramitación de un verdadero proceso con la participación de un *contradictor* necesario que defenderá en su caso la vigencia de la ley: el representante del Ministerio Público, con la obvia facultad de poder oponerse irrestrictamente a la pretensión deducida y hacerla tramitar por todos los grados de conocimiento judicial –ordinarios y extraordinarios– que le permita el ordenamiento institucional.

Este fenómeno es diferente del anteriormente expuesto: aquí hay tres sujetos vinculados entre sí –quien insta, la autoridad y el fiscal– que permiten la formación de un verdadero proceso que, llegado el caso,

terminará en una sentencia con efectos propios del caso juzgado, razón por la cual la ejecución consistirá en la anotación que corresponda en el registro de las personas, no pudiendo ya negarse el oficial público que lo dirige.

Como ambos casos reseñados se hallan legislados bajo una sola y única denominación, insistimos en la necesidad de diferenciarlos adecuadamente para no caer en equívocos doctrinales acerca de la esencia de la actividad que se cumple en ellos. Para efectuar esta tarea, el intérprete no tiene otro camino que recurrir al propio texto de la ley, ya que siendo ella la atributiva de la competencia judicial en este tema, es la que encarga a los jueces el realizar ciertos actos administrativos que bien podrían cumplir otros funcionarios. Por ejemplo, advertimos que en algunos países la sucesión por causa de muerte escapa a la órbita judicial cuando median ciertas condiciones y, así, es tramitada ante escribanos públicos. De tal modo, habrá que investigar cómo se regula cada supuesto: si el legislador ordenó la presencia de un contradictor que asuma efectiva y realmente esa posición –tres sujetos– se tratará de un proceso que permitirá ejercitar una verdadera actividad jurisdiccional al sentenciar y ejecutar lo decidido.

Caso contrario, si el legislador prevé sólo la presencia de dos personas, se tratará de un procedimiento que generará una actividad esencialmente administrativa y que, llegado el caso, al igual que respecto de todo acto administrativo, podrá ser revisado a pedido de parte interesada por la vía del *proceso.* En otras palabras: un acto de esencia jurisdiccional (consecuencia de un proceso) sólo es impugnable por la vía del recurso y, agotada ésta, adquiere dos efectos importantes: la *ejecutoria* y la calidad de *caso juzgado.*

En cambio, un acto de esencia administrativa (consecuencia de un procedimiento, no de un proceso) es impugnable por la vía de la acción judicial, y antes de intentada ésta no puede adquirir la calidad de caso juzgado.

TEXTO DE CÁTEDRA*

LA JURISDICCIÓN

SUMARIO

1. Acepciones
2. Definición
3. Sobre la frase nominal administración de justicia
4. Elementos y poderes de la jurisdicción
5. Jurisdicción, legislación y administración
6. Relatividad del concepto

1. ACEPCIONES

Deriva del latín *iurisdictio, -ōnis,* que literalmente equivale a *decir el derecho* y *ejecutar lo juzgado*, según concepciones modernas.

El *Diccionario de la lengua española* contiene seis acepciones sobre el término *jurisdicción:* 1) poder o autoridad que tiene alguien para gobernar; 2) poder que tienen los jueces y tribunales para juzgar y hacer ejecutar lo juzgado; 3) término de un lugar o provincia; 4) territorio en que un juez ejerce sus facultades de tal; 5) autoridad, poder o dominio sobre otro; 6) territorio al que se extiende.

De las seis acepciones que contiene el *Diccionario de la lengua española* editado por la RAE, sólo la segunda está referida a la función judicial y, en esencia, es la acepción contenida en el artículo 117.3 de la Constitución española "El ejercicio de la potestad jurisdiccional en todo

---

* Por el profesor Carlos Antonio Pérez Ríos.

tipo de procesos, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado, corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales determinados por las leyes, según normas de competencia y procedimiento que las mismas establezcan".

En la Constitución Política peruana, el término *jurisdicción*, en lo esencial, es coincidente con las acepciones del *Diccionario de la lengua española*. Son tres las orientaciones semánticas del texto constitucional, veamos:

Primera acepción: como área geográfica o ámbito en el cual una autoridad ejerce sus funciones administrativas: artículos 31, 74, 197 y 13.ª Disposición Transitoria y Final; ejemplo:

"Las Regiones Policiales son unidades orgánicas cuya jurisdicción se encuentra constituida por el ámbito geográfico de un departamento, con excepción de las Regiones Policiales de Lima y Callao. Están a cargo de Oficiales Superiores de Armas en situación de actividad en el grado de coronel, quienes tienen responsabilidad administrativa y operativa en su jurisdicción policial. Dependen de las Macro Regiones Policiales. (artículo 22 del Decreto Legislativo 1267 Ley de la Policía Nacional del Perú)

Segunda acepción: como ámbito territorial en el que el Estado ejerce toda su soberanía, la plenitud de sus funciones en las que se incluye la función jurisdiccional: artículo 54.3.

Esta acepción la encontramos en el artículo 92.1.b. de la Ley N.º 27261, Ley de Aeronáutica Civil del Perú, en el que se establece que "la obtención de un permiso de operación internacional por parte de una empresa extranjera para la prestación del servicio de transporte aéreo internacional implica el sometimiento expreso a la jurisdicción peruana para toda cuestión que se derive de las actividades aeronáuticas a su cargo, efectuadas en territorio peruano".

Tercera acepción: Como potestad de impartir justicia: artículos 2 inciso 24, literal f, 63, 138, 139, 149 y 205. Se trata del poder específico de algunos órganos estatales para resolver los conflictos de intereses que son sometidos a su decisión. Esta es la acepción que genéricamente nos interesa, puesto que si bien diversos órganos del Estado resuelven

conflictos sólo un grupo determinado de estos expide resoluciones con autoridad de cosa juzgada.

Como puede inferirse, el término *Jurisdicción* no es exclusivo del Derecho Procesal. Las tres acepciones mencionadas gozan de respaldo lingüístico y constitucional; por tal razón, no podemos ser excluyentes y mucho menos asumir como única acepción válida la que se refiere a la función judicial.

No nos resulta grato aceptar la existencia de esta polisemia que se manifiesta en otras tantas categorías del derecho procesal como acontece con la noción de proceso, acción, título, etc. Esta diversidad conceptual del término, según Adolfo ALVARADO VELLOSO[100], resta carácter científico al derecho, por lo que sugiere que se armonice y sistematice el contenido de los vocablos de uso técnico, asignándoles un significado preciso. Propone que no se utilice la palabra *jurisdicción*, sino *competencia territorial*, *soberanía*, *prerrogativas*, etcétera, cuando se trate de mencionar fenómenos jurídicos ajenos a la función estatal de administrar justicia.

2. DEFINICIÓN

La potestad jurisdiccional presupone el poder-deber de otorgar tutela jurisdiccional a los justiciables desde el momento histórico en que el Estado expropió para sí la exclusividad de la función jurisdiccional, todo ello a partir de las formas auto y heterocompositivas de resolución de conflictos. Desde el momento en que el Estado prohibió la autodefensa, se obligó a resolver pacíficamente los conflictos intersubjetivos, asumiendo de este modo el ejercicio de la potestad jurisdiccional[101].

La jurisdicción es la función pública ejercida por los jueces como una obligación que nace de la soberanía popular para: resolver conflictos

100 ALVARADO VELLOSO, Adolfo: *Introducción al estudio del derecho procesal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004, p. 130.

101 ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, Sesator, Lima, 1981, p. 81.

intersubjetivos de intereses con mayor o menor predominio del interés público o privado; eliminar incertidumbres jurídicas, imponer penas a los transgresores de bienes jurídicos protegidos y asegurar de este modo la intangibilidad e integridad del ordenamiento jurídico con justicia y paz social. La jurisdicción implica el poder público de declarar el derecho, asegurar su eficacia y ejecutar lo juzgado.

El constituyente, al preceptuar en el artículo 138 de la Carta Fundamental peruana que la "potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por el Poder Judicial a través de sus órganos jerárquicos con arreglo a la Constitución y a las leyes", no ha hecho sino partir del reconocimiento democrático y primario de que el poder público de impartir justicia nace y se sustenta en la soberanía popular. Este precepto es central, definitorio.

Hernando Devis Echandía[102] define a la *jurisdicción* como la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial. Tiene por fin la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y la paz sociales, el fin de la jurisdicción se confunde con el fin del proceso en general, pero éste contempla casos determinados y aquella a todos en general.

En el Perú, el maestro Mario Alzamora Valdez explica que la jurisdicción incorporada a la soberanía del Estado es el poder que le corresponde para resolver los conflictos que se suscitan entre los particulares mediante la actuación de la ley[103].

Por su parte, el profesor Jorge Carrión Lugo define a la *jurisdicción* como "una función que ejerce el Estado por intermedio de los jueces integrantes de los organismos jurisdiccionales que componen el Poder Judicial, los que utilizando el proceso como instrumento, dirimen los conflictos de

102 Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984, t. I, p. 73.

103 Alzamora Valdez, *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, cit., p. 81.

trascendencia jurídica o resuelven las incertidumbres jurídicas que se les somete a su conocimiento y decisión mediante resoluciones que adquieren la categoría de cosa juzgada, susceptibles de ejecución en los casos en que la decisión final dispone el cumplimiento de una prestación"[104].

A su turno, el profesor Juan MONROY GÁLVEZ, coincidiendo con DEVIS ECHANDÍA, define a la *jurisdicción* como "El poder-deber del Estado, previsto para solucionar conflictos de intereses intersubjetivos, controlar las conductas antisociales (faltas o delitos) y también la constitucionalidad normativa, en forma exclusiva y definitiva, a través de órganos especializados que aplican el derecho que corresponde al caso concreto, utilizando su imperio para que sus decisiones se cumplan de manera ineludible y promoviendo a través de ellas una sociedad con paz social en justicia"[105].

Por nuestra parte, acotamos que el conflicto intersubjetivo de intereses vincula a personas, no exclusivamente individuales, concretas. Pueden ser parte del conflicto personas colectivas o jurídicas, de derecho privado o de derecho público. El bien jurídico lesionado, negado, incierto o amenazado puede presentar en determinados casos mayor predominio del interés público.

Por ello, la potestad jurisdiccional inherente al juez es el poder de identificar, interpretar e incluso, integrar la ley para aplicarla luego al caso concreto sometido a su decisión, con el fin de restablecer la paz social y otorgar seguridad jurídica.

3. SOBRE LA FRASE NOMINAL *ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA*

El artículo 138 de la Constitución Política del Perú al referirse a la jurisdicción utiliza la expresión "...administrar justicia..."; la misma que, es verdad, no define las manifestaciones concretas, específicas de la

104 CARRIÓN LUGO, Jorge, *Tratado de derecho procesal civil*, Grijley, Lima, 2000, t. I, p. 80.

105 MONROY GÁLVEZ, Juan, *Introducción al proceso civil*, Temis / De Belaúnde y Monroy, Santa Fe de Bogotá, 1996, t. I, p. 213.

función jurisdiccional. Prioriza la noción de gobierno y ejercicio de la autoridad o mando sobre el servicio de justicia en determinado territorio.

Sobre el particular, el jurista mexicano Héctor Fix Zamudio sugiere que la frase nominal *administración de justicia* sea sustituida por *impartición de justicia*; precisa que no se trata de un simple problema semántico, sino que, como lo señala un sector de la doctrina, esta última denominación posee una connotación liberal e individualista derivada de la concepción de los revolucionarios franceses, quienes consideraban de carácter secundario a la función jurisdiccional, en relación con el órgano legislativo, de manera que resaltaban los aspectos administrativos de la función jurisdiccional, que en la actualidad se refieren de manera esencial al gobierno y administración de la judicatura[106].

Compartimos el punto de vista de Fix Zamudio, porque, en efecto, la *impartición de justicia* constituye una actividad típica y un servicio que el Estado despliega y brinda a la sociedad para cuyo efecto ejerce actos de administración en pro de un servicio de justicia eficaz, eficiente, oportuno y justo. La expresión *impartición de justicia*, además, es connotativa e integradora de otras categorías o variables como *tutela jurisdiccional*, *debido proceso*, *gestión pública del servicio de justicia*, etcétera.

El acto de impartir justicia no es sino la manifestación concreta del ejercicio de la función jurisdiccional por los órganos legalmente constituidos.

4. ELEMENTOS Y PODERES DE LA JURISDICCIÓN

Históricamente, a partir del derecho romano-canónico de la Edad Media por obra de los glosadores y postglosadores, se menciona una serie de actividades concurrentes en la labor del juez se hablaba entonces de la *notio*, la *vocatio*, la *coertio*, el *iudicium* y la *executio*. En efecto, la doctrina

106 Fix Zamudio, Héctor, "La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional", en *Ius et Veritas*. Año V, N.º 8, Lima, 1994, p. 89; Monroy Gálvez, *Introducción al proceso civil*, cit., p. 230.

clásica[107] consideraba la jurisdicción integrada por los mencionados cinco elementos:

Notio de *notum*, conocer. Entendida como aquella facultad de los jueces para conocer la cuestión propuesta, la cual conlleva la determinación de su propia competencia y en general la concurrencia de los presupuestos procesales.

Vocatio de *vocatum*, llamar. Facultad que consiste en disponer la comparecencia de las partes y terceros de ser el caso y proseguir el proceso en rebeldía de alguna de las partes.

Coertio. Poder de constreñir al acatamiento del rito procesal a través del empleo de los medios necesarios para que se cumplan los mandatos judiciales. Los apremios, multas, entre otros, son expresiones de esta facultad.

Iudicium. Potestad de sentenciar o juzgar con efecto de cosa juzgada, es el elemento esencial de la jurisdicción.

Executio. Poder para hacer cumplir sus decisiones mediante el uso de la fuerza pública, otorgando así materialidad a los demás elementos constitutivos de la función jurisdiccional.

La doctrina moderna considera que la función jurisdiccional tiene a su servicio una serie de poderes que por sí mismos pueden pertenecer también a órganos extrajurisdiccionales; tales poderes son el poder de decisión, poder de coerción, poder de ejecución y poder de instrumentación.

a) *Poder de decisión.*

Permite al juez declarar la voluntad de la ley al caso concreto, con fuerza obligatoria, admiten o niegan la declaración solicitada, se pronuncian sobre la existencia o inexistencia del delito y la responsabilidad o absolución del procesado.

107 ALZAMORA VALDEZ, *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, cit., p. 88.

El juez se conduce de manera distinta según se trate de dirigir el proceso o de resolver el litigio. Mediante actos de dirección, el juez realiza una actividad predominantemente receptiva, como tal actúa como un sujeto receptivo: recibe las afirmaciones de las partes (demanda, contestación) recibe los medios de prueba aportados por ellas, recibe sus alegatos; su actitud oscila entre una mayor o menor actividad instructora. En el segundo momento su rol varía, se convierte en un sujeto emisor, en la sentencia el juez funda y brinda un criterio que tiene el carácter de mandato; de este modo, las partes, de emisores se convierten en receptores[108].

b) *Poder de coerción*

Por el cual el juez puede constreñir la voluntad ajena o emplear toda clase de apremios dentro del proceso, removiendo los obstáculos que se oponen al cumplimiento de su misión. Entre sus manifestaciones están las medidas de carácter disciplinario contra las partes, los funcionarios judiciales, testigos, peritos; las medidas preparatorias como las notificaciones, citaciones, emplazamientos, entre otras. Los artículos 52 y 53 del Código Procesal Civil peruano son expresiones normativas de esta potestad destinada a otorgar eficacia a la función judicial.

A veces, la coerción –en opinión de Devis Echandía– consiste en ciertas consecuencias jurídicas adversa, como tener por confeso a la parte que no concurre al interrogatorio en un proceso civil, o se niega a exhibir un documento y el tener la conducta de la parte como un indicio en otros casos[109].

c) *Poder de documentación*

Se fundamenta, según Manuel de la Plaza[110], "en la necesidad de acreditar fehacientemente los actos jurisdiccionales, dándoles permanencia y fijando, indeleblemente, el tiempo, el modo y cómo se desarrollan".

108 Cfr. Alvarado Velloso, *Introducción al estudio del derecho procesal*, cit., p. 137.

109 Devis Echandía, *Teoría general del proceso*, cit., t. I, p. 80.

110 Citado por Alzamora Valdez, *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, cit., p. 89.

La facultad de ordenar pruebas de oficio y en general todos aquellos actos orientados a la consolidación del caudal probatorio a efectos materializar los poderes de decisión y ejecución.

d) *Poder de ejecución*

Consiste en la potestad judicial de hacer cumplir sus propias decisiones; persigue imponer el cumplimiento de un mandato claro y expreso, sea que derive de una sentencia o de un título proveniente del deudor impregnado de mérito ejecutivo por mandato legal. En suma, ejecutar lo juzgado y lo dispuesto por ley o decisión arbitral.

La ejecución penal en el país está asignada a un organismo público descentralizado, el Instituto Nacional Penitenciario, dependiente del Ministerio de Justicia; no obstante, debe precisarse que tal actividad está sujeta a control jurisdiccional.

5. JURISDICCIÓN, LEGISLACIÓN Y ADMINISTRACIÓN

La jurisdicción es una de las tres grandes funciones y manifestaciones parciales de la actividad del Estado junto a la administración y la legislación; representadas y ejercitadas por su correspondiente órgano funcional.

El Estado como legislador dicta la ley, como administrador aplica la ley y en función jurisdiccional resuelve pretensiones discutidas, realiza pretensiones insatisfechas, dicta medidas asegurativas, conservativas y anticipatorios e impone sanciones.

Salvatore SATTA[111] considera que la división tripartida de las funciones (o de los poderes) quiere expresar solamente un principio político: esto es, que la organización de la sociedad se articula en varios momentos: uno es la manifestación de la voluntad en términos generales; el otro es la acción concreta (que en aquella voluntad generalmente expresada

111 SATTA, Salvatore. *Derecho procesal civil*, EJEA, Buenos Aires, 1971, t. III, pp. 290-291.

encuentra su razón y su legitimidad); el tercero es la afirmación de la voluntad general en el caso concreto. A estos tres momentos corresponden respectivamente, la legislación, la administración y la jurisdicción. Como perspectiva política (y también como realización histórica), no hay nada que objetar; pero la verdad es que la organización es infinitamente más compleja, y esto está demostrado por el hecho de que los escritores, al asumir aquella triada como un postulado se ven constreñidos a echar fuera otras manifestaciones organizativas en el uno o en el otro de los miembros, con esfuerzos tan grandes como vanos. (...) Lo importante en este esfuerzo organizativo, dice el profesor Satta, es la presencia de la jurisdicción. Quitada de en medio la idea de función, quitado de en medio el mismo Estado en la equívoca y peligrosa *entificación* que se hace de él, la jurisdicción (la justicia) expresa la afirmación del ordenamiento en el caso concreto, esto es, allí donde sólo la afirmación puede ser hecha.

La doctrina tradicional ha intentado caracterizar la función legislativa como creación jurídica y la función jurisdiccional como aplicación del derecho. Por otra parte, se sostiene que la creación o producción que es en esencia el acto legislativo, tiende a la elaboración de normas que se distinguen por su generalidad y su obligatoriedad, mientras que la función jurisdiccional a través de la sentencia es la aplicación del derecho[112] al caso concreto, en suma, un acto ejecutivo. Sin embargo, las funciones de estos órganos, en la realidad, no presentan tal rigidez demarcatoria, tal como lo veremos luego.

Hans Kelsen[113] ha demostrado la inexactitud de este punto de vista y ha sostenido que tanto en la legislación como en la jurisdicción se reúnen las dos actividades de aplicación y creación.

En los últimos tiempos, Norberto Bobbio ha sostenido que "los términos ejecución y producción son relativos, porque la misma norma puede ser considerada a un mismo tiempo, ejecutiva y productiva: eje-

112 Alzamora Valdez, *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, cit., p. 82.

113 Kelsen, Hans, *Teoría general del Estado*, Labor, Barcelona, 1934, p. 305; Alzamora Valdez, *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, cit., p. 82.

cutiva respecto de la norma superior y productiva respecto de la norma inferior. Las leyes ordinarias ejecutan la Constitución y producen los reglamentos. Los reglamentos ejecutan las leyes ordinarias y producen los comportamientos conformes a ellos. Todas las fases de un ordenamiento son a un mismo tiempo ejecutivas y productivas, con excepción de la que está en el grado más alto y de la que está en el grado más bajo. El grado más bajo está compuesto por actos ejecutivos, ya que estos son solo ejecutivos y no productivos. El grado más alto está constituido por la norma fundamental que, por lo tanto, es sólo productiva y no ejecutiva"[114].

En realidad, los órganos jurisdiccionales si bien tienen como función central, distintiva, prestar el servicio de justicia, también actúan como órgano de administración frente a sus trabajadores y en sus relaciones con los otros órganos de Estado; asimismo, en el ejercicio de su función jurisdiccional a menudo cumplen función legislativa cuando se ven obligados a efectuar integración de la norma legal, al ejercer control difuso de constitucionalidad de las leyes y al expedir precedentes vinculantes. Por su parte, el Poder Ejecutivo, además de los actos de administración que ejecuta como función central, también cumple función legislativa propia o delegada: en el primer caso, al expedir Decretos Supremos y Decretos de Urgencia; en el segundo, al expedir Decretos Legislativos. Del mismo modo, el Poder Ejecutivo, en el ámbito de su competencia, resuelve determinados conflictos intersubjetivos a través de procesos administrativo-disciplinarios y en los diversos tribunales administrativos. Lo propio también sucede con el Poder Legislativo al realizar funciones que originariamente son propias de los otros órganos y Poderes Públicos, como cuando juzga a sus funcionarios a través de procesos administrativo-disciplinarios o cuando realiza actos de administración o administrativos.

Dentro de esta posición, Lino Enrique PALACIO define al *acto jurisdiccional* en términos generales como "aquel mediante el cual un órgano del Estado (judicial o administrativo), a raíz de haber mediado un

114 BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho,* Temis, Bogotá, 2002, p. 163.

conflicto en cualquiera de las modalidades señaladas[115], expresa en forma indirecta y mediata (no espontánea) el contenido de un concreto proyecto comunitario, haciéndolo a través del dictado de una norma individual (sentencia, resolución administrativa o laudo) que declara la existencia de una facultad, de un deber o de un entuerto (incumplimiento del deber) y aplicando, en este último caso, una sanción"[116].

Corrobora lo afirmado la jurisprudencia establecida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, al establecer que la aplicación de las garantías del Debido Proceso no sólo son exigibles a nivel de las diferentes instancias que integran el Poder Judicial, sino que deben ser respetadas por todo órgano que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional; en este sentido, ha resuelto lo siguiente: "De conformidad con la separación de los poderes públicos que existe en el Estado de Derecho, si bien la función jurisdiccional compete eminentemente al Poder Judicial, otros órganos o autoridades públicas pueden ejercer funciones del mismo tipo (...). Es decir, que cuando la Convención se refiere al derecho de toda persona a ser oída por *un juez o tribunal competente*

115 Las *modalidades señaladas* explicadas por el propio autor son las siguientes: Puede ocurrir que dos o más miembros de la comunidad, o un órgano estatal y un ciudadano, en lugar de atenerse u observar en forma espontánea el proyecto de conducta comunitaria al que las normas se refieren, discrepen acerca de su verdadero alcance y asuman en consecuencia, proyectos individuales y contradictorios; en esta hipótesis surge un conflicto cuya solución requiere la intervención de ciertos órganos comunitarios a fin de evitar los riesgos y la inseguridad que entraña la autodefensa. Desaparece la asunción espontánea del proyecto y surge entonces la necesidad de que un órgano del Estado exprese, mediante el pronunciamiento de un fallo o de un laudo, cuál es el verdadero proyecto comunitario que resultó afectado a causa del conflicto.
Si ahora nos colocamos en el escenario de las relaciones que vinculan a los órganos administrativos con los ciudadanos, el proyecto comunitario puede expresarse en forma espontánea, directa e inmediata cuando el ciudadano no obstante serle desfavorable, acata la decisión del órgano explícita o tácitamente. Puede expresarse en forma indirecta o mediata cuando el administrado discrepa con la decisión del órgano administrativo y formula un reclamo ante un órgano administrativo superior que en definitiva expresará el contenido del proyecto y, en consecuencia, determine el alcance del derecho del administrado y del correlativo deber del órgano inferior.

116 Palacio, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, 18.ª edición actualizada. LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 85.

para *la determinación de sus derechos*, esta expresión se refiere a cualquier autoridad pública, sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por la razón mencionada, esta Corte considera que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8 de la Convención Americana".

Por ello –sostiene Lino Enrique Palacio– es que la mayor parte de la doctrina se atiene a las características que presenta el acto jurisdiccional en sí mismo, prescindiendo, o colocando en un plano secundario, a su aspecto orgánico o formal[117].

El poder estatal como expresión concreta de la soberanía popular es único y síntesis de múltiples determinaciones y por lo tanto unidad de lo diverso. Recorre transversalmente todas las funciones inherentes a su estructura con mayor o menor énfasis competencial en cada una de sus instituciones. No debemos olvidar, como bien lo enfatiza Salvatore Satta, que el ordenamiento no vive en lo abstracto, sino en lo concreto, y este carácter concreto está en todo momento en la acción humana que se le adecua, y en cuando se adecua. De aquí la inescindibilidad absoluta del ordenamiento y la acción, más simplemente la unidad del ordenamiento[118].

En tal sentido, la jurisdicción como expresión de la potestad estatal sustentada en el poder soberano del pueblo, si bien es ejercida de modo competencial preferente por el Poder Judicial traspasa estos linderos al expresarse y manifestarse, con determinadas particularidades y restricciones, también en instituciones administrativas y legislativas, teniendo como su principal limitación la imposibilidad de expedir resoluciones con autoridad de cosa juzgada.

117 PALACIO, *Manual de derecho procesal civil*, cit., p. 83.

118 SATTA, Salvatore. *Derecho procesal civil*, EJEA, Buenos Aires, 1971, t. I, p. 8.

No obstante, la constitución política y la legislación ordinaria, en modo alguno denominan jurisdicción a las decisiones de los órganos administrativos o legislativos mediante las cuales resuelven determinados conflictos sometidos a su decisión. Esta denominación está reservada exclusivamente a los órganos conformantes del Poder Judicial[119].

6. RELATIVIDAD DEL CONCEPTO

El concepto de *jurisdicción* está directamente ligado a la evolución de los mecanismos de resolución de conflictos, desde sus formas primarias hasta las más elaboradas, pasando por la autocomposición y llegando hasta las formas heterocompositivas, entre las que surge la figura del juez privado convertido posteriormente en juez público como órgano de la función jurisdiccional del Estado.

La exclusividad de la función jurisdiccional a cargo del Estado constituye uno de los momentos más trascendentales en la evolución del pensamiento jurídico y político europeo, lo cual no supone la negación de la existencia de otras formas de resolución de conflictos intersubjetivos de intereses, en continentes y sociedades distintas.

Del concepto de jurisdicción no se puede dar una definición absoluta, válida para todos los tiempos y para todos los pueblos, tal como acertadamente lo precisara Piero Calamandrei. No sólo las formas externas a través de las cuales se desarrolla la administración de la justicia, sino también los métodos lógicos del juicio, tienen un valor contingente, que no puede ser determinado sino en relación a un cierto momento his-

119 Fernando de la Rúa, sobre este tema alega que para evitar el error, el nombre jurisdicción no debiera ser aplicado a situaciones que sólo se asemejan en apariencia. Acota seguidamente que no le preocupa que se diga que un órgano administrativo, como el Banco Central, ejerce función jurisdiccional, siempre que se sepa diferenciar esta función de la que ejerce el Poder Judicial, comprendiendo bien que aquella debe ser controlable por la verdadera función jurisdiccional que es ejercida por el Poder Judicial. Porque lo importante es la vigencia de aquellas garantías constitucionales y prevenir y evitar su desvirtuación (en *Teoría General del Proceso*, p. 40).

tórico[120]; por lo que se incurre en subjetivismo al pretender encontrar un concepto de jurisdicción, universal, e inmutable. Es el derecho objetivo de cada Estado el que permitirá atribuirle una connotación determinada en un momento histórico igualmente determinado, cuanto más si tenemos en cuenta que todo ordenamiento jurídico es dinámico. Como lo expresáramos líneas arriba, el concepto de *jurisdicción* es el resultado de un proceso evolutivo de las formas heterocompositivas de resolución de conflictos en un momento histórico determinado.

120 CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal.* Depalma, Buenos Aires, 1943, p. 34.

LECCIÓN 9

LA COMPETENCIA JUDICIAL

SUMARIO

1. El concepto y los fundamentos de la *competencia*
2. Las pautas para atribuir la competencia judicial
   - 2.1. La competencia objetiva
     - 2.1.1. Las reglas de la competencia objetiva
       - 2.1.1.1. La competencia objetiva territorial
       - 2.1.1.2. La competencia objetiva material
       - 2.1.1.3. La competencia objetiva funcional
       - 2.1.1.4. La competencia objetiva cuantitativa
       - 2.1.1.5. La competencia objetiva personal
     - 2.1.2. Las excepciones a las reglas de la competencia objetiva
       - 2.1.2.1. La prórroga de la competencia
       - 2.1.2.2. El fuero de atracción
       - 2.1.2.3. El sometimiento a arbitraje
       - 2.1.2.4. La conexidad y la afinidad procesal
     - 2.1.3. Los caracteres de la competencia objetiva
   - 2.2. La competencia subjetiva
3. Los medios para atacar la incompetencia
   - 3.1. Los medios para atacar la incompetencia objetiva
     - 3.1.1. Las cuestiones de competencia
       - 3.1.1.1. La declinatoria
       - 3.1.1.2. La inhibitoria
       - 3.1.1.3. Los requisitos comunes a ambas vías
     - 3.1.2. La declaración oficiosa de incompetencia
     - 3.1.3. Los conflictos de competencia
   - 3.2. Los medios para atacar la incompetencia subjetiva
     - 3.2.1. La recusación
       - 3.2.1.1. La recusación causada
       - 3.2.1.2. La recusación incausada
     - 3.2.2. La excusación
     - 3.2.3. La dispensa de la causal de excusación
     - 3.2.4. La actuación posterior

1. EL CONCEPTO Y LOS FUNDAMENTOS DE LA *COMPETENCIA*

Ya se adelantó que debe entenderse jurídicamente por *competencia* la atribución de funciones que efectúa la ley y/o la convención a ciertas personas (siempre *determinadas*) que actúan en carácter de *autoridad* respecto de otras personas (determinadas o indeterminadas) que actúan como *particulares*. Dicha atribución de funciones puede hacerse *excluyente* o *concurrentemente*. Explicamos allí que la actividad que necesariamente realiza el Estado para desarrollar y lograr sus fines sólo puede ser cumplida en la realidad de la vida por personas físicas (*funcionarios*) a quienes se encomienda individual o colectivamente y en forma selectiva el deber o la facultad de efectuar determinadas tareas. Así es como hay una *competencia legislativa* para sancionar las leyes en sentido formal y otra para promulgarlas; hay una *competencia administrativa* para designar personal gubernativo; hay una *competencia notarial* para otorgar la fe pública; hay una *competencia policial* para resguardar la seguridad pública, etcétera. De aquí que *todo funcionario público tenga otorgada una cierta competencia.*

Los jueces no escapan a esta regla general. De tal modo, cada uno de ellos debe cumplir funciones que están atribuidas por la ley en virtud de distintas pautas que operan algunas veces como *reglas* y otras veces como *excepciones* a esas reglas. Por eso es que hay también una *competencia judicial* para sustanciar procesos con la finalidad de resolver litigios mediante sentencias y, en su caso, ejecutarlas.

Hasta aquí hemos explicado una idea lógica que muestra simple y acabadamente el fenómeno descrito a partir de lo que toda persona puede ver en la realidad social. No tan simples son las disquisiciones doctrinales que se han efectuado sobre el tema, y que parten de una circunstancia errónea que da lugar a equívocos: relacionar en forma exclusiva el concepto de *competencia* con el de *jurisdicción*, cosa que se hace a menudo porque se da a este último vocablo una acepción que no es la técnicamente apropiada. Así es como se afirma de modo habitual que *la competencia es la medida de la jurisdicción*, estableciendo con ello una relación cuantitativa de género a especie. Creemos que esta afirmación muestra algunos errores:

a) en primer lugar, la palabra jurisdicción no se emplea aquí como referida al fenómeno que muestra en esencia una actividad de sustitución, que es elemental y, por ende, insusceptible de ser descompuesta en partículas menores: hay sustitución o no la hay. Y punto. Por lo contrario, parece que en la antedicha afirmación el vocablo *jurisdicción* refiere al cúmulo de prerrogativas, poderes o facultades que ostenta todo juez. Y esto no es correcto desde un punto de vista técnico procesal: la jurisdicción es *algo que se hace*, no *algo que se tiene*. b) En segundo lugar, si se entiende por jurisdicción *la labor de juzgamiento*, ella carece de medida como tal, toda vez que el juez –sometido exclusivamente a la Constitución y a la Ley– es soberano en la evaluación de los hechos, en la interpretación de las conductas y en la elección de la norma jurídica que aplicará a cada caso concreto. Por tanto, *no existe medida alguna en la actividad de juzgamiento*. Además, y como ya se ha visto, el concepto de competencia no es propio y específico del derecho procesal, por lo cual no cabe que ningún autor de la materia se adueñe de él, desconectándolo del resto del mundo jurídico; por lo contrario, habrá que usarlo vinculado con ese mundo para estudiar las distintas atribuciones que efectúa la ley o la convención. Así las cosas, de aquí en más se entenderá por competencia la aptitud que tiene una *autoridad* (juez) para procesar, juzgar y, en su caso, ejecutar la decisión que resuelva un litigio y un *particular* (árbitro) para procesar y laudar.

2. LAS PAUTAS PARA ATRIBUIR LA COMPETENCIA JUDICIAL

Del mismo modo que ocurre con todos los demás órganos estatales, los jueces tienen asignada una cierta competencia cuya explicación y caracterización sólo puede hacerse históricamente: distintas circunstancias políticas o puramente fiscales, la necesidad de privilegiar a algunos sectores de la sociedad, la urgencia para resolver gran cantidad de asuntos justiciables cuyo número excedía la capacidad laborativa de un solo juzgador, etcétera, hicieron que conforme con las necesidades de la época resultara imprescindible la creación de varios órganos de juzgamiento. A partir de

allí, el soberano debió precisar cuál era el tipo de litigio respecto del cual podía conocer y fallar cada uno de los jueces designados.

No resulta sencillo determinar cómo, cuándo ni por cuál necesidad se atribuyó cada una de las competencias que luego enumeraremos. Pero sí es factible presentarlas conforme con un cierto orden docente luego de que se hallan legisladas.

Como todo ordenamiento precisa de un punto de partida, los autores lo han buscado respecto de este tema siguiendo diversos criterios que lo miran con la óptica de la *ley* –que no es metódica– o con la correspondiente al *litigio* que debe ser resuelto judicialmente.

Por nuestra parte, preferimos analizar el tema teniendo en cuenta dos pautas orientadoras que se diferencian perfectamente: las que miran al *litigio mismo* y las que sólo ven la *persona del juzgador*. Y adoptamos este método porque es el único que permite presentar congruentemente todos los aspectos *objetivos* y *subjetivos* que se relacionan con el tema y, al mismo tiempo, poner de resalto las distintas vías procedimentales que pueden ser usadas para denunciar una incompetencia.

a) Teniendo en cuenta el *litigio mismo* presentado al conocimiento de un juez, existen diversas circunstancias puramente *objetivas* generadoras de otras tantas competencias y que se relacionan con 1) el lugar de demandabilidad (*competencia territorial*); 2) la materia sobre la cual versa la pretensión (*competencia material*); 3) el grado de conocimiento judicial (*competencia funcional*); 4) las personas que se hallan en litigio (*competencia personal*); 5) el valor pecuniario comprometido en el litigio (*competencia cuantitativa* o *en razón del valor*); 6) la circunstancia de haber prevenido un juez primero que otro (*competencia prevencional*); 6) la conexión causal existente entre distintos litigios contemporáneos (*competencia por* conexidad, que incluye los casos de afinidad y el fuero de atracción); 7) además, cuando son varios los jueces que ostentan una idéntica suma de competencias (territorial, material, funcional, personal y cuantitativa), se hace necesario asegurar entre ellos un equitativo reparto de tareas, con lo cual se crea el *turno judicial* que, sin ser pauta atributiva de competencia

(salvo casos excepcionales en los cuales la propia ley le otorga este carácter), puede equipararse a ellas a los fines de esta explicación.

Las seis primeras provienen exclusivamente de la ley, con excepción de la territorial, que también puede surgir de la convención.

Dado que en todos estos casos la atribución respectiva está otorgada por el legislador, que se halla fuera del Poder Judicial, damos a las seis primeras clasificaciones de competencia la denominación *de pautas objetivas externas.* El turno judicial está regulado –y así debe ser– por el propio Poder Judicial. Por eso es que le asignamos el carácter de *pauta objetiva interna.*

b) Teniendo en cuenta ahora *la persona del juzgador*, con la subjetividad que le es propia por la simple razón de ser humano, hablaremos de *pautas subjetivas* que tienden a mantener aséptico el campo de juzgamiento: las calidades de *impartial, imparcial* e *independiente* que debe ostentar todo juez respecto de todo asunto que le sea sometido[121]. A base de lo expuesto, explicaremos seguidamente cómo se determinan las pautas de atribución de la competencia para procesar y sentenciar.

2.1. La competencia objetiva

Es la que surge a partir del contenido del litigio mismo que se lleva a conocimiento judicial. Veamos seguidamente sus reglas y excepciones.

2.1.1. Las reglas de la competencia objetiva

En razón de que esta obra sólo pretende mostrar el fenómeno procesal en sus notas sistémicas fundamentales y no detallar las diferentes

121 Este criterio de vincular el concepto de competencia con los aspectos puramente subjetivos de la persona del juzgador no es habitual en la doctrina. Sin embargo, lo aplicamos en el texto pues parece adecuado hablar de una *competencia subjetiva*, en orden a las cualidades –cual luego se verá– de *impartial, imparcial* e *independiente* que debe guardar todo juez en la dirección del proceso y en la tarea de sentenciar.

reglas contenidas en las distintas legislaciones, que son contingentes, se verán ahora los grandes lineamientos que orientan el tema en estudio.

2.1.1.1. La competencia objetiva territorial

Todo juez ejerce sus funciones dentro de un límite territorial que casi siempre está perfecta y geográficamente demarcado por la ley: tal límite puede ser el de un país, de una provincia, de una comarca o región, de un partido, de un departamento, de una comuna, etc. En otras palabras: quien es juez con competencia en la ciudad de Buenos Aires, por ejemplo, puede ejercer toda su actividad dentro del ejido municipal respectivo, no fuera de él; más tajante aún: quien es juez en Buenos Aires *no lo es* en la ciudad de Rosario. Y viceversa.

Cuando un servicio judicial se halla bien y funcionalmente organizado, existe gran número de demarcaciones territoriales (por ejemplo, una por ciudad), con similar cantidad de jueces. ¿Ante cuál de todos ellos debe instar un particular que se halla en conflicto?

Para resolver este interrogante, las leyes procesales establecen desde antiguo *varios lugares de demandabilidad*: a) el del lugar donde *debe cumplirse la obligación* de origen convencional; b) el del lugar donde *se realizó el hecho, acto o contrato* cuya prestación se reclama (caso de obligaciones convencionales) o c) el del lugar donde *se realizó el hecho* por el cual se reclama (caso de obligaciones nacidas de delitos y cuasidelitos y de materia penal); d) el del lugar donde tiene su *domicilio real* quien va a ser demandado o e) el de cualquiera de ellos si son varios y las obligaciones indivisibles o solidarias; f) el que no tiene domicilio conocido puede ser demandado donde se encuentre o en el lugar de su último domicilio o residencia. A base de estas pautas, las legislaciones consagran regímenes diferentes: por ejemplo, algunas establecen que en materia de reclamo por obligación convencional el actor debe ir ante el juez con competencia territorial en el lugar donde ella debía ser cumplida; en su defecto, caso de no estar especificado, otorgan al actor un *derecho de opción* para elegir entre otros lugares: el de la realización del hecho o el del domicilio del

demandado. Otras leyes, en cambio, instrumentan sistema diferente: igualan perfectamente los tres lugares recién enunciados y otorgan al actor un amplio derecho de elección entre ellos.

En razón de que las reglas básicas antes mencionadas no alcanzan a contemplar todos los supuestos justiciables, las leyes establecen otros lugares de demandabilidad en ciertos casos específicos: por ejemplo, a) para el juicio sucesorio, es competente el juez del lugar del *último domicilio del causante*; b) para el concurso, el juez del domicilio del deudor; c) para la rendición de cuentas de los administradores de bienes ajenos, el del lugar donde ellas deben presentarse; d) para el juicio de divorcio, el juez del lugar del *último domicilio conyugal*; etcétera.

Ya se verá más adelante que si bien esta competencia está atribuida por la *ley*, puede ser dejada de lado por los particulares por medio de la *convención* (ver punto 2.1.2.1. de esta Lección).

2.1.1.2. La competencia objetiva material

Los jueces que ejercen su actividad dentro de un mismo territorio suelen dividir el conocimiento de los diversos asuntos litigiosos de acuerdo con la *materia* sobre la cual se fundamenta la respectiva pretensión.

La atribución de la *competencia material* está hecha a base de necesidades contingentes del lugar en un tiempo dado: en un principio, los asuntos se dividieron en penales y no penales. Tan simple división acrecentó las posibilidades de otorgar diferentes competencias a los litigios acerca de ellas en la medida en que crecieron las materias jurídicas.

En la actualidad, una clara y persistente tendencia a la especialización judicial –que no es lo mejor para la capacitación del juzgador ni lo óptimo para lograr una adecuada eficiencia del servicio judicial– unida a las necesidades de resolver enorme número de litigios, hace que la competencia material se divida en *civil*, *comercial*, *laboral*, *penal*, *federal*, *contencioso administrativa*, etcétera.

Más aún: dentro de estas mismas materias, el campo se amplía: en algunas ocasiones, la ley atribuye competencia en materia de *familia, sociedades, responsabilidad civil de origen extracontractual, juicios universales, juicios ejecutivos*, etcétera.

2.1.1.3. La competencia objetiva funcional

Habitualmente, la actividad de juzgar es ejercida por una sola persona que, como todo ser humano, es falible y, por ende, puede cometer errores que generen situaciones de injusticia o de ilegitimidad. Como el acto de juzgamiento tiende precisamente a lo contrario, a *hacer la mejor justicia posible* en un caso concreto mediante la emisión de un pronunciamiento *legítimo con apoyo en la ley*, el posible error judicial que no cumple el postulado básico del sistema debe ser revisable por otro juzgador que, por razones obvias, debe estar por encima del primero y al cual éste ha de subordinársele. Así es como, en orden a la *función* que cumple cada uno de los jueces, el ordenamiento legal establece –con ciertas restricciones que no es del caso enumerar acá– un *doble grado de conocimiento*: un juez unipersonal de *primer grado* (o de *primera instancia*) emite su sentencia resolviendo el litigio; tal sentencia es revisable –bajo ciertas condiciones que se explicarán luego– por un tribunal (habitualmente pluripersonal) que actúa en *segundo grado de conocimiento* (o en *segunda instancia*) como órgano de control.

Este doble grado de conocimiento judicial recibe la denominación de *ordinario*, significando el vocablo que tanto en el primero como en el segundo, los interesados pueden plantear para ser resueltas cuestiones de *hecho* y de *derecho*. En los distintos regímenes judiciales argentinos, el conocimiento ordinario de un asunto justiciable se agota con el mencionado doble grado. De tal modo, la sentencia de segunda instancia es *definitiva* y gana los efectos propios de ella. Sin embargo, para ciertos casos particulares, la ley amplía el sistema, llevándolo a un *triple grado* de conocimiento ordinario (por ejemplo, cuando la Nación es parte litigante y el pleito versa sobre pretensión monetaria que supera una cantidad determinada).

Además del conocimiento ordinario, en el orden nacional existe un grado más de *conocimiento extraordinario* en el cual *no pueden plantearse cuestiones de hecho*, sino exclusivamente *de derecho* (en Argentina, sólo relativas al orden constitucional, no al derecho común). Como es de imaginar, la función –de aquí el nombre de esta competencia– que cumple el juzgador en cada grado de conocimiento, es por completo diferente: a) el de primer grado ordinario tiene amplias facultades para interpretar y evaluar los hechos que originaron el litigio y de aplicar a ellos la norma jurídica que estime es la que corresponde al caso, a fin de absolver o condenar al demandado; b) el de segundo grado ordinario carece de tales facultades: sólo debe decidir acerca de los argumentos que, seria y razonadamente, expone el perdidoso respecto de los argumentos que fundan la sentencia que le fue adversa (regla procesal *no reformatio in pejus*). Y nótese bien: aunque el juzgador superior no esté de acuerdo con la interpretación que de los hechos ha efectuado el juzgador inferior, no puede variarla si no media agravio expreso del perdidoso en tal sentido; c) el de tercer grado –ahora ya es extraordinario– debe proceder de modo similar al de segundo grado, con una variante de la mayor importancia: no ha de conocer de cualquier argumento jurídico que presente el agraviado, sino sólo de aquel que tenga relevancia constitucional. Como puede apreciarse, la competencia funcional opera como una especie de embudo invertido: a mayor grado, menor posibilidad cuantitativa de conocimiento material por parte del juzgador. Y ello es razonable: el Estado cumple con el particular asegurándole la resolución de todos sus conflictos; y para que esto ocurra basta *un solo acto de juzgamiento*.

En razón de que allí puede cometerse un error que genere injusticia o ilegitimidad, se asegura la *posibilidad* –no la *imprescindible necesidad* (que es lo que ocurre en la llamada *consulta*)– de ser revisada por un tribunal superior; sólo que ahora, porque ya se cumplió en primera instancia la garantía de solución, no entrará a juzgar *ex novo* el litigio (que ya fue juzgado), sino a analizar y controlar el razonamiento del juzgador inferior en función de lo que al respecto se agravie el perdidoso. Y con esto el pleito terminó. Sin embargo, persistiendo el error (ahora sólo por ilegitimidad,

ya no por injusticia), se asegura la *posibilidad* –no la *imprescindible necesidad*– de nueva y definitiva revisión, sólo que ahora el juzgamiento se concretará a determinar si el pronunciamiento anterior se adecua o no a las garantías prometidas desde la Constitución.

Cierto es que aun el último juzgador es falible y que, por tanto, puede cometer nuevo error. Pero hace a la tranquilidad social y a la rapidez y seguridad en el tráfico de relaciones jurídicas que alguna vez los pleitos tengan un fin: tres, cuatro o diez grados de conocimiento, pero uno de ellos debe ser final y definitivo, sin posibilidad de ulterior revisión. Entre nosotros, ha parecido suficiente el número de grados ya enunciados. Y el eventual error del último tribunal será un fin no querido por el derecho, pero necesario de aceptar –con el sacrificio de unos pocos– para lograr la armonía social de todos.

2.1.1.4. La competencia objetiva cuantitativa

En la fluidez de las relaciones sociales pueden originarse conflictos por las más variadas razones, que van desde un grado de importancia suma a otro de importancia mínima. Por ejemplo, aunque intrínsecamente son conflictos intersubjetivos, parece que mirado de modo objetivo tiene mayor trascendencia económica o social el litigio que versa sobre valioso inmueble que el que se reduce a una docena de naranjas; igual ocurre con el despido de todo el personal de una fábrica respecto de la suspensión temporaria de uno de sus obreros; lo mismo pasa si se compara el delito de homicidio con el de hurto de una gallina, etc.

Como el Estado asegura por igual la solución de todos estos conflictos, mantiene estable un servicio público de justicia a un elevado coste que soporta toda la sociedad. Por razones obvias, la parte proporcional de ese coste que corresponde materialmente a cada litigio, debe estar en relación con la importancia de éste. De tal modo, en casi todos los lugares se divide la competencia en razón de la *cantidad* o el *valor* sobre el cual versa la pretensión. Y así, dos jueces que tienen idéntica competencia territorial (por ejemplo, en una misma ciudad) e idéntica competencia material

(por ejemplo, en lo comercial), pueden ostentar diferente competencia cuantitativa: sobre la base de una predeterminada *cantidad patrón* fijada por el legislador, uno será de *mayor cuantía* si la excede y otro de *menor cuantía* si no llega a ella.

Parece claro aquí que el valor preponderante en el primer caso será el de la *seguridad jurídica*; en el segundo, los de la *celeridad* y la *economía* en la solución del litigio. Y es que celeridad y seguridad son valores que nunca pueden caminar juntos: lo que se resuelve rápidamente no es seguro; lo que se decide con seguridad no puede ser rápido. De ahí que la adopción de un valor vaya necesariamente en detrimento del otro; por ello, es decisión política el otorgar o no cierta primacía entre ambos.

Esta tarea corresponde al legislador procesal, quien instrumenta un procedimiento con plazos prolongados y plena posibilidad de defensa, de confirmación y de impugnación en los casos de mayor cuantía, en tanto que establece un procedimiento más breve, con el lógico cercenamiento de posibilidades defensivas, confirmativas e impugnativas en el de menor cuantía.

2.1.1.5. La competencia objetiva personal

Por razones políticas, sociales, fiscales, etcétera, que son contingentes en el tiempo y en el espacio, puede resultar necesario en un momento y lugar dados atribuir competencia en razón de las *personas* que litigan. La historia de la España foral muestra ricos y variados ejemplos de ello.

Por expresa disposición constitucional que se origina en la Asamblea de 1813, en la Argentina no existen fueros especiales. Sin embargo, en atención a la persona que litiga, se atribuye una *competencia personal* específica, casi siempre bajo el falaz rótulo de *competencia material.* Por ejemplo, siempre que la *Nación* es parte en un litigio, debe someter su juzgamiento a ciertos jueces (federales) y no a otros (ordinarios). Los *extranjeros* y los *vecinos de distinta provincia* tienen una competencia de este tipo en la Argentina, país de inmigración y de sistema político federal (Cn, art. 117).

En la provincia de Santa Fe no existe atribución de competencia material en la pretensión de expropiación, salvo cuando el sujeto expropiante es la propia provincia, caso para el cual se establece una competencia en razón de la *persona provincia*, no de la *materia expropiatoria.* Tratamiento similar tiene toda pretensión basada en la responsabilidad de los jueces, que debe ser deducida ante un tribunal único, etcétera.

2.1.2. Las excepciones a las reglas de la competencia objetiva

Para un asunto determinado, cualquiera sea, siempre hay un único juez de primer grado que en un momento dado es competente territorial, material, personal y cuantitativamente; sin embargo, cuatro circunstancias excepcionales influyen en modo directo para que él no pueda procesar, resolver o ejecutar lo resuelto en un litigio. Estas circunstancias constituyen las *excepciones* a las reglas de la competencia objetiva y son la prórroga de la competencia, el fuero de atracción, el sometimiento a arbitraje y la conexidad jurídica entre distintos litigios. A todas ellas nos referiremos seguidamente.

2.1.2.1. La prórroga de la competencia

En nuestro tiempo, las leyes atributivas de competencia judicial son generalmente *imperativas*, razón por la cual no pueden ser dejadas de lado por la voluntad de los particulares; de tal modo, ellos carecen de toda facultad para alterar las pautas descritas precedentemente. Resulta así que en un mismo lugar y en un mismo momento determinado, entre todos los jueces que integran el Poder Judicial *hay uno solo* que es competente en orden al territorio, la materia, el grado, la cantidad, las personas y el turno. Y sólo ante él debe ser presentada la demanda.

La razón que fundamenta esto refiere a que, en la mayoría de los casos, el legislador tiene en cuenta factores de índole diversa que hacen a la mejor convivencia social y que, en definitiva, se traducen en una más eficiente organización judiciaria y en una mejor distribución del trabajo entre los distintos jueces. Sin embargo, el propio legislador ha consi-

derado necesario privilegiar el interés particular en ciertos casos con el propósito de hacer más fácilmente asequible la defensa de los derechos. Es por ello que específica y excepcionalmente autoriza desde la propia ley que se alteren las pautas antes explicadas, con lo cual se permite que las partes *desplacen* la competencia de un juez a otro para conocer de un asunto litigioso.

En el lenguaje procesal, este desplazamiento se conoce con la denominación de *prórroga de la competencia judicial* y consiste técnicamente en un acuerdo de los litigantes por virtud del cual no presentan su litigio ante el único juez que es natural e inicialmente competente, sino ante otro que no lo es. La ley acepta que, siempre por voluntad de los propios interesados, la prórroga de competencia puede operar en la *competencia territorial*, cuando el conocimiento de un litigio es llevado al juez de un lugar que no es ninguno de los detallados en carácter de reglas generales en el punto 2.1.1.1. de esta Lección. Por ejemplo, si una obligación contractual es pactada en la ciudad de Buenos Aires, allí debe cumplirse y allí también se domicilia el deudor, es obvio que el juez territorialmente competente será el de la misma ciudad de Buenos Aires. Sin embargo, las partes pueden acordar procesar el litigio ante un juez de la ciudad de Rosario: así se formaliza la *prórroga de la competencia territorial.*

En la Argentina, y en general, las leyes establecen la *improrrogabilidad* de las competencias *material, funcional* y *cuantitativa.* De tal modo, el carácter imperativo de las respectivas normas hace que ellas no puedan ser dejadas de lado por la voluntad acorde de los interesados. En cambio, autorizan la *prorrogabilidad* de las competencias *territorial* cuando se trata exclusivamente de litigios que versan sobre intereses patrimoniales transigibles, y *personal*, en los casos de extranjeros y vecinos de diferentes provincias, a quienes constitucionalmente corresponde ser juzgados por la justicia federal y que, sin embargo, pueden someterse a la justicia ordinaria provincial.

La prórroga de competencia está sujeta a cinco *requisitos*: a) que la autoridad a quien se prorroga (es el *juez que se va*) sea un juez competente (no hay prórroga en la actividad de los árbitros); b) que la autoridad en

quien se prorroga (es el *juez que viene*) sea un juez incompetente en cuanto a la competencia prorrogada (por ejemplo territorial), pero competente en cuanto a las demás (por ejemplo, material, funcional, cuantitativa y personal); c) que haya consentimiento de las dos partes para efectuar la prórroga. Este consentimiento puede ser *expreso* (cuando ambas partes se ponen de acuerdo sobre ello antes de iniciar el proceso) o *implícito* (cuando la parte actora demanda ante un juez incompetente respecto de la pauta prorrogada y la parte demandada no cuestiona la incompetencia); d) que el litigio verse exclusivamente acerca de cuestiones patrimoniales que puedan ser objeto de transacción; e) que la ley no atribuya competencia territorial exclusiva y excluyente a un determinado juez pues ello hace, implícitamente, que esta competencia sea improrrogable.

2.1.2.2. El fuero de atracción

Hay algunos juicios en los cuales está necesariamente involucrada la totalidad del patrimonio de una persona y que, por tal razón, se conocen con la denominación de juicios *universales* (son el concurso, la quiebra y la sucesión). Esta circunstancia hace que resulte menester concentrar ante un mismo y único juez todos los litigios que están vinculados en ciertos aspectos con tal patrimonio del deudor o del causante. Se produce así un nuevo desplazamiento de la competencia, diferente del antes explicado y que opera *exclusivamente* respecto de pretensiones patrimoniales personales (no personalísimas ni reales) deducidas *en contra* (no *a favor*) del patrimonio cuya universalidad se trata de preservar. En otras palabras, abierta una sucesión o un concurso o una quiebra, los respectivos juicios atraen a todos los procesos que versen sobre materia patrimonial personal y estén pendientes o que se deban iniciar contra la sucesión o su causante y contra el concurso o quiebra y el concursado o quebrado. No ocurre lo mismo a la inversa: si, por ejemplo, el concurso o el concursado incoa un proceso por medio de quien está legitimado para hacerlo, debe presentar la demanda ante el juez que reúne en sí todas las pautas de competencia, no ante el juez que interviene en el concurso porque en él se trata, sim-

plemente, de administrar un patrimonio y dividirlo proporcionalmente entre sus diferentes acreedores conforme pautas que establece la propia ley.

2.1.2.3. El sometimiento a arbitraje

Toda persona capaz para transigir puede acordar el sometimiento al juicio de un árbitro de todo asunto litigioso que verse exclusivamente sobre derechos transigibles.

De tal modo, son las propias partes litigantes quienes deciden descartar la respectiva competencia judicial y, por efecto propio de la convención y en razón de que la ley les permite hacerlo, otorgar *competencia arbitral* al particular que eligen para que resuelva el litigio. Esta es la razón por la cual el tema en estudio constituye una excepción a las pautas atributivas de competencia.

2.1.2.4. La conexidad y la afinidad procesal

Ya explicamos en la Lección 5 cuáles son las distintas figuras jurídicas que surgen de la simple comparación de dos relaciones litigiosas, mediante el espejamiento de sus tres elementos tradicionales: sujetos (actor y demandado), objeto y causa (hecho e imputación jurídica a base de ese hecho). Recordamos ahora que el fenómeno de la *conexidad* aparece cuando dos relaciones litigiosas diferentes tienen en común un elemento (conexidad subjetiva, conexidad objetiva y conexidad causal) o dos elementos (conexidad mixta subjetivo-causal y conexidad mixta objetivo-causal). Recordamos también que el fenómeno de la *afinidad* aparece cuando dos relaciones litigiosas diferentes no tienen ningún elemento idéntico, pero ostentan uno de los sujetos en común (no los dos) y el *hecho* que es la causa de pedir (no la imputación jurídica que el actor hace a base de él). Cuando se presenta alguno de estos dos fenómenos, y según el caso, resulta *conveniente* –por razones de economía– o *necesario* –por razones de seguridad jurídica– tramitar y/o sentenciar en un mismo acto de juzgamiento *todas las pretensiones conexas* o *afines*, mediante el instituto de *acumulación de procesos*.

Cuando la acumulación se hace imprescindible y los pleitos penden ante jueces con distintas competencias, uno de ellos debe asumir la del otro, quien no puede menos que ceder ante la exigencia del primero y desplazar el conocimiento del litigio. Un ejemplo ayudará a comprender el problema: supóngase que Juan demanda a Pedro ante el juez Diego pretendiendo el cumplimiento de un contrato. A los fines de este ejemplo, el juez Diego es el único competente en ese momento en razón del territorio, del grado, de la materia, de las personas y del valor. En proceso separado, Pedro demanda a Juan ante el juez José pretendiendo la declaración de nulidad del mismo contrato. A los fines de este ejemplo, el juez José es el único competente en ese momento en razón del territorio, del grado, de la materia, de las personas y del valor. Es fácil de darse cuenta de que las pretensiones antagónicas que recién he referido no deben ser sentenciadas separadamente, pues puede ocurrir que el juez Diego condene al cumplimiento del contrato y que, por su parte, el juez José declare la nulidad del mismo contrato que Diego ordenó cumplir. Y esta situación es verdaderamente caótica y debe ser erradicada a toda costa.

La solución para evitarla es unitaria: que uno de los jueces asuma la competencia del otro por virtud de la conexidad causal que existe entre ambos litigios. No importa por ahora quién es el que en definitiva juzgará las dos pretensiones opuestas.

Sobre el tema, las normativas procesales no son pacíficas. Pero lo que sí importa es que haya *una sola* sentencia en un *mismo* acto de juzgamiento efectuado por un *mismo* juzgador. Y ello se logra sólo desplazando la competencia de uno de los jueces. Esta es la razón por la cual la conexidad y la afinidad jurídica son *excepciones* a las pautas atributivas de la competencia judicial.

2.1.3. Los caracteres de la competencia objetiva

De las razones expuestas en los puntos anteriores, resulta que la competencia judicial es *indelegable*, salvo los supuestos de *comisión* de ciertas y determinadas diligencias que los jueces pueden encomendar a otros con diferente competencia territorial.

La indelegabilidad no afecta a los supuestos de excepción a las pautas objetivas.

2.2. La competencia subjetiva

Estas pautas tienen en cuenta sólo la *persona* del juzgador, con total y absoluta prescindencia de las que ya he explicado como *pautas objetivas*. Y es que un juez puede ser *objetivamente* competente para conocer de un litigio (en razón de la materia, las personas, el grado, el territorio y el valor) y, sin embargo, no serlo *subjetivamente*, por hallarse comprendido respecto de alguno de los litigantes o de sus representantes o de sus patrocinantes o de la misma cuestión litigiosa en una situación tal que genera un interés propio en el juez para que la sentencia se emita en un cierto y único sentido. Cuando esto ocurre, el juez pierde su carácter de *impartial* (no parte), o su *imparcialidad* (no interesado) o su *independencia* para actuar libremente y sin ningún tipo de ataduras en la emisión de su pronunciamiento.

Ya adelantamos que este problema es de la mayor gravedad y que cuando existe no genera un *debido proceso*, sino un simple procedimiento cuya solución jamás podrá ganar los efectos propios de la sentencia dictada luego de un proceso. Congruente con ello, doctrina –que es obviamente pacífica– y legislación otorgan a los litigantes la facultad de desplazar la competencia del juez objetivamente competente, pero subjetivamente incompetente, hacia otro juez que sea objetiva y subjetivamente competente. Es más: tan grave es el problema que si las partes guardan silencio al respecto –por desconocimiento de la respectiva situación o por cualquier otra circunstancia–, la propia ley impone al juez subjetivamente incompetente el *inexorable deber de excusarse* de entender en el litigio.

3. LOS MEDIOS PARA ATACAR LA INCOMPETENCIA

Siendo la competencia uno de los *requisitos de la demanda* y debiendo ser respetada irrestrictamente por los particulares y por los pro-

pios jueces (salvo los casos de excepción analizados en el # 2.1.2 ["Las excepciones a las reglas de la competencia objetiva"] de esta Lección), su ausencia en un determinado proceso afecta su utilidad para lograr la composición definitiva del litigio. Resulta de ello que, en caso de incompetencia objetiva o subjetiva, la ley pone en manos de los interesados y del juez los diversos resortes para atacarla y lograr llevar el pleito ante el juez que es realmente competente. Desde ya, y a modo de síntesis anticipativa del punto siguiente, adelantamos que si la incompetencia es *objetiva* los medios que *pueden* usar los interesados son dos: la *declinatoria* y la *inhibitoria*, y uno el que *debe* usar el juez: la *declaración oficiosa*.

Si la incompetencia es *subjetiva*, las partes tienen un solo medio que *pueden* usar: la *recusación*, en tanto el juez tiene otro que *debe* usar: la *excusación*.

3.1. Los medios para atacar la incompetencia objetiva

Dos *sistemas* han instrumentado la doctrina para delimitar los medios de ataque a la incompetencia objetiva y ellos miran a un doble aspecto del problema:

a) *los sujetos que pueden atacar la incompetencia*: existen dos soluciones extremas que admiten variantes intermedias: 1) otorgar al *juez* –en todos los casos– el deber de verificar su propia competencia: *incompetencia denunciable de oficio*; 2) encomendar *sólo a las partes* el control de la competencia, con la obvia consecuencia de que cuando ellas consienten una incompetencia, nada puede hacer el juez al respecto: *incompetencia denunciable sólo a instancia de parte*;

b) *la oportunidad procedimental para atacar la incompetencia*: existen nuevamente dos soluciones: 1) el control sobre la competencia puede ser ejercido durante todo el curso del proceso; 2) sólo puede efectuarse en la fase inicial del proceso, extinguiéndose luego la respectiva facultad por virtud de la regla de la *preclusión*.

En cuanto al primer problema, SFE establece un *sistema mixto*, mediante el cual se permite que sean las partes quienes denuncien la incompetencia y, además, el propio juez.

Respecto del segundo problema, las legislaciones no son pacíficas. Pero cabe destacar que las más modernas establecen un momento límite y final con carácter preclusivo que cierra definitivamente la posibilidad de alegar la incompetencia o de declararla de oficio: ello hace a elementales reglas de economía, celeridad, seguridad jurídica y seriedad procesal, evita el desborde de la actividad burocrática y brinda tranquilidad a los justiciables.

Sistemas similares han sido ideados para atacar la incompetencia subjetiva, dejando librada la respectiva actividad a las partes y al propio juez, también con limitaciones temporales para poder realizarla.

Ya es factible abordar el tema de c) Los *medios* para atacar la incompetencia objetiva: son dos: 1) las *cuestiones de competencia* y 2) la *declaración oficiosa.* Ambos medios pueden generar *conflictos de competencia.*

3.1.1. Las cuestiones de competencia

Denomínese *cuestión de competencia* a la oposición (cuestionamiento) que realiza el *demandado* respecto de la aptitud (competencia) que posee el juez que dio curso a la demanda presentada por el actor (art. 6). En razón de que *cuestionar* significa *controvertir una cuestión*, y aunque la doctrina en general no se haya detenido en ello, parece claro que *sólo el demandado* –nunca el actor– puede realizar tal actividad, toda vez que: a) si el juez se considera incompetente respecto de una demanda, no discute su competencia con nadie: sólo se limita a repelerla; b) si el actor considera que un juez es incompetente, parece obvio que no presentará ante él su demanda. Quedan a salvo casos excepcionales expresamente previstos en las leyes procesales y que siempre suponen que la demanda será girada, presentada luego o ratificada ante el juez competente. Por ejemplo, la demanda que se presenta al sólo efecto de interrumpir la prescripción o durante el curso de una feria judicial. Queda en claro, así,

que cuando el actor elige a un juez y éste no repele su competencia, *sólo el demandado* puede cuestionarla por una de dos vías posibles: la *declinatoria* y la *inhibitoria*.

3.1.1.1. La declinatoria

Es el medio acordado por las leyes procesales para que el demandado cuestione la competencia ya admitida por un juez: a tal fin debe presentarse ante él y, deduciendo la *excepción de incompetencia*, solicitarle que cese (decline) en el conocimiento de la causa respecto de la cual lo considera incompetente.

3.1.1.2. La inhibitoria

Es el medio acordado por las leyes procesales para que el demandado cuestione la competencia ya admitida por un juez; a tal fin, debe presentarse ante otro juez que no esté conociendo del asunto (he aquí la diferencia sustancial entre ambas vías), pero al cual el demandado considera competente y, deduciendo una *demanda*, solicitarle que declare su competencia y reclame al juez que está conociendo de la causa que se declare incompetente y cese en su intervención.

3.1.1.3. Los requisitos comunes a ambas vías

Para la procedencia de la declinatoria y de la inhibitoria, las leyes procesales en general requieren: a) que no se haya consentido la competencia que se cuestiona; b) que al deducir una de las vías no se haya interpuesto la otra con anterioridad, ya que son excluyentes.

3.1.2. La declaración oficiosa de incompetencia

Ya se ha visto en esta Lección que, en general, las leyes procesales imponen a todos los jueces el deber de velar por su competencia, asignándoles el deber de repeler inicialmente el conocimiento de cualquier litigio que exceda sus atribuciones.

Hay sistemas –los menos– que exigen que tal actividad se cumpla en cualquier estado y grado de conocimiento de la causa, por avanzada que ella esté. Otros, en cambio, establecen un momento final preclusivo a partir del cual la respectiva incompetencia queda definitivamente purgada y ya no es declarable de oficio.

La incompetencia decretada por un juez no vincula al nuevo juez a quien se gira el conocimiento del asunto, a raíz de lo cual *puede repelerla.* Del mismo modo, la aceptación de una demanda inhibitoria por otro juez tampoco vincula al que ya está conociendo de una causa determinada, quien puede reafirmar su propia competencia y, de consiguiente, responder negativamente al pedido de desprendimiento de la causa. Ambas circunstancias generan sendos *conflictos de competencia.*

3.1.3. Los conflictos de competencia

Denomínese *conflicto de competencia* a la contienda que se plantea entre *dos jueces* cuando ambos emiten sendas resoluciones *coincidentes* acerca de sus respectivas competencias para conocer de un asunto determinado. Si ambos coinciden en *afirmarse competentes* (adviértase que *sólo uno* de ellos puede juzgar el litigio), se dice que existe un *conflicto positivo*; si ambos coinciden en *afirmarse incompetentes* (adviértase que *alguno* de ellos debe juzgar el litigio), se dice que existe un *conflicto negativo.* Repárese en que la *coincidencia* aludida es sólo formal pues, en esencia, ella trasunta un desacuerdo ideológico entre ambos jueces, ya que es diferente el criterio que ambos tienen respecto de la regla de competencia que debe regir el caso justiciable. Como ya se anticipó en el número anterior, un conflicto de competencia nace habitualmente de una *cuestión* de competencia; pero también puede surgir de la *actividad oficiosa* de los jueces, con total prescindencia de la voluntad o del quehacer del demandado (y, obviamente, también del actor en este caso).

Al conflicto *positivo* se llega por a) demanda inhibitoria estimada por el juez ante quien se presenta y consiguiente negativa del juez requerido por éste; b) reclamo oficioso del conocimiento de un asunto, de un juez a

otro, por existir fuero de atracción o conexidad de causas que exija que la sentencia que se dicte en una de ellas deba producir en la otra los efectos del caso juzgado. La hipótesis supone que el juez reclamado o requerido mantenga su competencia y resista el envío de las actuaciones que tramitan ante él.

Al conflicto *negativo* se llega por: a) estimación por un juez de una excepción de incompetencia (vía declinatoria) y consiguiente denegación oficiosa de competencia por otro juez o, en su defecto, estimación de una nueva excepción de incompetencia. El caso supone que los dos jueces intervinientes se declaren incompetentes; b) denegación oficiosa de competencia por parte de dos o más jueces lo que, en esencia, constituye denegación de justicia.

Para que el conflicto pueda existir es menester que se cumplan los siguientes *requisitos*: a) deben coexistir dos resoluciones judiciales coincidentes en la afirmación de competencia o de incompetencia; b) los jueces en conflicto –y que han emitido las resoluciones coincidentes– deben pertenecer a una misma jerarquía funcional.

En todos los casos, la solución al conflicto de competencia debe darla el *superior común* a ambos jueces.

3.2. Los medios para atacar la incompetencia subjetiva

Desde antiguo se afirma por destacado autor que el ejercicio de la tarea de juzgar está integrado por tres actividades particulares, diferentes entre sí, pero que necesariamente deben encontrarse reunidas siempre: a) planteamiento de los hechos, comprensión de lo sucedido, habilidad para destacar lo esencial en lo que puede ser multitud de incidencias y confusas y contradictorias afirmaciones de las partes; b) hallazgo de la *proposición* jurídica que corresponda aplicar, interpretando el texto de la ley y la voluntad del legislador –que no siempre es clara– de manera de conocer el deseo colectivo y el bien social; c) aplicación de esa proposición jurídica a los hechos aceptados o confirmados, de acuerdo con su

íntimo convencimiento con relación a lo que asuma como verdad de lo que arroje el estudio de la causa.

La primera actividad, puramente histórica y sociológica, se dirige a conocer lo acaecido en el pasado; la segunda, que participa del carácter sociológico y del jurídico, trata de fijar el sentido de la norma y de interpretarla según el espíritu de la totalidad del ordenamiento normativo; el tercero, de orden puramente crítico normativo, se propone juzgar, es decir, decidir el caso concreto. Para que el juez pueda proceder adecuadamente en esos tres niveles, es indispensable que se halle libre de toda sugestión, directa o indirecta, a fin de que no puedan influir en su espíritu eventuales fuerzas especiales ajenas por completo a su propia actividad –dirigidas a que su decisión se incline en un determinado sentido–, sino también a su propio conocimiento de los hechos, que debe ser fruto exclusivo de su esfuerzo elucidatorio acerca de la confirmación producida por las partes en orden a la controversia operada en la causa justiciable. El tema ya ha sido tratado recurrentemente en lecciones anteriores, al sostener que la actividad jurisdiccional se realiza válidamente en tanto que el órgano que la actúa sea *imparcial* e *independiente* de las partes en litigio. Cuando ello no ocurre y, por tanto, el juez es *subjetivamente incompetente* (aunque sea competente en orden a todas las pautas objetivas), tiene el deber de *excusarse* y las partes el derecho de *recusarlo*.

3.2.1. La recusación

La recusación es el medio que acuerdan las leyes procesales para atacar la incompetencia subjetiva del juez, aduciendo –o no– la existencia de alguna causal que, de existir, hace inválida la actividad jurisdiccional por presentarlo al juez en situación de *partialidad*, *parcialidad* o *dependencia* de las partes. Absolutamente todas las leyes procesales aceptan y regulan la *recusación con expresión de causa*, mencionando de modo expreso las que revelan una incompetencia subjetiva del juez y otras más –en rigor, muy pocas– permiten la *recusación sin expresión de causa*. Veamos primero el tema referido a la recusación causada.

3.2.1.1. La recusación causada

Generalmente, las causales de recusación se presentan:

a) respecto de *las partes litigantes*, por hallarse en situación de: 1) *parentesco*; 2) de *predisposición favorable*, por haber recibido el juez o sus parientes beneficio de importancia; o tener amistad que se manifieste por una gran frecuencia de trato; haber sido tutor o curador, etc.; 3) *de predisposición desfavorable*, por haber sido el juez denunciante o acusador, denunciado o acusado, mediar enemistad, odio o resentimiento grave; 4) de *acreedor*, *deudor* o *fiador*, salvo caso de bancos oficiales;

b) en cuanto a *otros órganos judiciales* actuantes en el proceso, por hallarse en situación de 1) parentesco el juez superior respecto del inferior (actuación sucesiva); 2) el juez con otro del mismo grado en tribunal colegiado (actuación simultánea); 3) el juez con alguno de sus auxiliares;

c) con relación al *objeto del pleito*, por hallarse el juez en situación de 1) *interés* en el mismo pleito (directo); 2) o en otro semejante (indirecto); 3) o tener sociedad o comunidad con alguno de los litigantes, y

d) por hallarse el juez en situación de *prevención:* 1) por tener él (o sus parientes) un pleito pendiente con alguna de las partes; 2) o haber intervenido como letrado, apoderado, fiscal o defensor; 3) haber emitido opinión como juez; 4) o haber dado recomendaciones acerca del pleito; 5) haber dado opinión extrajudicial sobre el pleito, con conocimiento de las actuaciones; 6) o haber dictado sentencia como juez inferior; 7) o haber sido recusado como juez inferior, etc.

Aunque las *supra* detalladas son las causales generalizadas de recusación, existen otras más que aparecen aisladamente contenidas en alguna ley procesal en particular. A título ejemplificativo, pueden mencionarse las siguientes: a) haber tomado el juez participación personal en los hechos a juzgar; b) ser testigo presencial de los actos que originaron el proceso; c) tener el juez a alguna de las partes bajo su dependencia; d) haber actuado el juez como perito en el litigio que debe juzgar; e) haber producido el juez, en el mismo expediente, nulidad de procedimiento declarada judi-

cialmente; f) haber dado lugar el juez a una queja por retardada justicia y dejado vencer el nuevo plazo fijado para sentenciar; g) tener el juez interés en un pleito pendiente ante el tribunal del que forma parte, en cuyo caso no debe entender durante el procedimiento en los pleitos en los cuales estuvieren interesados sus colegas; etcétera. Como se ve, la comparación de diversos ordenamientos muestra un cúmulo de situaciones que, por razones obvias, no pueden ser *taxativas* (cual suele afirmar una corriente jurisprudencial mayoritaria), ya que la interpretación de los impedimentos subjetivos que hacen que un juez no actúe como tal al procesar o al sentenciar debe ser lo suficientemente amplia como para dar garantía a las partes de que el juzgador es realmente un *tercero* respecto del litigio llevado a su conocimiento.

Tan importante es la cuestión que numerosas leyes procesales admiten la recusación sin exigir que quien la utiliza exprese la causa en la cual halla su fundamento: es la conocida como *recusación sin causa* o *recusación sin expresión de causa*, que trataré a continuación.

3.2.1.2. La recusación incausada

Es el medio que algunas leyes –que no todas– acuerdan a las partes para lograr el apartamiento de un juez respecto del conocimiento de cierto asunto justiciable sin necesidad de explicar la razón o la causa por la cual el recusante no acepta su permanencia en el litigio.

El instituto muestra enorme demérito entre los magistrados judiciales de todas las épocas y lugares y, por influencia de ellos, entre los propios autores de doctrina y legisladores que tratan de suprimirlo en cuanta ocasión pueden hacerlo. Sin embargo, la figura es justa y de enorme trascendencia práctica: todo abogado con mediana experiencia forense puede imaginar cuán difícil –y hasta riesgoso– puede ser afirmar la notoria ineptitud de un juez, su negligencia habitual, sus prejuicios raciales, su insolvencia moral, su accesibilidad a los favores de los litigantes, la inoperante burocracia instalada en su juzgado, etc.

Esta amplitud interpretativa en materia recusatoria no es habitual en la ley ni en la doctrina o en la jurisprudencia. Ya el Conde de la Cañada enseñaba que "los jueces son acreedores de justicia por una presunción poderosa a que se consideren con la integridad y justificación necesarias para llevar las obligaciones de su oficio y, por ello, deben ser tratados con honor en las palabras y en los hechos. Quien recusa a un juez, duda de su integridad *y empieza desde aquí la injuria*, pues le considera fácil a desviarse del camino recto de la integridad y la justicia...".

A partir de estas enseñanzas absurdas, la recusación sin causa estuvo siempre rodeada de un halo desprestigiante, máxime cuando es harto conocido que a los jueces no les agrada –en rigor, les molesta grandemente– que los recusen. Y han sido ellos mismos quienes inspiraron reformas legislativas tendientes a suprimir lisa y llanamente la institución o limitarla en su uso, so pretexto de que ella sólo sirve para entronizar el alongamiento indebido de los pleitos, dando pie a artilugios en los que priva la mala fe. Y así es como la recusación sin causa ha sido erradicada en gran número de códigos procesales de América.

3.2.2. La excusación

La excusación es el medio que la ley acuerda al juez para afirmar y demostrar ante las partes en el proceso la ausencia de su competencia subjetiva y se traduce en el *deber* que tiene de apartarse del conocimiento de todo pleito respecto del cual o de sus sujetos intervinientes no puede actuar con plena garantía de la imparcialidad, impartialidad e independencia que requiere una actividad jurisdiccional válida. El instituto se presenta, así, como la contrapartida o reverso de la recusación: éste es un derecho de los litigantes; aquél, un deber del juez. En ambos casos el fin es el mismo: desplazar la competencia del juez a quien naturalmente –por acumulación de todas las pautas de competencia objetiva– corresponde conocer de un determinado proceso.

Las causales de excusación son *legales* y *morales* o *íntimas*.

a) *Las causales legales*: son las mismas que las leyes procesales enuncian al normar la recusación causada y, por ello, no ocasionan problema alguno

al intérprete: cuando se presentan en caso concreto, el juez tiene el deber de excusarse de inmediato.

b) *Las causales morales* o *íntimas*: son paralelas a las legales y habitualmente no encuadran en las previsiones normativas. Sin embargo, debe entenderse que resultan idóneas para que un juez se autoaparte del conocimiento de un asunto justiciable por existir ciertos motivos de decoro o de delicadeza. Los explicamos.

1) *Motivos graves de decoro.* El decoro es un concepto de enorme latitud: es el honor, el respeto que merece una persona, el recato, la dignidad, la propia estimación y el puntilloso acatamiento que ella hace respecto de los dictados de su propia conciencia, etcétera. Por eso es que hiere el decoro una ofensa recibida, del mismo modo que una insinuación malevolente, la sospecha o el desdén de alguien. Mucho más si ello nace de una parte procesal y tiene como destinatario al juzgador. De ahí que cuando un juez estima que su decoro no le permite actuar en un caso concreto con toda la independencia de criterio que su función le exige, existe una *violencia moral* que no debe ser desconocida por los demás integrantes del sistema judicial.

En centros judiciales –como ocurre en la Argentina– en los cuales se interpreta que las causales excusatorias deben ser analizadas *restrictivamente* (cosa que no dice la ley), estos motivos de apartamiento no son aceptados por todos los jueces. Por ello, hay veces en las que el subrogante legal del juez excusado cuestiona la causal que dio motivo a la excusación y, al negarla, le impone a aquél el deber de seguir actuando en el expediente respectivo. Esto no es bueno para el sistema. Casi de inmediato diremos el porqué.

2) *Motivos de delicadeza personal.* Por la amplitud de su pensamiento, citamos acá a Couture, el gran maestro oriental de todos los tiempos, cuando enseñaba que la delicadeza está tomada, en cuanto al tema, no en su sentido directo de finura, ternura o suavidad, sino de escrupulosidad y de miramiento. De donde resulta que, así considerada, la delicadeza constituye un grado superlativo del decoro: el honor y la propia estimación llevados

a su grado extremo. Al igual que el supuesto anteriormente mencionado, debe ser aceptado como genuina y correcta causal de excusación.

3.2.3. La dispensa de la causal de excusación

La sola excusación del juez no siempre produce el efecto de su inmediato apartamiento de la causa justiciable. Y es que la parte que hubiera podido invocar la respectiva causal para recusarlo puede otorgar una *dispensa* de la excusación, con lo cual ésta se debe tener por no operada.

Sabido es que tales causales son *a*) *absolutas*: parentesco, relación de crédito, interés, actuación como letrado, apoderado, defensor, fiscal, haber dado recomendaciones acerca del pleito, parentesco de jueces de sucesivos grados de conocimiento; y b) *relativas*: haber sido el juez testigo, perito, denunciante, acusador, denunciado o acusado, haber dictado sentencia como juez inferior, haber recibido beneficios de importancia, tener amistad o enemistad.

En los ordenamientos legales que aceptan la posibilidad de dispensar, sólo puede hacerse ello respecto de las causales relativas, no de las absolutas.

3.2.4. La actuación posterior

Similarmente a lo que ocurre en materia de competencia objetiva, la aceptación de la recusación o la excusación de un juez no vincula sin más al juez a quien se desplaza el conocimiento de la causa justiciable, ya que éste puede negarse a recibirla so pretexto de que la recusación fue inoportuna, hecha por quien no podía recusar, o en tipo de juicio en el cual no cabe el instituto, o de que la excusación carece de fundamento legal o de hecho que la sustente adecuadamente.

Cuando se presenta esta oposición, se formaliza entre los jueces un *conflicto negativo* de competencia en los términos que ya han sido explicados ("3.1.3. Los conflictos de competencia") en esta Lección.

TEXTO DE CÁTEDRA*

LA COMPETENCIA

SUMARIO

1. Concepto
2. Derecho al juez natural y principio de legalidad
   - 2.1. Características
     - 2.1.1. Pública
     - 2.1.2. Irrenunciable
     - 2.1.3. Improrrogable
     - 2.1.4. Inmodificabilidad o *perpetuatio jurisdictionis*
     - 2.1.5. Indelegabilidad
3. Criterios de determinación de la competencia
   - 3.1. Competencia por la naturaleza de la pretensión (competencia material)
   - 3.2. Casos de competencia según la pretensión, regulados en el CPC
   - 3.3. Cálculo de la cuantía
   - 3.4. Competencia funcional
   - 3.5. Competencia territorial
     - 3.5.1. Prórroga de la competencia territorial
   - 3.6. Competencia personal
     - 3.6.1. Demanda a persona natural
     - 3.6.2. Demanda a persona jurídica
     - 3.6.3. Acumulación subjetiva pasiva
     - 3.6.4. Acumulación subjetiva-objetiva
     - 3.6.5. Persona jurídica irregular
4. Competencia del Estado
5. Competencia facultativa (artículo 24)
6. La prevención

* Por el profesor Carlos Antonio PÉREZ RÍOS.

1. CONCEPTO

La competencia es la jurisdicción materializada, porque, a través de ella, se precisa e identifica a los órganos jurisdiccionales que deben conocer determinada pretensión; puede afirmarse, entonces, que a través de la competencia se hace efectiva y funcional la administración de justicia; los jueces adquieren dimensión concreta la misma que es lograda a través de variables tales como la especialidad, la jerarquía, el territorio, el tiempo, entre otras.

La competencia es una institución procesal cuya finalidad es determinar la capacidad o aptitud de los jueces para el ejercicio de la función jurisdiccional frente a determinadas pretensiones sometidas a su decisión. La competencia fija los límites de la jurisdicción para hacer real y eficaz la impartición del servicio de justicia.

El fundamento de la competencia radica en la necesidad de los Estados de distribuir su potestad jurisdiccional entre todos los jueces del Poder Judicial y de otras instituciones reconocidas constitucionalmente como el Fuero Militar y Arbitral, el Tribunal Constitucional, el Jurado Nacional de Elecciones, y las Comunidades Campesinas y Nativas.

Por consiguiente, la normatividad que concreta el ejercicio de la función jurisdiccional debe interpretarse de modo sistemático teniendo como objetivo final, la resolución rápida e integral de los conflictos socio-jurídicos en pro de la seguridad jurídica y la paz social.

2. DERECHO AL JUEZ NATURAL Y PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Es una de las garantías del *debido proceso,* según el cual ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley; presupone de modo vinculante que la aptitud e idoneidad judicial deben estar establecidas en la ley. Esta garantía evita los juzgamientos arbitrarios por jueces anónimos, jueces de excepción o designados por comisiones *ad hoc.*

El origen del derecho al *juez natural,* en su configuración actual, tiene como punto de partida el artículo 39 de la Carta Magna aprobada el 15 de junio de 1215 por el Rey Juan Sin Tierra de Inglaterra, primer documento jurídico-político que restringe el poder real. Se señala en esta norma lo siguiente: "Ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino".

El derecho al juez natural se evidencia en la necesidad de que la pretensión sea resuelta por el juez predeterminado por la ley. Por consiguiente, el derecho al juez natural es la garantía jurisdiccional constitucional de todo justiciable para que sea un juez establecido por la ley el que otorgue el servicio de justicia en cada caso concreto, lo cual presupone que dicho juez esté impregnado de los atributos de idoneidad, independencia e imparcialidad que garantice una decisión judicial conforme a derecho.

En tal sentido, el artículo 6 del CPC dispone que la competencia es establecida sólo por ley, y no puede renunciarse ni modificarse, salvo en aquellos casos expresamente previstos en la ley o en los convenios internacionales respectivos.

2.1. Características

2.1.1. Pública

La competencia tiene carácter público porque el ejercicio de la función jurisdiccional tiene como objetivo la búsqueda y preservación de la paz social mediante la gestión eficaz de los conflictos intersubjetivos con relevancia jurídica; propósito que debe realizarse con estricto respeto de las potestades judiciales predeterminadas por la ley.

2.1.2. *Irrenunciable*

El juez competente para conocer determinada materia no puede renunciar a asumir el servicio de justicia impetrado porque la atribución de la cual está investido es imperativa y de orden público. Así lo establece el segundo párrafo del artículo 6 del CPC: "La competencia civil no puede renunciarse ni modificarse, salvo en aquellos casos expresamente previstos en la ley o en los convenios internacionales respectivos".

Entonces la competencia es irrenunciable porque sus reglas se aplican y se imponen aún en el supuesto de que el juez o las partes quisieran apartarse de ellas; son normas imperativas (*ius cogens*). Sin embargo, pueden surgir situaciones que pongan en entredicho la imparcialidad judicial; ante esto, si el juez se considera impedido, remite el expediente a quien deba reemplazarlo. Esta decisión no es una renuncia, sino a una declaración de impedimento por circunstancias interpersonales, profesionales y funcionales del juez que provienen de un contexto social determinado.

Estas causales están reguladas en el artículo 305 del CPC; en consecuencia, el juez se encuentra impedido de dirigir un proceso cuando: 1) ha sido parte anteriormente en el proceso en curso; 2) él o su cónyuge o concubino tiene parentesco dentro del cuarto grado de consanguinidad, segundo de afinidad o de adopción con alguna de las partes o con su representante o apoderado o con un abogado que interviene en el proceso[122]; 3) él o su cónyuge o concubino tiene el cargo de tutor o curador de cualquiera de las partes; 4) han recibido él o su cónyuge o concubino beneficios, dádivas de alguna de las partes, antes o después de empezado el proceso, aunque ellos sean de escaso valor; 5) ha conocido el proceso en otra instancia, salvo que haya realizado únicamente actos procesales de mero trámite.

En materia de Derecho Internacional Privado, la competencia de los jueces peruanos no es ajena a los principios de legalidad e irrenunciabili-

122 El impedimento previsto en la segunda causal sólo se verifica cuando el abogado ya estaba ejerciendo el patrocinio de la causa. Está prohibido al abogado asumir una defensa que provoque el impedimento del Juez".

dad. Sus reglas están previstas en el Título II del Libro X del CC peruano, bajo la desafortunada denominación de *competencia jurisdiccional.* No es correcto afirmar que la competencia de un juez se torne renunciable por convenios internacionales como se infiere del segundo párrafo del artículo 6 del CPC, sino únicamente que las reglas de competencia del juez nacional están prefijadas en el instrumento internacional respectivo.

2.1.3. Improrrogable

La improrrogabilidad rige para todos los criterios de determinación de la competencia, salvo para el criterio territorial. Si bien por regla general, la competencia es improrrogable, en materia territorial sí lo es, salvo en aquellos casos en los que la ley disponga expresamente que la competencia territorial no sea prorrogable.

En materia territorial, la prórroga de la competencia puede ser expresa o tácita. Sin perjuicio de lo que más adelante expondremos, es importante señalar que la prórroga expresa es el acuerdo manifiesto de las partes a través del cual deciden someterse a un juez distinto al previsto legalmente. Por su parte, la prórroga tácita se produce, para el demandante, cuando éste decide proponer su demanda ante un juez distinto al previsto en la ley; mientras que, para el demandado, cuando comparece al proceso sin hacer reserva de ello o cuando deja transcurrir el plazo que tenía para cuestionar la competencia, sin hacerlo.

2.1.4. Inmodificabilidad o perpetuatio jurisdictionis

La competencia se establece en concordancia con la situación vigente al momento de la postulación de la demanda, aunque con posterioridad cambien las circunstancias fácticas o jurídicas que sirvieron para determinar la imbricación de este principio con el principio de legalidad, así como el derecho al juez natural, es evidente e inobjetable.

En virtud de este principio, el juez está prohibido de sustraerse de la competencia que inicialmente asumió, en términos prácticos, luego de admitida la demanda; sólo el demandado puede cuestionarla cuando

se le notifica de la existencia del proceso mediante la excepción correspondiente.

Finalmente, el principio de inmodificabilidad o *perpetuatio jurisdictionis* es uno de los componentes específicos del derecho al debido proceso, y está considerado dentro de los derechos fundamentales a la libertad y seguridad personales como garantía de un juicio justo.

2.1.5. Indelegabilidad

La potestad jurisdiccional otorgada a cada juez, por el Consejo Nacional de la Magistratura, es ejercida de modo personalísimo porque la competencia es un instituto de orden público. En consecuencia, ningún juez civil puede delegar en otro la competencia que la ley le atribuye; sin embargo, puede comisionar a otro juez la realización de actuaciones judiciales fuera de su ámbito de competencia territorial, así lo señala el artículo 7 del CPC.

El acto de comisionar a otro juez la realización de una actuación judicial fuera de su ámbito de competencia territorial es denominado *exhorto...*

El exhorto puede ser dirigido a los cónsules del Perú[123], quienes tienen las mismas atribuciones del juez, salvo el uso de apremios. En efecto, el Decreto Supremo 076-2005-RE, aprueba el reglamento consular del Perú y en su título XIII regula las funciones judiciales de dichos funcionarios.

123 El Decreto Supremo N.º 076-2005-RE del 05 de octubre de 2005 aprobó el *Reglamento de la Ley del Servicio Diplomático* de la República; en su artículo III establece lo siguiente: "Se entiende por funcionarios consulares a los miembros del Servicio Diplomático de la República acreditados como tales ante el Estado receptor en sus respectivas circunscripciones. Son responsables del ejercicio de las funciones consulares, atendiendo los intereses del Estado peruano y de sus nacionales, dentro de los límites señalados por las leyes peruanas, las leyes del Estado receptor y los tratados internacionales aplicables. Son también funcionarios consulares, conforme al Derecho Internacional y en particular a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares de 1963 (en adelante Convención de Viena), los Funcionarios Consulares Honorarios y Agentes Consulares, los mismos que pueden ser personas nacionales o extranjeras".

3. CRITERIOS DE DETERMINACIÓN DE LA COMPETENCIA

La competencia sólo puede ser establecida por ley y para su determinación son tomados en cuenta determinados criterios, variables o factores.

Explica Beatriz Quintero que la tarea reguladora de la competencia implica la elaboración de un plan que contenga el conjunto de litigios, su distribución por grupos o clases de ellos, así como la asignación de cada especie a un oficio diferente; contiene también una constitución diferenciada de los jueces, de tal manera que cada uno de ellos se ofrezca como el de mayor idoneidad para la composición de un determinado grupo de litigios[124].

3.1. Competencia por la naturaleza de la pretensión (competencia material)

Se determina por la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulan; por tal razón, también es conocida como factor objetivo. De este modo, se configuran las especializaciones jurisdiccionales o competencias tales como: jueces especializados en materia civil, penal, laboral, constitucional, contenciosa administrativa, familiar, comercial, etc.

Tratándose de la determinación de la competencia en materia civil, cuando se invoca este criterio, se alude a aquellas pretensiones típicas que por su trascendencia jurídica la ley (CPC o en otras normas legales) precisa quién es el juez competente.

Se trata de pretensiones específicas, como sucede con la pretensión sucesoria, expropiatoria o incapacidad de las personas, casos en los cuales la competencia del juez civil está regulada en el CPC; asimismo, esta competencia puede estar preestablecida en otras normas especiales como sucede con la pretensión impugnatoria de acuerdos asociativos por vulneración de disposiciones legales o estatutarias en cuyo caso el

124 Quintero/Prieto, *Teoría general del proceso*, cit., t. I, p. 204.

artículo 92 del CC del Perú establece que es competente el juez civil del domicilio de la asociación.

3.2. Casos de competencia según la pretensión, regulados en el CPC

Son ocho los casos regulados en el CPC:

1) La pretensión de garantía, accesoria y complementaria es competencia del juez pretensión de garantía postulada como pretensión principal, aunque consideradas individualmente no alcancen o excedan el límite de la cuantía establecida para la competencia del juez o de su competencia territorial (art. 32).

2) Si la pretensión cautelar es solicitada antes del inicio del proceso a cautelar; si se solicita la actuación de prueba anticipada, el juez competente es el que por razón de grado le corresponde conocer la demanda a interponerse a continuación (art. 33).

3) Los procesos de ejecución se someten a las reglas generales sobre competencia, salvo disposición distinta del CPC (art. 34).

4) En el proceso no contencioso es competente el juez del lugar del domicilio de la persona que lo promueve o en cuyo interés se promueve, salvo disposición legal o pacto en contrario (art. 23).

5) En materia sucesoria, es competente el juez del lugar en donde el causante tuvo su último domicilio en el país. Esta competencia es improrrogable (art 19).

Cualquiera sea la pretensión contenciosa en materia sucesoria es juez competente el juez civil donde el causante tuvo su último domicilio en el país. Las pretensiones nominadas más frecuentes son las siguientes: la petición de herencia y declaración de heredero por preterición, reivindicación de bienes hereditarios, resarcimiento por enajenación de bienes hereditarios, nulidad de testamento, sucesión intestada.

6) Sobre expropiación, tratándose de bienes inscritos, es competente el juez del lugar en donde el derecho de propiedad se encuentra inscrito.

Si la expropiación versa sobre bienes no inscritos, es competente el del lugar donde el bien está situado, aplicándose, en su caso (art. 24, inc. 1, y art. 20).

7) En materia de patria potestad, tutela y curatela, se trate o no de asuntos contenciosos, es competente el Juez del lugar donde se encuentra el incapaz.

Para instituir las curatelas de bienes a que se refieren los artículos 597 al 600 del CC, es competente el juez del lugar donde se encuentren todos o la mayor parte de los bienes, observándose, en su caso, la regla establecida en el CC.

Para las curatelas especiales a que se refiere el artículo 606 del CC, se observará lo dispuesto en el artículo 23 del mismo CC (art. 21).

8) Respecto a las pretensiones de obligación de dar suma de dinero, la competencia por razón de la cuantía se determina de acuerdo al valor económico del petitorio conforme a las siguientes reglas:

De acuerdo a lo expresado en la demanda, sin admitir oposición al demandado, salvo disposición legal en contrario; y si de la demanda o sus anexos aparece que la cuantía es distinta a la indicada por el demandante, el juez, de oficio, efectuará la corrección que corresponda y, de ser el caso, se inhibirá de su conocimiento y la remitirá al juez competente (art. 10).

3.3. Cálculo de la cuantía

Se suma el valor del objeto principal de la pretensión, los frutos, intereses y gastos, daños y perjuicios, y otros conceptos devengados al tiempo de la interposición de la demanda, pero no los futuros.

Si una demanda comprende varias pretensiones, la cuantía se determina por la suma del valor de todas. Si se trata de pretensiones subordinadas o alternativas, sólo se atenderá a la de mayor valor.

Si son varios los demandados, la cuantía se determina por el valor total de lo demandado (art. 11).

En las pretensiones relativas a derechos reales sobre inmueble, la cuantía se determina en base al valor del inmueble vigente a la fecha de interposición de la demanda. Sin embargo, el juez determinará la cuantía de lo que aparece en la demanda y su eventual anexo. Si éstos no ofrecen elementos para su estimación, no se aplicará el criterio de la cuantía y será competente el juez civil (art. 12).

Si como consecuencia de una manifiesta alteración de la cuantía se declara fundado un cuestionamiento de la competencia, el demandante pagará las costas, costos y una multa no menor de una ni mayor de cinco Unidades de Referencia Procesal (art. 13).

3.4. Competencia funcional

De acuerdo con este factor, la designación del juez competente se cumple no por causa de una particularidad de la controversia, sino por una cualidad de la actividad, del cargo, o sea, de la función que ejerce. Estamos frente a la competencia por grado, según la etapa o instancia procesal.

Es la potestad que la ley asigna a cada juez en determinado proceso para disponer la realización de actos y expedir la resolución correspondiente a la primera o segunda decisión final. La competencia funcional por ello es también conocida como *competencia vertical* o *por razón de grado*.

Entonces, según este criterio tenemos jueces de primer grado o *a quo* y jueces de segundo grado o *ad quem*. El *a quo* es el juez contra cuya sentencia se interpone recurso de apelación; en tanto que el *a quem* es el juez ante el que se recurre para la revocación, confirmación o anulación de la resolución de un juez inferior. Fluye de lo señalado que el fundamento de la competencia funcional, su factor dinamizador es la pluralidad de instancias sin el cual no podría admitirse la posibilidad del *a quem*.

La relación funcional entre *a quo* y *ad quem* tiene la siguiente presentación:

Juez de primer grado, *a quo*	**Juez de segundo grado, *ad quem***
Juez de paz	Juez de paz letrado
Juez de paz letrado	Juez especializado
Juez especializado	Juez superior

Si por la naturaleza de la pretensión u otra causa análoga no pudiera determinarse la competencia por razón de grado, es competente el juez civil (art. 14 del CPC).

También es un caso de competencia funcional especial aquel en el cual, por conflictos de competencia entre jueces de igual grado, la ley dispone que sea la Sala Civil la que resuelva la controversia.

Por último, el artículo 28 del CPC establece que la competencia funcional queda sujeta a las disposiciones de la Constitución, de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del CPC.

3.5. Competencia territorial

La variable considerada para atribuir competencia al juez es la cercanía de la sede judicial a quienes actúan en el proceso y a los elementos objetivos conformantes de la pretensión. El fundamento es que el proceso se desarrolle en donde están las partes, para facilitárseles su actuación.

Puede definirse al fuero, según Jaime GUASP[125], como la relación de carácter territorial que liga a uno de los elementos de la pretensión con la circunscripción de cada órgano jurisdiccional y aparece considerado por la ley como causa determinante de la competencia. Es absolutamente comprensible que el juez esté próximo al lugar donde se actuaría el medio probatorio de inspección judicial.

125 Citado por QUINTERO/PRIETO, *Teoría general del proceso*, cit., t. I, pp. 212-213.

3.5.1. Prórroga de la competencia territorial

La prórroga de la competencia territorial también es conocida como desplazamiento de la competencia que se produce de modo expreso o tácito.

a) Prórroga convencional

Es la prórroga expresa de la competencia territorial y puede definírsela como el acto jurídico de contenido procesal por el cual las partes convienen por escrito, someterse a la competencia territorial de un juez distinto al que corresponde, excepto que la ley la declare improrrogable como sucede en materia sucesoria (art. 25 del CPC).

b) Prórroga tácita de la competencia territorial

Se produce la prórroga tácita de la competencia para el demandante por el hecho de interponer la demanda y para el demandado por comparecer al proceso sin hacer reserva o dejar transcurrir el plazo sin cuestionar la competencia (art. 26 del CPC).

3.6. Competencia personal

También conocida como competencia subjetiva, está determinada por el lugar en donde domicilian las personas que integran la relación procesal; según este criterio, en el proceso prevalece la jurisdicción territorial o personal del demandado. *Actor sequitur* fórum *rei* es el aforismo latino que significa *el demandante debe litigar en el foro del demandado.*

Como bien señala Beatriz QUINTERO, el criterio por razón de la persona, de la parte o del imputado, obedece a razones de política procesal, basadas en consideraciones de índole social; por ejemplo, por la posición destacada que el imputado tenga en la organización estatal[126].

Se invoca como fundamento principal de este criterio competencial que la intervención del demandado en el proceso obedece a la voluntad del demandante; luego debe garantizarse la comparecencia de aquél ante

126 QUINTERO/PRIETO, *Teoría general del proceso*, cit., t. I, p. 209.

el juez de su domicilio para facilitarle su defensa; este último argumento es igualmente aplicable a los intereses del demandante. Por estas consideraciones, la competencia subjetiva o personal es prorrogable.

3.6.1. Demanda a persona natural

Dispone el artículo 14 del CPC las siguientes reglas

Regla general: cuando se demanda a una persona natural, es competente el juez del lugar de su domicilio, salvo disposición legal en contrario.

Reglas especiales:

Domicilios múltiples. Cuando el demandado se domicilia en varios lugares puede ser demandado en cualquiera de ellos.

Domicilio inexistente o desconocido. Cuando el demandado carece de domicilio o éste es desconocido, es competente el juez del lugar donde se encuentre el demandado o el del domicilio del demandante, a elección de este último.

Domicilio en el extranjero. Cuando el demandado se domicilia en el extranjero, es competente el juez del lugar del último domicilio que tuvo en el país.

3.6.2. Demanda a persona jurídica

En el supuesto de tener que emplazar con la demanda a una persona jurídica dispone el artículo 17 del CPC lo siguiente:

Regla general: Si se demanda a una persona natural es competente, el juez del domicilio en donde tiene su sede principal, salvo disposición legal en contrario.

Regla especial: En caso de contar con sucursales, agencias, establecimientos o representantes debidamente autorizados en otros lugares, puede ser demandada, a elección del demandante, ante el Juez del domicilio de la sede principal o el de cualquiera de dichos domicilios, en

donde ocurrió el hecho que motiva la demanda o donde sería ejecutable la pretensión reclamada.

3.6.3. Acumulación subjetiva pasiva

Cuando se esté frente a una pluralidad de demandados que domicilian en lugares distintos, es competente el juez del lugar del domicilio de cualquiera de ellos (art. 15 del CPC).

Situaciones: Si uno de los demandados domicilia en el distrito de Miraflores y el otro en el distrito de Puente Piedra (Cortes Superiores Diferentes), puede interponerse la demanda ante el juez de la Corte Superior de Lima Norte o ante el Juez de la Corte Superior de Lima.

Si por la materia y el monto el caso fuere de competencia de un juez de Paz Letrado, uno de los demandados domicilia en el distrito de Lince y el otro en el distrito de La Victoria, la demanda puede interponerse ante el juez de Paz Letrado de cualquiera de dichos distritos.

3.6.4. Acumulación subjetiva-objetiva

Como en el caso anterior cuando se emplaza a varios demandados por razones de conexión y se postula varias pretensiones, es competente el juez del domicilio de cualquiera de ellos (art. 16 del CPC).

Con este propósito, debe tenerse en cuenta los requisitos exigidos por el artículo 86 del CPC, según el cual esta acumulación es procedente siempre que las pretensiones provengan de un mismo título, se refieran a un mismo objeto o exista conexidad entre ellas; además, se deben cumplir con los requisitos del artículo 85 del CPC, en cuanto sean aplicables y se presenta cuando en un proceso se acumulan varias pretensiones de varios demandantes o contra varios demandados.

Situación: se demanda como pretensión principal: nulidad de la compra-venta del inmueble ubicado en Jr. Mariano Melgar, Jesús María-Lima, celebrado el 20 de mayo de 2018. Como pretensiones accesorias de demanda: nulidad de la escritura pública respectiva otorgada ante

la Notaría Vargas Valdivieso, kardex 10742, y cancelación del asiento registral respectivo. Se demanda a los copropietarios Martín Campos Valles domiciliado en Calle Tarapacá 763 de Pucallpa, departamento de Ucayali y María de la Soledad Rodríguez Sánchez, domiciliada en Jr. Talara, Huaraz, departamento de Ancash.

En la situación expuesta, el demandante puede interponer su demanda ante el juez civil del domicilio de cualquiera de los demandados.

3.6.5. *Persona jurídica irregular*

Si la demanda está dirigida contra asociaciones, fundaciones, comités y sociedades no inscritas o de cualquier otra entidad cuya constitución, inscripción o funcionamiento sea irregular, es competente el juez del lugar en donde realizan la actividad que motiva la demanda o solicitud. La misma regla se aplica en caso de demandarse directamente a su representante, administrador, director u otro sujeto por actos realizados en nombre de la persona jurídica (art. 18 del CPC).

4. COMPETENCIA DEL ESTADO

La determinación del juez competente en este caso se desprende de la naturaleza del conflicto de intereses: si éste tiene su origen en una relación de derecho privado, se aplica las reglas generales de la competencia; en caso contrario, es competente el juez del lugar donde tiene su sede la oficina o repartición del Gobierno Central, Regional, Local o ente de derecho público que hubiera dado lugar al acto o hecho contra el que se reclama.

Se procede del mismo modo cuando la demanda se interpone contra órgano constitucional autónomo o contra funcionario público que hubiera actuado en uso de sus atribuciones o ejercicio de sus funciones (art. 27 del CPC).

5. COMPETENCIA FACULTATIVA (ARTÍCULO 24)

La competencia es facultativa cuando el demandante puede interponer su demanda ante el juez del domicilio del demandado o, a su elección, interponerla ante:

1. El juez del lugar en que se encuentre el bien o bienes, tratándose de pretensiones sobre derechos reales. Igual regla rige en los procesos de retracto, título supletorio, prescripción adquisitiva y rectificación o delimitación de áreas o linderos, expropiación, desalojo e interdictos. Si la demanda versa sobre varios inmuebles situados en diversos lugares, es competente el juez de cualquiera de ellos.

2. El juez del último domicilio conyugal, tratándose de nulidad del matrimonio, régimen patrimonial del matrimonio, separación de cuerpos, divorcio y patria potestad.

3. El juez del domicilio del demandante en las pretensiones alimenticias. La misma regulación está contenida en el artículo 560 del CPC: "Corresponde el conocimiento del proceso de alimentos al juez del domicilio del demandado o del demandante, a elección de éste". Se dispone además en esta norma que el juez rechazará de plano cualquier cuestionamiento a la competencia por razón de territorio.

4. El juez del lugar señalado para el cumplimiento de la obligación.

5. El juez del lugar en donde ocurrió el daño, tratándose de pretensiones indemnizatorias por responsabilidad extracontractual.

6. El juez del lugar en que se realizó o debió realizarse el hecho generador de la obligación, tratándose de prestaciones derivadas de la gestión de negocios, enriquecimiento indebido, promesa unilateral o pago indebido.

7. El juez del lugar donde se desempeña la administración de bienes comunes o ajenos al tiempo de interponerse las demandas de rendición, de aprobación o de desaprobación de cuentas o informes de gestión.

6. La prevención

Según el *Diccionario de la lengua española*, *prevenir* es preparar, aparejar y disponer con anticipación lo necesario para un fin.

Trasladado este significado al proceso, decimos que la prevención reconoce competencia al juez que se anticipó a los demás en el conocimiento de la causa, en aquellos casos en los que, por disposición de la ley, son varios los jueces que podrían conocer el mismo asunto; es decir, el juez que conoce primero, previene y la ley le reconoce competencia por haberse anticipado en el conocimiento de la causa. La prevención no opera sólo por el hecho de la interposición y admisión de la demanda, el dato que otorga materialidad a la prevención es el emplazamiento con la demanda, o sea, previene quien emplaza y notifica primero.

En efecto, previene el juez que emplaza en primer lugar al demandado. En caso de pluralidad de demandados en el mismo o en diferentes procesos, previene el órgano jurisdiccional que efectuó el primer emplazamiento, así lo establece el artículo 29 del CPC.

En primera instancia, la prevención sólo es procedente por razón de territorio. En segunda instancia previene el órgano jurisdiccional que conoce primero el proceso. Este conocimiento se tiene efectuado por la realización de la primera notificación (art. 31 del CPC).

PARTE III
EN CUANTO SE RELACIONAN CON EL RESISTENTE (DEMANDADO O REO)

LECCIÓN 10

LAS POSIBLES REACCIONES DEL RESISTENTE

SUMARIO

1. El derecho de defensa en juicio
2. El concepto de *reacción procesal*
3. Los requisitos generales para el ejercicio válido de la reacción procesal
4. Las posibles reacciones del resistente no penal
   - 4.1. La abstención del demandado
   - 4.2. La sumisión del demandado
   - 4.3. La oposición del demandado
     - 4.3.1. Los requisitos de la oposición del demandado
     - 4.3.2. La contradicción del demandado
     - 4.3.3. La excepción del demandado
   - 4.4. La reconvención
5. La reacción del reo penal

1. EL DERECHO DE DEFENSA EN JUICIO

A modo de introducción al tema, reiteramos idea ya expuesta: siendo el proceso un método de *debate dialéctico*, es obvio que constituye un *medio* para que se desarrolle un *diálogo pacífico y dirigido* entre quien pretende (actor, reconviniente, acusador público o privado) y quien resiste

(demandado, reconvenido, acusado, imputado, reo o querellado), durante cuyo desarrollo uno afirma (*tesis*) y el otro niega (*antítesis*) para que el tercero (juez, árbitro o arbitrador) que lo dirige pueda hacer oportunamente la síntesis final (*sentencia*). Como hace a la idea lógica de proceso el que las partes, que son antagónicas y naturalmente desiguales, se hallen en pie de perfecta igualdad –pues a sus efectos no basta la afirmación del pretendiente ni puede influir para nada su posición social, política, cultural, etcétera– es menester que todo lo que una parte afirme o confirme respecto de la otra sea conocido por ésta a fin de poder controvertir la afirmación o confirmación (por eso es *diálogo* y no *monólogo*) y viceversa. Este derecho es tan importante y elemental (sin su existencia no habría proceso), que se halla expresa o implícitamente establecido en todas las constituciones antiguas y modernas que, en términos más o menos similares, garantizan la *inviolabilidad de la defensa en juicio*.

Desde siempre, los publicistas han interpretado las cláusulas que instrumentan tal garantía desde la óptica del demandado y, muy especialmente, de la del reo penal, olvidando que el derecho de defensa en juicio cubre también e igualmente al actor o al acusador.

Al definir a la acción procesal (partiendo desde la actividad que se cumple en el plano jurídico) como una particular instancia que es *necesariamente bilateral*, ocurre que el concepto sirve por igual para las dos partes contendientes en un proceso: *ambas instan bilateralmente*, de modo que la afirmación del actor, por ejemplo, debe ser conocida por el demandado a efecto de que pueda controvertirla, al igual que la afirmación del demandado (ya se verá que esto es en esencia su actividad de *excepcionar*) debe ser conocida por el actor a fin de que pueda discutirla, etc. De allí que ambas actividades –la del actor y la del demandado– se diferencien sólo por el tiempo *sucesivo* en el cual se realizan: una es necesariamente anterior a la otra. Por eso es que, reflejando esa circunstancia, la más moderna concepción del tema lo menciona utilizando los vocablos *acción* y *reacción* (en idioma castellano significa "acción que resiste o se opone a otra acción, obrando en sentido contrario a ella"). Pero la definición castiza no revela de modo exacto lo que técnicamente ocurre en el plano

procesal, ya que por razones obvias el demandado no está obligado *siempre* a contradecir: ya se verá en el número siguiente cuáles son las posibles actitudes que puede adoptar una vez incoado el proceso.

2. EL CONCEPTO DE *REACCIÓN PROCESAL*

Sabido es que, tanto el proceso con pretensión civil cuanto el penal, laboral, etcétera, comienza siempre –y así debe ser– con una fase de necesaria *afirmación*[127]: exteriorizando el ejercicio de la *acción*, el *pretendiente* presenta ante la autoridad (juez o árbitro) una *demanda* (o *reconvención*, *acusación* o *querella*) conteniendo una *pretensión* respecto del *resistente* (*demandado*, *reconvenido*, *demandado por el reconviniente*, *acusado* o *querellado*).

La fase siguiente está concebida como de *eventual negación* y, como tal, es apta para que el demandado[128] *resista* dicha pretensión, oponiéndose a ella. Destacamos que la fase es de carácter *eventual* pues, al momento de poder hacerlo, es factible que el demandado no oponga resistencia, sino que, por el contrario, acepte someterse a la voluntad del actor. Del mismo modo, puede suceder que el demandado se desinterese por completo del debate, aun sabiendo que corre el riesgo de ser condenado en la sentencia.

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

---

127 Toda demanda tiene siempre la afirmación de un hecho: le presté y no devolvió, le vendí y no pagó el precio, debe arriendos, me despidió sin causa, hurtó, etcétera. No se concibe lógicamente una demanda sin hechos...

128 De aquí en más, y a modo de simplificación, daremos el nombre genérico de demandado a todos los posibles resistentes.

3. LOS REQUISITOS GENERALES PARA EL EJERCICIO VÁLIDO DE LA REACCIÓN PROCESAL

Habida cuenta de la exacta similitud que existe en la esencia misma de las actividades de accionar y de reaccionar procesalmente, tal como ya han sido presentadas en el punto 1 de esta Lección y, además, la diferencia exclusivamente temporal que muestran ambas, parece obvio que el único requisito de la reacción debe ser la *capacidad jurídica del demandado.* A lo ya explicado acerca del mismo tema relativo a la acción procesal, corresponde agregar ahora que cuando la demanda se dirige contra una persona fallecida o cuando el ya demandado fallece durante el curso de la serie procedimental, queda obviamente impedida la formación válida del proceso por falta de capacidad jurídica de aquél. Para descartar el problema y lograr un proceso útil en el cual exista un adecuado contradictorio, corresponde citar a los herederos del causante para que ellos tomen su participación en el proceso.

La generalidad de las leyes que adoptan expresamente esta solución prevén que la citación debe ser efectuada mediante *edictos*; además, establecen que si los interesados no comparecen cabe la designación de un *curador* que habitualmente cumple una doble función: la de *curador ad hoc de la herencia* y la de *defensor de los herederos rebeldes*, carácter en el cual actúa durante el curso faltante de la serie procedimental (Cpcn, arts. 43 y 53.5).

4. LAS POSIBLES REACCIONES DEL RESISTENTE NO PENAL

4.1. La abstención del demandado

Puede suceder que el demandado no concurra al proceso, porque no ha conocido su iniciación o, más sencillamente, porque no le interesa sostener la discusión propuesta por el actor.

Puede ocurrir también que, luego de concurrir al proceso cuando el juez lo cita a *comparecer* ante él, guarde silencio en la *fase de negación*, durante la cual debe expresarse so pena de surgir algún efecto contrario a

su posición en el litigio (las consecuencias de este supuesto son similares a las del anterior). De ahí que las leyes procesales, al regular los efectos de la *inactividad* de alguna de las partes, deban establecer cuál es el valor del *silencio* en el campo del proceso.

En el derecho privado, generalmente, rige norma similar a la contenida en el Ccc, art. 263: "El silencio opuesto a actos o a una interrogación no es considerado como una manifestación de voluntad conforme al acto o la interrogación, excepto en los casos en que haya un deber de expedirse que puede resultar de la ley, de la voluntad de las partes, de los usos y prácticas, o de una relación entre el silencio actual y las declaraciones precedentes".

Más adelante se verá que, en la tarea de procesar, el juez se concreta a *conectar* las instancias de las partes, a cuyo efecto les genera *cargas* cuyo incumplimiento debe revertir necesariamente en contra del interés del incumpliente. En este sentido –el de *carga*– es que tiene que ser comprendido el vocablo *deber* (antes *obligación*) utilizado en la norma mencionada. Por tanto, el guardar silencio cuando el juez coloca al demandado en la *carga de contestar* (fase de negación) es obvio que debe producir algún efecto contrario al interés de éste porque, caso contrario, el proceso sería absolutamente inútil como medio de debate.

Los códigos más modernos legislan que, en tal supuesto, el demandado acepta implícitamente la existencia y exactitud de los *hechos* afirmados por el actor, a consecuencia de lo cual éste queda automáticamente relevado de confirmarlos. En otras palabras: el silencio genera *una presunción* establecida por la ley, que siempre es de carácter *relativo* y, por ende, admite prueba en contrario por parte del demandado.

Esta posición –que otorga papel relevante al silencio– es congruente con el concepto de *proceso* como *método de diálogo*. Y es que toda conversación está siempre plagada de silencios, al igual que la música, pues a veces un determinado silencio dice mucho más que cualquier afirmación.

Adviértase que la aceptación refiere sólo a los *hechos*, nunca al *derecho*, toda vez que éste debe ser aplicado por el juez con prescindencia de

la voluntad de las partes, salvo cuando se trata de litigio sobre derechos transigibles. Reiteramos: los métodos pueden ser varios y contingentes; de ahí que sea imprescindible legislar un exacto valor del silencio en un proceso que se desarrolle conforme con un verdadero sistema, más allá de lo que puedan decir al respecto las eventuales leyes que rigen actualmente el problema. Pero debe quedar en claro que, si un cuerpo legal no le otorga efectos estrictamente determinados, el método así consagrado es indudablemente ineficaz. Y ello por razón elemental: si en los términos generalizados de las leyes sólo deben ser materia de confirmación los *hechos controvertidos* o *contradichos* (es decir, los afirmados en la demanda y negados en la contestación) y resulta que si el demandado se abstiene –no responde– y su silencio carece de efectos adversos a su propio interés, *el actor deberá confirmar todo lo que afirmó.* Esto es lo que sucede en algunos códigos que establecen que, en caso de falta de contestación a la demanda por parte del demandado, el juez *podrá* tenerlo –al momento de sentenciar– por conforme con las cuestiones de hecho debatidas. Con lo cual, el silente se coloca procesalmente en mejor situación que el que acató el cumplimiento de la carga de responder toda vez que, por el temor de que en oportunidad de dictar sentencia el juez entienda que algo debió ser confirmado y no lo fue, el actor termine perdiendo el pleito que litiga contra nadie.

4.2. La sumisión del demandado

Puede suceder también que, incoado un proceso, el demandado decida someterse a la pretensión del actor, efectuando la prestación reclamada por éste en la demanda.

Esta actitud implica no oponer resistencia alguna en el litigio, aunque cabe suponer que ella existió en el plano de la realidad pues de otra forma no puede ser explicada la existencia del conflicto. De ahí que el proceso en el cual esto ocurre debe terminar de inmediato, *toda vez que nada hay para discutir en lo que sólo es un medio de debate.* Se llega así a una de las soluciones *autocompositivas* estudiadas con anterioridad. Sin embargo, algunas legislaciones no exigen la efectiva dación de la prestación reclamada, sino que se contentan con pedir del demandado la mera ex-

presión o promesa de su sumisión. Cuando esto ocurre es menester llegar, sin más trámites, a la emisión de la sentencia por el juzgador. Resulta así que, en las leyes que esto consagran, el proceso termina realmente por la vía heterocompositiva de la sentencia.

Procesalmente, la sumisión del demandado se designa con la denominación de *allanamiento* que, como tal, es realizable en cualquier momento del proceso. Pero para que éste pueda operar es menester que la relación jurídica litigiosa verse acerca de un derecho que sea *disponible* (transigible) para las partes. De ahí que no pueda aceptarse judicialmente –y, por ende, carece de todo efecto– el allanamiento recaído respecto de pretensión fundada en derecho indisponible. Por ejemplo, si el actor pretende la declaración de nulidad de un matrimonio, poco importa que el cónyuge demandado se allane o no, pues siempre deberá el actor acreditar ante el juez los hechos que fundamentan la pretensión.

Como en cualquier sistema la actitud de sumisión importa la voluntad de no litigar, las leyes procesales en general la estimulan mediante una suerte de compensación que premia el espontáneo aquietamiento de las pasiones. Y así, cuando el allanamiento es *oportuno* (debe presentarse sólo en la fase de la negación, al tiempo de estar vigente el plazo para contestar la demanda), *real* (debe surgir inequívocamente de la actuación respectiva la voluntad de no litigar), *incondicionado* (debe ser puro y simple, no formulado subsidiariamente o con reservas o condiciones) y *total* (debe comprender la totalidad de la pretensión actora), el demandado se exime de cargar con el pago de las costas devengadas en el proceso.

Sin que medie allanamiento puede ocurrir, finalmente, que el demandado admita los hechos invocados por el actor (pero no el derecho) o, a la inversa, admita el derecho, pero no los hechos: esto se conoce con las denominaciones respectivas de *confesión* y de *reconocimiento*.

4.3. La oposición del demandado

Puede suceder también que el demandado oponga una *resistencia* a la pretensión demandada, oponiéndose en el proceso a aceptarla.

Esto es lo que origina el desarrollo de toda la serie procedimental y, de no mediar una solución autocompositiva durante su curso, desembocará en la sentencia que resolverá el litigio.

La oposición debe operar en la fase de negación del proceso y puede presentarse de dos maneras:

a) contradiciendo los argumentos fundantes de la pretensión, mediante la simple *negativa* acerca de la existencia del hecho constitutivo de la obligación cuya prestación pretende el actor o del derecho en la cual la fundamenta (esto es la *contestación de demanda*) y

b) mediante la *afirmación de un hecho* extintivo, impeditivo, invalidativo o convalidativo (oportunamente se explicará todo ello) del hecho constitutivo o invalidativo invocado por el actor en su demanda (esto es la *oposición de excepciones*).

Un ejemplo ayudará a comprender la distinción: si Juan demanda a Pedro pretendiendo cobrar una suma de dinero que dice que le prestó y no le devolvió, Pedro puede oponerse a la pretensión diciendo simplemente a Juan que *no le debe* (contradiciendo) o, también, que *ya le pagó* (excepcionando).

En el lenguaje corriente ambas respuestas parecen tener idéntico significado: Pedro no se considera deudor. Sin embargo, en el tecnicismo procesal existe enorme diferencia entre ellas: decir que *no se debe* implica negar la existencia misma del hecho constitutivo de la obligación (a consecuencia de lo cual y conforme con las reglas que gobiernan el diálogo procesal, Juan tendrá que *confirmar* su afirmación inicial, negada por Pedro; y si no logra efectuarla, perderá el litigio; como se ve, nada tiene que hacer Pedro luego de emitir su simple negativa); por lo contrario, decir que *ya se pagó* significa cosa diferente: que en algún momento se debió, pero que se canceló la obligación por medio del pago (a consecuencia de lo cual, y conforme con las mismas reglas ya citadas, nada tendrá que confirmar Juan toda vez que el hecho constitutivo de la obligación demandada fue aceptado implícitamente por Pedro; en cambio, éste tendrá que acreditar el hecho del pago y, si no lo hace, perderá el pleito).

Esta diferencia en la actividad que puede cumplir el demandado al contradecir la pretensión del actor, permite dividir el tema para estudiarlo desde una doble óptica: *contradicción* y *excepción.*

Ambas actitudes deben ser adoptadas en la *contestación de la demanda* que, como acto inicial de la fase procesal de negación, tiene propios que explicaremos *infra.*

4.3.1. Los requisitos de la oposición del demandado

Los requisitos de carácter general son siete: a) capacidad procesal del demandado; b) competencia el juez; c) en su caso, adecuada representación del demandado que carece de capacidad procesal; d) adecuado derecho de postulación del demandado; e) contenido eficiente de la contestación de demanda u oposición de excepciones; f) invariación de la pretensión demandada; g) Contestación que reúna los requisitos legales de oportunidad y forma. Los explicamos:

a) ***Capacidad jurídica del demandado.*** A lo ya explicado acerca del mismo tema relativo a la acción procesal, corresponde agregar que cuando la demanda se dirige contra una persona fallecida o cuando el ya demandado fallece durante el curso de la serie procedimental, queda obviamente impedida la formación válida del proceso por falta de capacidad jurídica de aquél. Para descartar el problema y lograr un proceso válido en el cual exista un adecuado contradictorio, corresponde citar a los herederos del causante para que ellos tomen su participación en el proceso. La generalidad de las leyes que adoptan expresamente esta solución prevén que la citación debe ser efectuada mediante *edictos*; además, establecen que si los interesados no comparecen cabe la designación de un *curador* que habitualmente cumple una doble función: la de *curador ad hoc de la herencia* y la de *defensor de los herederos rebeldes*, carácter en el cual actúa durante el curso faltante de la serie procedimental.

b) ***Competencia del juez.*** A lo ya explicado en las Lecciones 7 y 9 cabe agregar acá algunas reflexiones atinentes a la situación del demandado pues tal como lo hemos sostenido ya en innumerables veces, es menester

que el juez sea un real tercero frente a las *dos partes litigantes*, ante quienes debe mostrarse competente objetiva y subjetivamente. Reiteramos así que la mera interposición de la demanda fija, respecto del actor, las competencias objetiva y subjetiva del juez; de allí que pueda señalarse congruentemente que, luego de admitida la demanda, el actor pierde la posibilidad de *cuestionar* su competencia y la facultad de *recusar* al juez sin causa o por alguna de las causales relativas existentes con anterioridad al momento de demandar (v. Lección 9). Pero ello no supone, obviamente, que ocurra otro tanto con el demandado, quien dentro de los límites temporales que establecen al efecto las leyes procesales, puede denunciar una incompetencia subjetiva mediante el tipo de recusación que quepa y, aún más, una incompetencia objetiva por alguna de las vías declinatoria o inhibitoria explicadas en la Lección 9.

c) ***Capacidad procesal del demandado.*** Al igual que el correlativo de la demanda, este presupuesto tiende a dar efectos jurídicos útiles al proceso; de ahí que resulte menester que la persona del demandado goce –al igual que la del actor– de suficiente *legitimatio ad processum*, ya explicado en Lección 7. La ausencia del presupuesto se ataca en el proceso por la vía de la excepción de *falta de personalidad* (indebidamente denominada por algunas leyes procesales como de *falta de personería*, que cubre a otro supuesto).

d) ***Adecuada representación del demandado.*** A lo ya explicado en la Lección 7 cabe agregar aquí que ante la carencia de este presupuesto –porque el demandado civilmente incapaz o con capacidad restringida no ha comparecido por medio de su representante legal o porque éste o un representante convencional no han acreditado debidamente el carácter que dicen investir– es el propio *actor* quien puede atacar la situación para lograr que el proceso sea realmente útil a los fines de la composición del litigio. Son escasos los códigos que norman al respecto.

e) ***Adecuado derecho de postulación en el demandado.*** Resulta plenamente aplicable al caso todo lo expuesto en la Lección 7 al tratar el correlativo presupuesto de la demanda. A modo de complemento, añadi-

remos aquí que en los regímenes legales que otorgan sólo a un *abogado* el pleno ejercicio del derecho de postulación para que actúe como un intermediario entre el juez y la parte procesal, se contemplan excepciones para que ésta pueda postular por sí misma. A simple título enunciativo, diremos que esto puede ocurrir para comparecer al proceso y tomar participación en él, solicitar medidas urgentes, contestar intimaciones y requerimientos de carácter personal, solicitar el otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos, recibir órdenes de pago, etcétera. Fácil es de comprender la razón de ser de cada uno de los supuestos recién mencionados.

f) ***Invariación de la pretensión demandada.*** Este es un presupuesto propio de la contestación de la demanda que no aparece como tal en ningún texto de doctrina y, sin embargo, debe integrar necesariamente la nómina que aquí se desarrolla. Y es que, para asegurar un debido contradictorio, las leyes en general establecen que una vez conferido y notificado el traslado de la demanda, generándose así la carga de responder, el actor no debe variar ninguno de los elementos de la pretensión deducida. Esta es la circunstancia que nos lleva a incluir el presupuesto de marras dentro de este título, ya que cuando el juez coloca al demandado frente a la carga de contestar y le notifica de la respectiva providencia, resulta obvio que éste habrá de atenerse a la pretensión vigente en ese momento. De ahí que, como consecuencia de la aceptación de este presupuesto, cabe afirmar la absoluta ineficacia de cualquier variación posterior y aun la que se efectúe antes del vencimiento del plazo otorgado para responder. Para comprender mejor el problema, cabe aclarar que la generalidad de las leyes procesales autoriza que el actor modifique su demanda tantas veces como quiera, pero siempre *antes de notificar* el respectivo traslado. Luego de ello, y con la condición de *no variar la causa de la pretensión*, las mismas leyes autorizan al actor a *ampliar* la cuantía del reclamo y a *moderar* o *reducir* el objeto pretendido.

g) ***Contestación que reúna los requisitos legales de oportunidad y forma.*** Al igual que la demanda, la contestación está sujeta a requisitos legales concernientes a la *forma*; y, además –cosa que no rige para la demanda, salvo el caso de caducidad de acción– a exigencias de *oportunidad*,

propias ambas del instar del demandado. Esto explica la inserción del presupuesto en la nómina que aquí desarrollo.

4.3.2. La contradicción del demandado

Esta actitud de la oposición tiene lugar cuando el demandado, mostrando resistencia a acatar la pretensión del actor, se limita a negar la existencia de su fundamento fáctico o de su encuadre jurídico. Debe efectuarse necesariamente en lo que he llamado fase p*rocesal de negación* que se abre, por un plazo siempre determinado en la ley, luego de que el juez coloca al demandado en la *carga de contestar* (confiriéndole *traslado de la demanda*).

Los requisitos de forma que generalmente consagran las leyes procesales son, en lo pertinente:

1) debe observarse las reglas establecidas para la confección de la demanda detallados en la Lección anterior;

2) debe contener una confesión o negativa expresa y categórica de cada hecho expuesto en la demanda pues el silencio al respecto o su respuesta evasiva o negativa general (y no específica) pueden ser estimados por el juez al sentenciar como un reconocimiento de la verdad de los hechos pertinentes y lícitos a que se refieren;

3) también debe reconocer o negar el demandado la autenticidad de los documentos privados que se le atribuyen y la recepción de cartas o telegramas a él dirigidos, so pena de que el juez al sentenciar los tenga por reconocidos o recibidos, según el caso;

4) debe también oponer todas las defensas que por su naturaleza no tengan el carácter de previas, especificando con claridad los hechos que las apoyan;

5) por último, debe deducir reconvención, si ella es admisible.

Los requisitos de oportunidad que generalmente consagran las leyes procesales consisten en plazos diferentes para cada tipo de procedimiento

(ordinario, sumario, sumarísimo, etcétera) que son puramente contingentes. Por tanto, para conocer un plazo determinado el lector tendrá que ocurrir a la respectiva legislación.

4.3.3. La excepción del demandado

Esta actitud de la oposición tiene lugar cuando el demandado, mostrando al igual que antes una resistencia a acatar la pretensión del actor, afirma en su contestación la existencia de un hecho de carácter *extintivo* o *invalidativo* respecto del hecho *constitutivo* o *convalidativo* afirmado por el actor en su demanda o *impeditivo* de la formación o continuación de la serie procesal. Esta conceptuación halla su base, como el resto de la explicación dada en esta obra, en la actividad que realmente cumple el demandado en el proceso.

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

Desde la óptica jurídica –y no de la actividad cumplida–, la doctrina autoral clasifica a las excepciones desde diversos ángulos diferentes: a) según su origen, en *materiales* (tienen su origen en la legislación de fondo) y *procesales* (lo hallan en la propia legislación procesal); b) según sus efectos, en *perentorias* (o perpetuas): constituyen defensas contra el derecho alegado por el actor, *dilatorias* (o temporales): son defensas que versan sobre el proceso y no sobre el derecho que fundamenta la pretensión y *mixtas*: son aquellas que operan procedimentalmente en modo similar a las dilatorias, pero que provocan, en caso de ser acogidas, los efectos propios de las perentorias. A su turno, las dilatorias (y, a veces, las mixtas) se relacionan con lo que la doctrina denomina *impedimentos procesales* o *cuestiones de procedibilidad*, a su vez íntimamente emparentadas con los *presupuestos procesales*.

Personalmente –y no desde la óptica que parte del texto legal o de los efectos que producen las defensas esgrimidas, sino de la actividad que real y efectivamente cumple el demandado en el proceso–, creemos que a los fines sistémicos y docentes propios de esta exposición corresponde distinguir entre los posibles *objetos* de las respectivas excepciones (consagradas o no en las leyes procesales). Y así, partiendo siempre de la alegación por el demandado de un hecho impeditivo, extintivo o invalidativo del hecho constitutivo o convalidativo afirmado por el actor en su demanda o en su responde a excepciones, clasificaremos las distintas excepciones según que: a) *ataquen a la acción*, con el objeto de lograr su *extinción* o su *paralización temporal*; b) *ataquen a la pretensión*, con el objeto de que ella sea desestimada en la sentencia; c) *ataquen a la oportunidad en la cual el juez debe sentenciar*, con el objeto de evitar la creación de caos jurídico.

Antes de dar cuenta del criterio clasificador propuesto, es importante destacar la incidencia que en el tratamiento de este tema tuvo la obra de Oskar VON BÜLOW. Este procesalista alemán sostenía que:

> Si el proceso es una *relación jurídica* –tesis que acepta *ab initio*– se presentan en la ciencia procesal análogos problemas a los que surgieron y fueron resueltos respecto de las demás relaciones jurídicas. La exposición acerca de una relación jurídica debe dar, ante todo, una respuesta a la cuestión relacionada con los *requisitos* a que se sujeta el nacimiento de aquélla. Se precisa saber entonces entre qué personas puede tener lugar, a qué objeto se refiere, qué hecho o qué acto es necesario para su surgimiento, quién es capaz o está facultado para realizar el acto. Estos problemas deben plantearse también en la relación jurídica procesal y no se muestran –a su respecto– menos apropiados y fecundos que lo que se mostraron ya en las relaciones jurídicas privadas. También aquí ellos dirigen su atención a una serie de importantes preceptos legales estrechamente unidos. En particular; a las prescripciones sobre: 1) competencia, capacidad e insospechabilidad del tribunal; 2) capacidad procesal de las partes y legitimación de sus representantes; 3) cualidades propias e imprescindibles de una materia litigiosa civil; 4) redacción y comunicación de la demanda; 5) obligación del actor por las cauciones procesales; 6) orden entre varios procesos. Estas

> prescripciones deben fijar –en clara contraposición con las reglas puramente relativas a la marcha del procedimiento– los requisitos de admisibilidad y las condiciones previas para la tramitación de toda la relación procesal. Ellas precisan entre qué personas, sobre qué materia, por medio de qué actos y en qué momento se puede dar un proceso.

Sobre tales bases, y admitiendo VON BÜLOW que las que se conocían hasta entonces como *excepciones procesales* (dilatorias) no eran otra cosa que los mismos *presupuestos procesales*, sólo que, *expresados negativamente en forma de excepción*, elabora su teoría que resulta inspiradora de importantes y variadísimos estudios posteriores. A partir de allí, con la denominación *de presupuestos procesales* o de *cuestiones* de *procedibilidad* se estudian las *condiciones que deben presentarse inicialmente para el desarrollo integral de la serie procesal*, pues los jueces no deben limitarse a sentenciar una pretensión jurídica presentada a su conocimiento, sino que, en forma previa, deben asegurarse de que concurran en el respectivo proceso todas las condiciones de su existencia y de su utilidad para heterocomponer el litigio. De ahí que corresponda tratar ahora el tema desde la óptica del *objeto del ataque*, tal y como se propuso antes.

A) Excepciones que atacan a la acción procesal

Son aquellas que, a su turno, pueden intentar *extinguir la acción* (que no se le dé o se le deje de dar curso en forma definitiva) o *paralizarla* (que no se le dé curso en forma temporaria, hasta que se solucione el impedimento respectivo). Estas son:

1) *Excepción de carencia de acción* (se vincula con el presupuesto *existencia de posibilidad de accionar*): el excepcionante afirma que la acción ejercitada mediante la demanda no es admisible por cuanto la pretensión que contiene no puede ser procesada (discutida ante un juez o árbitro) ni sometida a la decisión de un tercero. Escasos son los códigos que consagran en forma expresa la vigencia de esta excepción, con la denominación de *defecto absoluto en la potestad de juzgar*. Sin embargo, ella debe ser aceptada aun a falta de toda mención legislativa, ya que la importancia del presu-

puesto cuya vigencia defiende así lo exige para no quedar desprotegido y poder lograr la existencia válida de un proceso. Por obvias razones lógicas, debe ser propuesta y decidida antes que toda otra cuestión que plantee el demandado y, de no ser así, debe ser suplida oficiosamente por el juez actuante en cualquier estado y grado del proceso. Resta agregar que esta excepción así tipificada nada tiene que ver con la que desde antaño se denomina *excepción de falta de acción* (*sine actione agit*) que se explicará al estudiar a las que atacan a la pretensión. No se nos escapa que el criterio clasificatorio que aquí desarrollado puede ser criticado so pretexto de que se propone la conceptuación de la excepción de *carencia de acción* con fundamento en la *improponibilidad de la pretensión.* Pero advertimos –como ya lo hicimos antes– que *acción*, *pretensión* y *demanda* son términos que se correlacionan íntimamente y que se apoyan en forma recíproca en el plano jurídico, de modo tal que no puede concebirse una acción procesal que no esté exteriorizada en su ejercicio por una demanda y que no contenga una pretensión concreta de contenido jurídico que sea susceptible de presentar al conocimiento y decisión de un tercero imparcial. En razón de que con esta excepción se intenta lograr la inmediata cesación del desarrollo de la serie procedimental y que, por tanto, no podrá ser considerada en la sentencia (como cabe hacer con todas las excepciones que atacan a la pretensión), la hemos insertado en este tópico, aunque la prohibición legal verse acerca del contenido pretensional. En otras palabras y más sencillamente: el caso propuesto supone que el demandado no acepta la actividad de *procesar* la pretensión (lo cual es mucho más grave que intentar el rechazo de la pretensión en la sentencia, luego de ser procesada).

2) *Excepción de caducidad de la acción* (se vincula con el presupuesto *ausencia de caducidad de la acción*): el excepcionante afirma que la acción intentada mediante la demanda se halla caduca por haber sido propuesta luego de finalizado el plazo establecido por la ley para su deducción válida. Al igual que la excepción anteriormente tratada, ésta carece de expresa consagración legislativa en la absoluta mayoría de los códigos procesales. Sin embargo, debe ser aceptada judicialmente porque con su deducción se tiende a evitar en modo definitivo el desarrollo íntegro de

la serie procedimental. En idéntica forma a lo expresado antes, debe ser opuesta antes que toda otra cuestión y ser resuelta inicialmente. De no ser así, habrá de ser suplida de oficio por el juez actuante en cualquier estado y grado del proceso.

3) *Excepción de incapacidad jurídica del actor para ser parte procesal* (se vincula con el presupuesto procesal de la acción conocido como *capacidad jurídica para ser parte*): el excepcionante afirma que el actor carece de esta capacidad por haberse extinguido su personalidad en el caso de personas jurídicas o por haber fallecido durante el curso de la serie, en el caso de ser persona física (en términos más sencillos: quien demanda no es persona o ha dejado de serlo). Al igual que las anteriores y aun a falta de norma expresa, debe ser propuesta y resuelta inicialmente o en el momento en el cual aparezca la incapacidad y, en su defecto, ser suplida por el juez. Cuando el caso se presenta por fallecimiento del actor durante el curso de la serie, las leyes procesales prevén una solución adecuada: la citación de los herederos del causante –continuadores de su personalidad– para que tomen participación en el proceso pendiente. Obviamente, en el supuesto de no haber heredero alguno la excepción es estimable por el juez.

Como puede verse en lo expuesto anteriormente, hay un rasgo común que caracteriza a todas estas excepciones: siempre se cuestiona la validez misma del proceso al cual el demandado reputa indebidamente incoado, siempre tienden a lograr el inmediato archivo de las actuaciones cumplidas y nunca son convalidables los hechos que las fundamentan. No ocurre otro tanto con las excepciones que se describirán seguidamente, mediante las cuales se procura extender en el tiempo la formación del proceso por considerar que el ya incoado, aunque válido, no será útil para lograr la heterocomposición del litigio. Además, siempre son convalidables los hechos que las fundamentan.

B) Excepciones que tienen por objeto lograr la paralización del proceso

Son aquellas que el excepcionante deduce a base de afirmar la existencia de *hechos impeditivos de la continuación del proceso* y que tienen por

objeto la inmediata paralización del desarrollo íntegro de la serie procedimental incoada con la admisión de la demanda. Según los contingentes regímenes legales, algunas de tales excepciones son solucionables por el actor en el mismo procedimiento ya incoado, que puede volver a tomar su curso; otras, en cambio, exigen el archivo de lo actuado y la promoción de nueva demanda que se adecue a los presupuestos que regulan su utilidad. Como se ve, en los dos supuestos el objeto final es idéntico: lograr la extensión en el tiempo de la formación del proceso que resultará eficaz para heterocomponer el litigio. Las excepciones que corresponde enunciar en este tópico son la expresión negativa de los presupuestos de la demanda judicial que enuncié en la Lección 7, por lo cual deben coincidir con ellos en su número y denominación.

1) *Excepción de incompetencia* (se vincula con el presupuesto procesal de la demanda denominado *competencia de la autoridad que recibe la instancia* –juez o árbitro–): el excepcionante afirma que el actor ha incoado su demanda ante una autoridad (juez o árbitro) que carece de competencia (legal o convencional) para admitirla (darle curso). Las leyes procesales en general norman acerca de esta excepción y le otorgan el carácter de *dilatoria*, por lo cual exigen su oposición en forma de *artículo de previo y especial pronunciamiento.* En rigor y cuando se articulan varias debe ser la primera en quedar resuelta, ya que si la autoridad se declara incompetente no debe entrar a conocer y decidir las otras excepciones opuestas.

2) *Excepción de falta de capacidad procesal del actor* (o de falta de personalidad o de falta de *legitimatio ad processum*) (se vincula con el presupuesto procesal de la demanda denominado *capacidad procesal del actor*): el excepcionante afirma que el actor carece de capacidad jurídica para obligarse por sí mismo con motivo del proceso, razón por la cual no podrá serle oponible la sentencia que eventualmente se dicte acerca del litigio. El caso difiere en modo radical del enunciado anteriormente con la denominación de *excepción de incapacidad jurídica del actor para ser parte procesal*: allá se afirma que quien demanda no es persona o ha dejado de serlo; acá que es persona, pero civilmente incapaz de ejercicio y que, como tal, carece de toda aptitud para contraer obligación alguna

por sí misma. En el campo de la actividad cumplida en el proceso, parece claro que en este caso hay un actor que insta, razón por la cual no puede hablarse de carencia o de imposibilidad de instar. Y parece claro también que el proceso que válidamente surja de ese instar no podrá ser eficaz por la incapacidad de hecho de quien lo inició. Esta excepción está expresamente autorizada en casi todos los códigos procesales con el carácter de *dilatoria* y todos exigen su interposición previa para evitar el inútil desarrollo de la serie procedimental. Además, y dada su importancia en términos de eficacia procesal, el juez debe suplirla de oficio en cualquier estado y grado de la causa. Sin embargo, la situación fáctica es solucionable: basta que tome participación en el proceso el respectivo representante legal del incapaz, asumiendo la calidad de actor, para que el curso procedimental pueda continuar, con lo cual se evita el archivo de las actuaciones ya cumplidas. La participación del representante origina otra situación que puede generar la siguiente excepción:

3) *Excepción de falta de personería en el actor* (se vincula con el presupuesto procesal de la demanda denominado *adecuada representación del actor*): el excepcionante afirma que quien actúa en el proceso como representante *legal* o *convencional* del actor, no lo es o no ha acreditado suficientemente tal carácter. Al igual que las anteriores, esta excepción está autorizada en casi todos los códigos procesales con el carácter de *dilatoria* y, por ello, exigen su interposición previa para evitar el inútil desarrollo de la serie procedimental. Además, es suplible de oficio por el juez, dada su importancia en términos de eficacia procesal, toda vez que la sentencia que oportunamente se dicte respecto del litigio podrá ser inoponible para la parte procesal, cuya adecuada representación no existió o no se comprobó. Por razones obvias, esta excepción también juega a favor del actor y en contra del demandado cuando éste es quien no aparece adecuadamente representado en el proceso (legal o convencionalmente).

4) *Excepción de falta de derecho de postulación en el actor* (se vincula con el presupuesto procesal denominado *adecuado derecho de postulación en el actor*): el excepcionante afirma que el actor, aun siendo persona capaz de obligarse por sí misma, ha realizado ante la autoridad algún

acto sin tener la *aptitud* exigida por la ley al efecto. Cuadra recordar aquí que la mayoría de los ordenamientos vigentes exigen que en el desarrollo del proceso actúe un *abogado* (o, en ciertos casos, un *procurador*) como garantía para el justiciable de un eficaz y eficiente resultado. Sólo en supuestos verdaderamente excepcionales tales legislaciones permiten que sea el propio interesado quien inste ante la autoridad. Por supuesto, otros ordenamientos admiten irrestrictamente la actuación de éste. Las legislaciones que restringen la actividad personal de las partes se muestran parcialmente severas en los casos de transgresión, llegando a ordenar a los jueces que devuelvan al presentante los escritos que carezcan de firma de letrado, con el perjuicio que es fácil de imaginar para la parte. Esta excepción, que al igual que la anterior rige tanto para el demandado como para el actor, no está habitualmente autorizada como tal en los códigos procesales, apareciendo la mayoría de las veces en las leyes que organizan el funcionamiento del Poder Judicial.

5) *Excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda* (o excepción de *oscuro libelo*) (se vincula con el presupuesto procesal denominado *demanda que reúna los requisitos legales o debida demanda*): el excepcionante afirma que el actor no ha respetado los requisitos impuestos por la ley para la confección de su demanda, a raíz de lo cual el excepcionante no puede hacer valer de modo correcto y pleno su derecho de defensa en juicio, ya que ignora por lo menos una de las siguientes circunstancias: quién, a quién, qué y por qué demanda. Como es fácil de comprender, el respectivo presupuesto es de capital importancia, ya que de su adecuado cumplimiento depende nada menos que la posibilidad de defensa del demandado. Todos los códigos que aceptan la escritura como medio de expresión en el proceso admiten expresamente esta excepción, a la cual otorgan carácter *dilatorio*, razón por la cual debe ser opuesta y resuelta en forma previa a la oportunidad correspondiente a la contestación de la demanda. Esta excepción también puede ser deducida por el actor en contra del demandado cuando éste adopta la actitud de *reconvención* (ver *infra*, en esta misma Lección).

6) *Excepción de inadecuada acumulación de pretensiones* (se vincula con el presupuesto procesal de la demanda denominado *correcta acumulación de pretensiones*): el excepcionante afirma que el actor ha acumulado en su demanda diversas pretensiones que se autoexcluyen entre sí, a raíz de lo cual no puede ejercitar adecuadamente su derecho de defensa en juicio. Esta excepción no está autorizada como tal en ningún código y la doctrina no la acepta como vinculada a ningún presupuesto de la demanda, sino con la sentencia que se dicte luego del proceso. A lo sumo, en las raras oportunidades en las cuales el caso se ha presentado en la vida forense, ha sido deducida como comprendida en la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda. Pero esto constituye una simple solución del problema que no es admisible académicamente y que por su importancia merece y debe ser presentado con rigor científico. De ahí que, por nuestra parte, ya sostuvimos que es un claro presupuesto de la demanda porque en caso de sostenerse pretensiones autoexcluyentes, no se trata de procurar que el juez sepa cómo sentenciar, sino, mucho más importante, que el demandado sepa cómo defenderse. En esta tesitura resulta razonable sostener que debe ser opuesta –al igual que todas las anteriores– en forma previa y ser resuelta antes de la contestación de la demanda.

Hasta aquí hemos enunciado las excepciones que se vinculan estrictamente con los presupuestos procesales de la demanda. Pero ellas no son todas. Antes bien, existen –legisladas o no– otras que también nacen del mismo proceso en el cual se oponen y que se relacionan con otras circunstancias. A sólo título de ejemplo, y remitiendo a la previsión de cada ordenamiento particular, mencionamos: excepción de *ausencia manifiesta de legitimación para obrar*, excepción de *arraigo*, excepción de *litispendencia por conexidad causal* o *por afinidad*, excepción de *falta de caución en caso de representación procesal asumida por parientes*, excepción de *falta de pago de costas ya devengadas*, etcétera.

Finalmente, la posibilidad de excepcionar con el objeto de paralizar temporariamente el desarrollo de la serie procedimental surge también de otras circunstancias ajenas al proceso en el cual deben ser deducidas.

En general, tales circunstancias nacen de la legislación de fondo y se conocen doctrinalmente con la denominación de *defensas previas.* Siempre a título de ejemplo, y sobre la base de la legislación argentina, pueden citarse algunas que operan siempre como *excepciones dilatorias* (deben ser opuestas y resueltas en forma previa a la contestación de la demanda) y cuyas denominaciones tradicionales en la normativa argentina son las siguientes: excepción de *días de llanto o luto*, excepción de *contrato incumplido*, excepción de *beneficio de excusión*, excepción de *prohibición de iniciar juicio petitorio estando pendiente un juicio posesorio*, excepción de *prohibición de iniciar el juicio petitorio antes de haber satisfecho las condenaciones pronunciadas en un juicio posesorio anterior*, excepción de *falta de intimación previa al deudor en la demanda contra el tercero poseedor*, etc.

Hasta aquí se ha hecho un simple muestreo meramente enunciativo de distintas circunstancias que, naciendo del mismo proceso en el cual se hacen valer o de otros motivos ajenos a él, son aptas para fundar una *excepción* que debe ser tramitada y resuelta *antes* de continuar con el desarrollo de la serie procedimental. Resulta de todo ello que las excepciones admisibles en proceso en el cual se discute acerca de una pretensión declarativa *no deben considerarse restringidas a las pocas que enumeran algunas leyes*, respecto de las cuales la doctrina afirma su carácter *taxativo.*

C) Excepciones que atacan la pretensión procesal deducida en la demanda

Son las que, teniendo fundamento en la ley de fondo o en la propia ley procesal, opone el demandado en la contestación de la demanda (fase procesal de negación) con el objeto de lograr que el juez rechace al sentenciar la pretensión deducida por el actor en su demanda. A diferencia de todas las precedentemente enunciadas, no son de interposición ni de resolución previa, en razón de que no atacan a la formación misma del proceso, sino al hecho en el cual el actor basa su pretensión o al derecho en el cual lo encuadra. Conocidas también habitualmente como *defensas generales* o *excepciones perentorias*, admiten ser clasificadas en orden a distintas pautas que se verán a continuación:

1) *Excepciones fundadas en causas extintivas de las obligaciones*: en la legislación argentina coinciden con todos los medios de extinción de las obligaciones enunciados en el Ccc y su objeto en general –con alguna excepción– es lograr que el juez declare extinguida la obligación cuya prestación se reclama; v. gr., excepción de pago, excepción de novación, excepción de compensación, excepción de transacción, excepción de confusión, excepción de dación en pago, excepción de renuncia de los derechos del acreedor, excepción de remisión de deuda, excepción de imposibilidad de pago, excepción de prescripción (liberatoria).

2) *Excepciones fundadas en la existencia de vicios en los actos jurídicos*: coinciden con los vicios de los actos jurídicos que norma la ley civil y tienen por objeto lograr que el juez anule, al sentenciar, el acto en el cual el actor basa su pretensión y, por ende, la rechace; v. gr., excepción de incapacidad, excepción de error, excepción de dolo, excepción de violencia, excepción de simulación, excepción de lesión.

3) *Excepciones fundadas en el principio de seguridad jurídica.* Dentro de este criterio clasificador pueden establecerse dos grupos diferenciables por los resultados que se intentan lograr con los distintos supuestos: A) Mediante el primero, el excepcionante ataca a la pretensión porque, de alguna manera, ella no se adecua con el sistema jurídico vigente en un lugar y tiempo dados, con el objeto de que el juez la rechace al sentenciar el litigio (v. gr., excepción de inconstitucionalidad; excepción de causa ilícita de la obligación; excepción de falta de titularidad del derecho o del interés para obrar en el actor –también conocida como "*excepción de falta de acción* o *sine actione agit* o *ausencia de legitimación para obrar*); B) Mediante el segundo grupo, el excepcionante pretende el no juzgamiento positivo del respectivo litigio para evitar la existencia de caos jurídico; v. gr., excepción de cosa juzgada, excepción de desistimiento del derecho, excepción de transacción, excepción de litispendencia por identidad.

D) Excepciones que tienen por objeto lograr la postergación de la emisión de la sentencia

Son las que, sin atacar la formación misma del proceso ni a la pretensión reclamada en la demanda, opone el demandado en la fase de negación con el objeto de lograr que, una vez terminado el curso de la serie procedimental, el juez postergue la emisión de la sentencia que resolverá el litigio hasta tanto exista pronunciamiento definitivo en otro litigio conexo por la causa o hasta que ambos estén en condiciones de ser sentenciados por un mismo juzgador en acto único de juzgamiento.

Su fundamento es siempre el principio de *seguridad jurídica* explicado en Lección 6, que tiende a evitar el caos que podrían generar pronunciamientos contradictorios acerca de litigios que ostentan identidad del hecho causal. En este grupo cabe mencionar a las siguientes:

1) *Excepción de prejudicialidad*: se trata de casos en los que la decisión de una pretensión depende de lo resuelto respecto de otro litigio lógicamente previo (por ejemplo, la pretensión por reconocimiento de filiación matrimonial supone la existencia de un matrimonio válido; la de nulidad de matrimonio por subsistencia de vínculo anterior depende de la validez del primer matrimonio, etcétera). Este fenómeno muestra una prejudicialidad que opera exclusivamente dentro del campo civil y que en general no se encuentra normada en las leyes de fondo, lo cual no empece a su aplicación por los jueces toda vez que con ella se respeta el principio de seguridad jurídica.

Otra prejudicialidad –que opera del campo penal hacia el campo civil– se halla habitualmente legislada: ocurre que en caso de ser deducida judicialmente una pretensión civil de resarcimiento de daño causado por delito (o cuasidelito) del derecho penal, la respectiva demanda *no debe ser juzgada* si existe proceso penal pendiente por el mismo hecho causal y hasta tanto haya sentencia definitiva en éste (salvo que el acusado esté ausente o fallezca durante el curso del proceso penal).

2) *Excepción de litispendencia por conexidad causal o por afinidad*: esta excepción se presenta cuando el demandado afirma –en la fase de negación

o aun luego de vencida ella– que la pretensión reclamada es conexa por la causa o afín con otra que se encuentra pendiente de procesamiento o de juzgamiento y con la cual no se puede acumular por no presentarse en el caso alguno de los requisitos exigidos por la ley al efecto. De tal modo, la excepción tiene por objeto lograr que el juez se abstenga de emitir sentencia luego de terminado el curso de la serie procedimental con la finalidad de que ella sea dictada por un único juez en un mismo acto de juzgamiento. De resultar procedente la excepción, y cuando los distintos litigios penden ante jueces diferentes, uno de ellos habrá de declararse incompetente para emitir la sentencia y remitir al otro la causa justiciable.

E) Excepciones que atacan la pretensión de ejecutar un derecho

Cuando el juicio se inicia a partir de un título que predeclara un derecho (*ejecutivo* o *ejecutorio*, v. Lecciones 6 y 26), las posibilidades defensivas del ejecutado se restringen y corresponde remitir a lo legislado en cada ordenamiento. Tradicionalmente, además de excepciones típicamente extintivas de las obligaciones (pago, prescripción, novación, compensación, etcétera), las propias del juicio ejecutivo son:

1) *Excepción de inhabilidad de título*: el excepcionante afirma que el título en el cual basa su pretensión el actor (ejecutante) carece de fuerza ejecutiva porque la ley no le otorgó ese carácter o porque no surge de su texto quién es el acreedor o el deudor o porque no instrumenta una deuda líquida o exigible; todo con el objeto de que el juez al sentenciar rechace la ejecución. La generalidad de los códigos que autorizan esta excepción la limitan a los *aspectos puramente externos o extrínsecos del título*, queriendo significar que no resulta apta para discutir mediante ella la legitimidad de la causa de la obligación contenida en el título.

2) *Excepción de falsedad material*: el excepcionante afirma que el título en el cual basa su pretensión el actor (ejecutante) es falso por adulteración de alguna de sus enunciaciones esenciales, con el objeto de que el juez, al sentenciar, rechace la ejecución. Cabe acotar aquí que en la normación de esta excepción ocurre lo mismo que lo apuntado recién acerca de la de inhabilidad de título.

4.4. La reconvención

Puede suceder, por último, que al contestar la demanda contradiciendo la pretensión del actor, el demandado proponga una propia demanda contra éste. De tal forma, utiliza el mismo procedimiento ya pendiente para tramitar en él otro proceso (por eso es que la doctrina afirma que éste es un típico caso de *acumulación de acciones*). A esta actitud se le da la denominación de *reconvención* y, cuando ocurre, el demandado originario adquiere la calidad de *reconviniente* en tanto que el actor originario la de *reconvenido.* Si el reconviniente decide demandar a alguien más que al reconvenido, éste se denomina *demandado por el reconviniente.*

Para la admisibilidad de la reconvención se requiere imprescindiblemente que la pretensión hecha valer sea conexa por la causa con la deducida por el actor. Como ya se ha visto en la Lección 6, se trata siempre de una conexidad mixta subjetivo-causal.

La reconvención debe reunir los requisitos de toda demanda que ya hemos explicado en la Lección 7.

5. LA REACCIÓN DEL REO PENAL

Por obvias razones derivadas del interés jurídico tutelado por la ley penal y de la naturaleza sancionatoria de sus normas, así como de expresos derechos fundamentales acordados en todas las constituciones modernas a quien se halle imputado por la comisión de un delito, su reacción en el respectivo proceso no debe ni puede ser similar a la del demandado civil.

Por de pronto, no cabe aceptar razonablemente la posibilidad de un procesamiento en *ausencia del imputado* ni mucho menos la de un juzgamiento que puede derivar en una sentencia de condena. Y es que, si el imputado no comparece ante la citación judicial, se habrá de ordenar la detención; pero, hasta tanto no sea habida, el juicio quedará suspendido. De ahí que no quepa hablar en el caso de una *actitud de abstención* como en el juicio civil, al cual el demandado comparece sólo *voluntariamente*, sabiendo que el incumplimiento de la carga respectiva y

su silencio pueden generar efectos contrarios a su interés. Inversamente, el silencio del imputado carece de todo efecto en el procesamiento penal: según cláusula constitucional de vigencia universal, *nadie está obligado a declarar contra sí mismo*.

Tampoco cabe hablar de una *actitud de sumisión*, pues resulta inaceptable que el juzgamiento del imputado se efectúe sobre la exclusiva base del reconocimiento de la imputación. Tanto es así que la moderna doctrina procesal acepta que la confesión del imputado es un *medio de defensa* y no de *confirmación de los hechos* (con lo cual se evita que un sujeto –un padre, por ejemplo– asuma la responsabilidad penal de otro –un hijo, por ejemplo–).

Obviamente, la actitud de *contradicción* aparece de modo pleno y, dentro de ella, la *oposición* se presenta con la *simple negativa* y aun con el *silencio* del imputado. A su turno, la *excepción* puede ser configurada en forma similar a la ya descripta respecto del campo civil: el imputado afirma la existencia de un hecho que es extintivo o impeditivo de la acción o de la pretensión punitiva. Pero aún más, la peculiar naturaleza de los intereses en juego hace que, ya condenado por sentencia firme, pueda excepcionar afirmando la existencia de un hecho extintivo de la pena impuesta.

A título simplemente ejemplificativo, partiendo de la base del cumplimiento de todos los derechos consagrados en las constituciones políticas vigentes (juez natural, acusación fundada en ley anterior al hecho que motiva el proceso, inviolabilidad de la defensa, etcétera) y descartada la competencia del juez actuante, pueden clasificarse las excepciones de acuerdo con las siguientes pautas:

1) *Excepciones que atacan el ejercicio de la acción*: son a) las que tienen por objeto *impedir la formación del proceso* y, entre ellas, se pueden mencionar: a) las que tienen por objeto extinguir la acción; v. gr., amnistía, prescripción de la acción penal, renuncia del agraviado en los delitos de acción privada, cosa juzgada, investigación penal preparatoria antecedente, declaración judicial de inexistencia de delito (*sobreseimiento*), desistimiento del querellante; b) las que tienen por objeto *diferir la inicia-*

ción o prosecución del respectivo proceso; v. gr., las cuestiones prejudiciales, la inmunidad de procesamiento penal, etcétera.

2) *Excepciones que atacan la pretensión punitiva*: son las que tienen por objeto lograr que el juez, al sentenciar, declare la impunibilidad del imputado y surgen de los diversos casos previstos en la ley penal (v. gr., falta de comprensión de la criminalidad del acto, amenaza de sufrir un daño inminente y grave, legítima defensa, etcétera).

3) *Excepciones que atacan la pena impuesta mediante sentencia*: son las que tienen por objeto lograr la extinción o la reducción de una pena impuesta y, entre ellas, se pueden mencionar las siguientes: amnistía, prescripción de la pena, indulto, perdón del ofendido, existencia de ley penal más benigna, libertad condicional sin revocación, pago de la multa fijada en la sentencia, condena condicional sin la comisión de nuevos delitos.

Hasta aquí hemos enunciado las circunstancias que –sin perjuicio de la simple defensa negativa del imputado– le permiten *afirmar* la existencia de un hecho (palabra utilizada en sentido lato, comprensivo de una nueva ley o de un acto de autoridad) que resulta ser impeditivo para la formación o continuación del proceso ya incoado o de la condena del imputado o extintivo de la pena impuesta. Por supuesto, en todos los casos se da por sentado que el imputado es *persona imputable* y, por ende, procesable y condenable. De ahí que no se haya enumerado otras causales de extinción de la acción penal (v. gr., la muerte del imputado).

En función de lo expresado al comenzar con este tema y de los derechos reconocidos a todo imputado por las constituciones vigentes en el mundo, es que las circunstancias señaladas como fundamento de una actitud de *excepción* por parte del imputado no tienen oportunidad *preclusiva* para ser afirmadas en el proceso o después de la condena. Más aún, a diferencia de lo que ocurre en el campo civil, la alegación de todas ellas es *irrenunciable* e, inclusive, deben ser aplicadas oficiosamente por el juez en el momento mismo en el cual lleguen a su conocimiento.

<table>
<tr><th>Acción</th><th colspan="6">Demanda</th></tr>
<tr><td rowspan="4"></td><td colspan="6">Abstención</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Sumisión</td><td colspan="6">Allanamiento</td></tr>
<tr><td colspan="6">Confesión</td></tr>
<tr><td colspan="6">Reconocimiento</td></tr>
<tr><td rowspan="3">Reacción</td><td rowspan="3">Oposición</td><td colspan="2">Contradicción</td><td colspan="3">Contestación de la demanda (simple negativa)</td></tr>
<tr><td rowspan="2">Excepciones que</td><td rowspan="2">atacan a la acción con el objeto de lograr su</td><td rowspan="2">paralización a base de circunstancias que</td><td>Nacen del proceso</td><td>1. incompetencia
2. falta de capacidad procesal del actor
3. falta de personería en el actor
4. falta de derecho de postulación en el actor
5. defecto legal en el modo de proponer la demanda
6. inadecuada acumulación de pretensiones</td></tr>
<tr><td>Nacen fuera del proceso</td><td>1. ausencia manifiesta de legitimación para obrar
2. arraigo
3. litispendencia por conexidad causal o afinidad
4. falta de caución en caso de representación procesal asumida por parientes
5. falta de pago de costas ya devengadas
6. días de llanto o luto.
7. plazo para hacer inventario
8. contrato incumplido
9. beneficio de excusión
10. prohibición de iniciar juicio petitorio pendiente posesorio
11. prohibición de iniciar juicio petitorio antes de haber satisfecho las condenaciones de posesorio anterior
12. falta de intimación previa a deudor en demanda contra el tercero poseedor
13. falta de pago del sellado de actuación emergente de proceso anterior para lograr el beneficio de litigar sin gastos</td></tr>
</table>

Reacción	Oposición	Excepciones que	atacan a la acción con el objeto de lograr su	Causas extintivas de las obligaciones	1. Pago 2. Novación 3. Compensación 4. Transacción 5. Confusión 6. Renuncia a los derechos del acreedor. 7. Rendición de cuentas 8. Imposibilidad de pago 9. Prescripción (liberatoria)
				Vicios de los actos jurídicos	1. Incapacidad 2. Error 3. Dolo 4. Violencia 5. Simulación 6. Lesión
				El principio de seguridad jurídica	1. Inconstitucionalidad 2. Causa ilícita de la obligación 3. Falta de titularidad del derecho o del interés para obrar 4. Cosa juzgada 5. Desistimiento del derecho 6. Transacción 7. Litispendencia por identidad
			Tienen por objeto la postergación de la emisión de la sentencia		1. Prejudicialidad 2. Litispendencia por conexidad causal o por afinidad
			Atacan la pretensión de ejecutar un derecho		1. Inhabilidad de título 2. Falsedad material 3. Quita 4. Espera 5. Compromiso 6. Exención
	Reconvención				

PARTE IV
EN CUANTO SE RELACIONAN CON EL MEDIO DE DEBATE

LECCIÓN 11

EL PROCESO COMO MÉTODO DE ENJUICIAMIENTO

SUMARIO

1. El concepto de *proceso como método de enjuiciamiento*
2. La naturaleza jurídica del proceso como método
3. La iniciación y el desarrollo del proceso
4. El objeto del proceso
5. Los presupuestos del proceso
6. La clasificación de los procesos
7. El concepto de *debido proceso*
8. Los imperativos jurídicos del proceso
9. La eficacia del proceso

1. EL CONCEPTO DE *PROCESO COMO MÉTODO DE ENJUICIAMIENTO*

La *voz proceso* es otra de las tantas que se utilizan de forma multívoca en el lenguaje corriente y, particularmente, en el mundo jurídico. Castizamente, significa *acción de ir hacia adelante* y *transcurso del tiempo* y *conjunto de las fases sucesivas de un fenómeno*, etcétera. En su aplicación forense, se utiliza para designar a una *causa penal*, a un *conjunto de actos sucesivos de procedimiento*, a un *expediente* (conjunto de documentos o *dossier*), etcétera. Y, con mayor tecnicismo, la doctrina en general afirma

que el proceso es una secuencia o serie de actos que se desenvuelven progresivamente y, también, que es un conjunto de actos dirigidos al fin de obtener la resolución del conflicto. Como puede verse con facilidad, las acepciones que predominan son equívocas: cuando se utiliza la palabra *proceso* para designar a un *expediente* o a los actos sucesivos y concatenados que forman o integran *un procedimiento*, no está haciéndose referencia a la idea puramente lógica que se ha elaborado en el curso de esta obra a partir de la Lección 2.

Si se acepta que la ciencia del derecho procesal halla su exclusivo punto de partida en el concepto inconfundible de la *acción procesal* caracterizada como *instancia de necesaria bilateralidad* (tal como se adelantó en la Lección 5), será sencillo de aceptar también que el proceso no es otra cosa que una *serie lógica y consecuencial de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad* (juez o árbitro). Ya explicamos que se entiende por *serie* el conjunto de elementos relacionados entre sí y que se suceden unos a otros, un concepto que contiene numerosas aplicaciones en el lenguaje corriente: habitualmente se habla de las series *aritmética* (1-2-3-4-5), *geométrica* (2-4-8-16-32), *alfabética* (a-b-c-d-e), *cronológica* (*mensual*: enero-febrero-marzo-abril y *semanal*: lunes-martes-miércoles-jueves), *musical* (do-re-mi-fa-sol-la), entre otras, utilizando al efecto una idea de fácil comprensión por todos.

Los ejemplos recién referidos ostentan una característica particular: no obstante que un elemento de la serie sucede necesariamente a otro en la composición del total, puede ser extraído de ella para tomar vida propia. En otras palabras: el significado de cualquiera de tales elementos no varía, ya sea integrando o no la serie que compone. De consiguiente, un número dado –el tres, por ejemplo– ostenta siempre idéntica característica conceptual, ya se encuentre solo o detrás del dos y delante del cuatro.

Pero jugando con la idea se ve algo más importante: si se toman dos elementos de la serie y se los extrae de ella, pueden combinarse entre sí logrando resultados diferentes: si se escogen el 1 y el 2, por ejemplo, se los aísla y combina, puede formarse el 12 y, aún más, el 21 al presentarlos

invertidos. Lo mismo puede hacerse con la serie alfabética: si se aíslan la A y la Y, por ejemplo, y se las combina, pueden lograrse palabras con distinto significado según cómo se antepongan los elementos: AY-YA.

No ocurre cosa igual con una serie *lógica*, porque ella puede presentarse *siempre* sólo de una misma e idéntica manera, careciendo de toda significación el aislamiento de uno cualquiera de sus términos o la combinación de dos o más en un orden diferente al que muestra la propia serie. Para la mejor comprensión de ello, repárese en que lo lógico de la serie procesal es su propia composición, ya que siempre habrá de exhibir *cuatro fases* (ni más, ni menos) en el siguiente orden: afirmación –negación– confirmación –alegación (recordar la explicación dada en la Lección 1). Si se intenta aislar el elemento *negación*, por ejemplo, carecerá de todo sentido si no se lo vincula con una previa afirmación. Lo mismo ocurre si se extrae el elemento *confirmación*, ya que la respectiva actividad no puede ser explicada sin una afirmación negada.

Finalmente, a idéntico resultado se llega si lo que se separa es el elemento *alegación*: no tendrá sentido alguno si no se lo vincula a una confirmación de la afirmación negada. En otras palabras: el carácter *lógico* de la serie se presenta irrebatible a poco que se advierta que las fases del proceso son sólo las que deben ser –por una lógica formal– y que se hallan colocadas en el único orden posible de aceptar en un plano de absoluta racionalidad. De tal forma, al mencionar las palabras *serie consecuencial*, significa que debe respetarse un orden dado de cierto número de elementos que exhiben la particular característica de ser cada uno el *precedente lógico del que le sigue* y, a la inversa, de ser cada uno el *consecuente lógico del que le precede*.

La serie consecuencial así concebida está formada por *instancias* de las partes en litigio: *acción* del actor y *reacción* del demandado, con una peculiaridad propia que nace del concepto mismo de la acción procesal: cada instancia (acción o reacción) debe ser *necesariamente bilateral*, lo que significa que debe ser conocida por la parte que no la ejercitó a fin de poder afirmar, negar o confirmar lo que sea respecto de ella.

Insistimos vehementemente en la formulación de la serie, ya tantas veces enunciada en el curso de la obra: a) no es factible comenzar un proceso sin ejercitar una acción (mediante una demanda conteniendo una pretensión para ser satisfecha por el demandado o reo). Cuando ocurre cosa distinta (por ejemplo, iniciación de la serie por el propio juez, lo cual acaece en el sistema inquisitivo) *no hay* proceso lógicamente concebido. Habrá sí un simple procedimiento, pero no una instancia que reúna a tres personas en una relación dinámica (cosa que en materia penal sólo se presenta dentro del sistema acusatorio); b) tampoco es posible evitar la fase de negación, que es la que permite al demandado oponerse a la pretensión del actor. Si ello ocurriere, triunfaría sin más la simple versión de los hechos y/o del derecho dado por el propio pretendiente, a quien se privilegiaría por diversas razones que no son atendibles en orden a la razón de ser del proceso; c) jamás podría evitarse la fase de confirmación, pues una afirmación negada no pasaría de ser una simple manifestación de la voluntad del actor, inatendible como tal; d) por último, es lógicamente imposible cercenar la fase de alegación o de evaluación, pues en ella la parte que confirmó su afirmación intenta mostrar al juzgador cómo lo ha logrado, uniendo muchas veces extremos que pueden pasar inadvertidos hasta para ojos avizores distintos de los del propio interesado. Sin embargo, varias legislaciones contemporáneas han eliminado a este paso de la serie so pretexto de que así se gana en economía y en celeridad (v. gr. Cpcn, art. 498.5; no procede la presentación de alegatos en el juicio sumarísimo). A nuestro juicio, ello constituye un pecado gravísimo: en homenaje a la celeridad se ha destruido la idea lógica de proceso, con miles de años de antigüedad y vigente en todos los países del orbe.

Para finalizar: ya hemos advertido acerca de las diferencias que existen entre *proceso* y *procedimiento*: en tanto éste constituye el *género* (ya que es el objeto propio de todas las instancias), aquél es la *especie* (ya que es el objeto propio y específico de la acción procesal). De consiguiente, todo proceso supone la existencia de un procedimiento que se cumple mediante la concatenación de muchos actos realizados por las partes y por

el juez. Pero la idea de proceso supone algo más que la simple concatenación de actos: supone la *bilateralidad de todas las instancias* de las partes.

2. LA NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO COMO MÉTODO

En la tarea de explicar la *esencia* misma de todas las figuras y fenómenos del Derecho, los juristas se preocupan desde siempre por estudiar y analizar si un determinado instituto encuadra en una *categoría mayor general* con el objeto de que, si así es, resulten aplicables las normas reguladoras de ésta en caso de carencia legislativa (laguna de la ley). De tal modo, por ejemplo, si se afirma que *el proceso es esencialmente un contrato* –cosa que no es exacta, como luego se verá– se tiene en miras el aplicar supletoriamente al fenómeno *proceso* las disposiciones legales propias del género *contrato*. En el campo del derecho procesal, no ha sido posible escapar a esa regla constante de la doctrina, que ha elaborado las más variadas teorías para intentar definir cuál es la *esencia del proceso*.

No es tarea sencilla el hacer una clasificación de todas ellas, habida cuenta de que responden a patrones disímiles y, en algunos casos, insólitos. Un primer criterio clasificatorio de algunos autores tiene su origen en la búsqueda de la categoría general en el derecho civil (privatistas), en tanto que algunos más lo hacen fuera de éste (publicistas); otro criterio clasifica entre doctrinas empíricas, teorizantes y atípicas, etcétera.

No creemos necesario efectuar un inventario detallado de todas las corrientes interpretativas que han generado las doctrinas recién mencionadas. A sólo título informativo diremos aquí que al explicar la naturaleza jurídica del proceso se ha sostenido que es: a) un contrato de *litiscontestatio*; b) un cuasicontrato de *litiscontestatio*; c) una relación jurídica pública y continua; d) una situación jurídica; e) una pluralidad de relaciones jurídicas; f) un estado de ligamen; g) un estado de pendencia; h) un servicio público; i) una reproducción jurídica de una interferencia real; j) una entidad jurídica compleja; k) una institución; l) un medio para obtener satisfacción jurídica; m) una empresa; etc. Y para mayor

complicación –y desesperación– del estudioso, dentro de cada una de algunas de las corrientes apuntadas se han establecido nuevas diferencias que, por supuesto, llevan a los autores a polemizar circularmente y sin resultado final y positivo.

Hemos afirmado en párrafo anterior que toda esta búsqueda ha perdido interés académico pues, a partir de que se ha concebido a la acción procesal como una instancia necesariamente bilateral, el proceso (objeto de aquélla) adquirió una *categoría propia* que no puede ser subsumida en otra categoría general. De tal modo, *el proceso es proceso.* Y punto. Lo que lleva a sostener que *no es un contrato*, que *no es un cuasicontrato*, que *no es una relación*, etc.

En otras palabras: para explicar la esencia de la serie lógica y consecuencial de instancias bilaterales conectadas entre sí por la autoridad, que se utiliza como medio pacífico de debate dialéctico entre dos partes antagónicas ante un tercero que es impartial, imparcial e independiente, no es preciso buscar su encuadramiento en otra figura del Derecho en razón de que es un fenómeno único en el mundo jurídico y, por ende, inconfundible por irrepetible.

La más prestigiosa doctrina española contemporánea ya ha advertido esta circunstancia, al sostener que –así de simple– *el proceso carece de naturaleza jurídica.*

3. LA INICIACIÓN Y EL DESARROLLO DEL PROCESO

Ya se ha visto antes que el proceso, como idea lógica, sólo puede ser iniciado por el ejercicio de la *acción procesal*, típica instancia de parte que no puede ni debe ser suplida por el juzgador. De tal modo, cuando la discusión verse sobre pretensión no penal, el acto idóneo para comenzar el desarrollo de la serie será la *demanda*; y el mismo acto se denominará *acusación* cuando el debate recaiga acerca de pretensión penal. Descartamos así la iniciación (y el impulso) *de oficio* u *oficiosa*, que surge del espontáneo querer del propio juez: tal cosa es propia de un procedimiento

y no de un proceso. Ya nos referimos largamente al tema al argumentar en contra de los fundamentos y las bases del *sistema inquisitivo*, tan arraigado todavía en las legislaciones americanas que desconocen supinamente la normativa constitucional que las condiciona y genera.

A partir de la presentación de la demanda ante la autoridad (juez o árbitro) surge para ella un claro deber procesal de *proveer* a su objeto: iniciar un proceso. Para ello, la autoridad ha de hacer un juicio *de admisibilidad* estudiando si se dan en la especie *todos* los presupuestos de la acción y de la demanda que se enumeran en las Lecciones 5 y 7. De ser ello así, la autoridad (juez o árbitro) *admitirá* (en lenguaje procesal, *admitir* significa dar curso) la demanda, fijando con claridad el tipo de procedimiento (ordinario, sumario, etcétera) mediante el cual se desarrollará la serie y, al mismo tiempo, ordenando que se efectúe la *citación* del demandado para que comparezca al proceso. En otras palabras: la autoridad se limita a *conectar* al actor con el demandado, que deberá asumir su papel procesal por la sola voluntad de la ley, que es la que lo vincula inmediatamente al proceso (debate) y a su objeto (la sentencia, con sus efectos). De aquí en más, la autoridad realizará siempre *actos de conexión*, generando *cargas* (v. el # 8 ["Los imperativos jurídicos del proceso"] de esta Lección) a ambas o a alguna de las partes en litigio.

Como se verá luego, toda *carga* contiene tres elementos que la caracterizan como tal: una orden, un plazo para cumplir lo ordenado y un apercibimiento (advertencia) acerca de lo que habrá de ocurrir al interesado si no cumple lo ordenado. Se infiere de ello que toda posibilidad de *acción* supone una de *reacción*. De tal modo, el legislador que prevé el desarrollo de una serie procedimental debe normar distintos efectos para ambos casos: si se cumple o no. En razón de que los efectos propios de la inacción son cambiantes en los diferentes códigos y de que excedería el contenido de esta obra si efectuare aquí un extenso desarrollo del tema, nos concretaremos a continuar la exposición desde la óptica de la acción: así, en la exposición que sigue y con simple finalidad docente, acepto *ab initio* que la parte interesada cumple siempre con las cargas impuestas por la autoridad.

Aclarado el tema, la serie continúa su desarrollo con la *comparecencia* del demandado, a quien ahora cabe otorgarle la posibilidad de negación (resistencia a la pretensión o contestación). A este efecto, la autoridad ordena conferirle *traslado de la demanda* para que diga lo que desee respecto de la pretensión deducida. Con esta conexión se inicia la fase procesal de negación, durante la cual el demandado puede abstenerse, someterse u oponerse. Como es obvio, cada actitud generará distintos efectos, que son contingentes en las legislaciones. De allí que, para conocer adecuadamente el tema, el lector deba ocurrir a la norma respectiva.

Ya que la actitud lógica –y habitual– es la de oposición, la autoridad se enfrenta ahora con una afirmación negada, por cuya razón tendrá que ser confirmada de acuerdo con ciertas reglas que se explicarán en más adelante. A este efecto, la autoridad inicia la siguiente fase procesal (de confirmación), *abriendo a prueba la causa* (en el lenguaje legal). A partir de allí, la partes a quien incumba efectuar la confirmación de una afirmación negada tendrá que *ofrecer* sus medios de confirmación, *lograr* que la autoridad los *admita* y *ordene su producción*, que se efectúen las notificaciones necesarias y que cada medio *se produzca* efectivamente. Terminada toda esa actividad o antes, por el simple vencimiento del plazo acordado para desarrollarla (consecuencia de la preclusión procesal), la autoridad *clausura* la fase de confirmación y da inicio a la de *alegación*, disponiendo que las partes *aleguen* (o presenten conclusiones) acerca del mérito confirmativo de cada uno de los medios producidos durante la etapa anterior.

Habiendo ambas partes alegado, la autoridad da por finalizado el desarrollo de la serie utilizando al efecto una fórmula casi ritual: *llama autos para sentencia*, con lo cual quiere decir que de aquí en más las partes dejarán de emitir instancias y que la propia autoridad dictará la sentencia heterocompositiva del litigio.

Por supuesto, este desarrollo de la serie es ejemplar: no se han incluido los posibles incidentes o accidentes que pueden acaecer durante su curso; no se ha detallado cómo cambia el procedimiento de la serie en el supuesto de inacción; no se ha previsto la presencia contempo-

ránea o sucesiva de distintos sujetos en la posición de parte procesal, etcétera. No obstante, ya cabe tener una idea bastante exacta de lo que ocurre cuando se utiliza al proceso como medio universal de debate y que podemos insistir –hasta el cansancio– en que el fenómeno jurídico descrito es inédito en el mundo del Derecho, tanto que no aparece en parte alguna de toda su extensión.

También nos permite reiterar que el desarrollo de la serie es de ineludible cumplimiento, cualquiera fuere la materia en debate. De ahí que lo que las leyes llaman *juicio penal* es *proceso* en tanto no lo es lo que se denomina *instrucción* (que constituye un *simple procedimiento* maguer lo practique un juez).

Con el desarrollo presentado, el proceso finaliza en el primer grado de conocimiento. Si quien resulta perdidoso en la sentencia decide impugnarla por alguna de las razones posibles al efecto, la serie recomienza: nuevamente una necesaria fase de afirmación (ahora se denomina *expresión de agravios*), una de eventual negación (*contestación de los agravios*), una de confirmación y otra de evaluación (ambas de carácter excepcional). Y otra vez el cierre mediante el llamamiento de autos. Y ahora la sentencia de segundo grado. Esto ocurre invariablemente en todos los grados de conocimiento judicial.

4. EL OBJETO DEL PROCESO

La lectura de varias obras de derecho procesal revelará rápidamente que los autores asignan al vocablo *objeto* diferentes significados. Lo más corriente es que se le otorgue el mismo contenido que el de la palabra pretensión: y así se dice que *el objeto del proceso es la materia que se discute durante su desarrollo.* Pero tal óptica –aceptada expresamente en el texto de alguna legislación europea– ha generado largas polémicas doctrinales con el fin de precisar en forma adecuada el contenido del vocablo. Tanto es así que existen obras íntegramente dedicadas a elucidar el tema, que aún continúa siendo motivo de conflictos autorales.

Según el método de explicación seguido aquí, que parte de la actividad efectivamente cumplida en la realidad con la mira puesta en la obtención de un resultado, habrá que dar a la palabra *objeto* su cuarta acepción castellana: *fin o intento a que se dirige o encamina una acción u operación.* Cuando se produce el litigio, el actor pretende algo del demandado y éste le opone resistencia. Y como ello ocurre en el plano jurídico del proceso, es de suponer que fue imposible autocomponer el conflicto desatado en el plano de la realidad social. Como el proceso es sólo un medio de debate para lograr la heterocomposición de las partes, parece razonable sostener que el objeto de aquél es lograr la emisión del acto de autoridad que resolverá el litigio: la sentencia.

La aceptación de esta idea traerá aparejadas numerosas e importantes consecuencias que se verán en el curso de la obra: por ejemplo, si la sentencia es el objeto del proceso, lógicamente no puede integrar su concepto. Y esto se ve claramente cuando se advierte que la sentencia –acto de autoridad– no integra la serie procesal ya vista antes. De ahí que no quepa considerar a la sentencia como un *acto procesal.* Simplemente, *es una norma jurídica* que ha perdido sus caracteres de general y abstracta al contener ahora una declaración particular con nombre y apellido de sus destinatarios. Por supuesto, el proceso no siempre cumple o llega a obtener su objeto, toda vez que el litigio puede disolverse antes de la sentencia (por ejemplo, las partes autocomponen el litigio; el simple transcurso del tiempo extingue el proceso; etcétera).

5. LOS PRESUPUESTOS DEL PROCESO

Dando a la palabra *presupuesto* el preciso significado apuntado en la Lección 5, resulta claro que el proceso en sí mismo carece de presupuestos. Antes bien, y dado que contiene una serie consecuencial de instancias bilaterales, los presupuestos serán de cada una de las fases que integran la serie. Así, hay presupuestos de la *acción* (ya vistos en la Lección 5), de la *demanda* (explicados en la Lección 7), de la *contestación de la demanda*

(enunciados en la Lección 10), de la fase de *confirmación* (v. Lección 19) y de la fase de *evaluación* (v. Lección 19).

A su turno, como el objeto de la serie es lograr una sentencia heterocompositiva del litigio, razonablemente habrá presupuestos de ésta que apunten a las dos líneas ya enunciadas en la Lección 5: la de *eficacia* y la de *eficiencia*.

6. LA CLASIFICACIÓN DE LOS PROCESOS

Este es un título que aparece integrando los índices de todos los libros escritos sobre el tema. Cuando se lee el contenido que le ha dado el respectivo autor se descubre pronto que, cualquiera sea el criterio de clasificación que se aplique, no se refiere al *proceso como tal*, sino a la *pretensión* deducida o al *procedimiento* previsto por el legislador para tramitar una determinada pretensión. Y así, se distingue entre: a) procesos *judicial* y *arbitral*, teniendo en miras la naturaleza pública o privada de la autoridad que actúa; b) procesos *contenciosos* y *no contenciosos*, queriendo mostrar que en unos existe litigio y en otros no; c) procesos *declarativos*, *ejecutivos* y *cautelares*, apuntando al resultado que pretende lograr el actor; d) procesos *ordinarios* y *especiales*, haciendo ver las diferencias de la actividad de cognición del juez en cuanto a la pretensión deducida; y f) procesos *singulares* y *universales*, señalando que en éstos está en juego todo el patrimonio de una persona y en aquéllos no.

A nuestro juicio, estos criterios clasificatorios son erróneos pues parten de una premisa equivocada, producto de la milenaria confusión que existe en la doctrina acerca del significado de los vocablos utilizados. Conforme a lo que ya se ha definido *como proceso*, y remarcando nuevamente ahora que aparece como un fenómeno único en el mundo jurídico, resulta obvio que su concepto permanece inalterable no obstante que la autoridad ante la cual se inicia y desarrolla sea un juez o un árbitro (en ambos casos la serie opera en forma idéntica). De ahí que no quepa efectuar tal clasificación pues la idea de proceso es unitaria y, por ende, inclasificable.

Idéntica acotación cabe efectuar respecto de los siguientes criterios apuntados precedentemente. En efecto: la idea de *proceso* es inseparable de la de *litigio*, de donde resulta que –en los términos utilizados habitualmente– *todo proceso es contencioso* (en el sentido de que existe una contienda: litigio). De ahí también que no quepa hablar en modo alguno de *proceso no contencioso* (o acto de jurisdicción voluntaria) que obviamente *no es proceso*, sino simple procedimiento desarrollado entre quien insta y la autoridad que recibe el instar.

Tampoco cabe clasificar entre procesos *declarativos*, *ejecutivos* y *cautelares*. Entre los dos primeros, porque el concepto de proceso permanece indiscutiblemente inalterable en razón de que en ambos se da –o debe darse– el desarrollo integral de la serie. Resulta así que lo que distingue a este criterio de clasificación es el *procedimiento* –más o menos largo y expeditivo– normado para tramitar un proceso.

Por lo demás, el llamado *proceso cautelar no es proceso*, toda vez que en su desarrollo no se presenta la idea lógica expuesta recurrentemente en este *Manual*: y es que todo lo relativo a las *cautelas* (ver Lección 26) constituye siempre un simple procedimiento por la sencilla razón de que la respectiva petición no debe ser necesariamente bilateralizada antes de obtener el dictado de una resolución al respecto. Lo mismo cabe decir en cuanto a los llamados procesos *universales* en los cuales el juez actúa como un simple *administrador* y no como autoridad llamada a resolver un litigio.

Debe quedar en claro respecto de los supuestos últimamente mencionados que siempre existe la posibilidad de la aparición de un litigio durante el curso del procedimiento: a partir de allí, *habrá proceso* (por ejemplo, el embargado que no fue oído antes de la traba de la medida cautelar pretende su inmediato levantamiento; un acreedor demanda la verificación de su crédito en la sucesión de su deudor; etcétera). De consiguiente, la denominación del tema en estudio debe ser erradicada de los textos de doctrina, ya que resulta equívoca al clasificar el fenómeno *proceso* otorgando a la palabra que lo denomina el significado *de procedimiento* o *de juicio* o *de pretensión*, ninguno de los cuales exhibe a su preciso valor técnico.

Reiterando: la idea de proceso es única y, como tal, indivisible e inclasificable.

7. EL CONCEPTO DE *DEBIDO PROCESO*

Desde el siglo pasado, la doctrina publicista refiere insistentemente al *debido proceso* como un claro derecho constitucional de todo particular y como un deber de irrestricto cumplimiento por la autoridad. La frase lució novedosa en su época pues, no obstante que la estructura interna del proceso aparece natural y lógicamente en el curso de la historia con antelación a toda idea de *Constitución*, las cartas políticas del continente no incluyen –en su mayoría– la adjetivación *debido*, concretándose en cada caso a asegurar la *inviolabilidad de la defensa en juicio*.

Recuérdese ahora que el origen generalmente aceptado de la palabra *debido* se halla en la Quinta Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos de América que, al establecer los derechos de todo ciudadano en las causas penales, dice en su parte pertinente que no podrá "someterse a una persona dos veces, por el mismo delito, al peligro de perder la vida o sufrir daños corporales; tampoco podrá obligársele a testificar contra sí mismo en una causa penal, no se le privará de la vida, la libertad o la propiedad *sin el debido proceso judicial*".

Al igual que las de otros países, la Constitución argentina no menciona la adjetivación *debido*, lo que ha hecho decir a prestigioso tratadista que se trata de una *garantía innominada.* Tal vez por esa razón o por la imprecisión terminológica que sistemáticamente emplean los autores que estudian el tema, la doctrina en general se ha abstenido de definir en forma *positiva* al *debido proceso*, haciéndolo *siempre negativamente*: y así, se dice que *no es debido proceso legal* aquél por el que –por ejemplo– se ha restringido el derecho de defensa o por tal o cual otra cosa. Esto se ve a menudo en la doctrina que surge de la jurisprudencia de nuestros máximos tribunales.

Si se intenta definir técnicamente la idea de *debido proceso* resulta más fácil sostener que es aquél que se adecua plenamente *a la idea lógica de proceso*: dos sujetos que actúan como antagonistas en pie *de perfecta igualdad en el instar* ante una autoridad que es un *tercero* en la relación litigiosa (y, como tal, impartial, imparcial e independiente). En otras palabras: el *debido proceso* no es ni más ni menos que el *proceso* que respeta sus propios principios, que explicaré en la Lección siguiente. Esta concepción, que no por sencilla es errada, convierte en estéril a todo el inventario que he hecho precedentemente.

8. LOS IMPERATIVOS JURÍDICOS DEL PROCESO

En la concepción privatista del Derecho se ha mostrado siempre la correlación existente entre el contenido de las voces *derecho* y *obligación*, adoptándose habitualmente esta última para aplicarla con una extensión que no condice con su concepto. Desde el Derecho Romano se entiende por *obligación* al vínculo jurídico existente entre dos personas, mediante el cual una puede *constreñir* a la otra al cumplimiento de una prestación adeudada. La palabra *constreñir* ostenta en el caso una importancia fundamental, pues su significado –tanto en latín como en castellano corriente y jurídico– revela que alguien puede compeler por la fuerza a otro para que haga o ejecute alguna cosa.

Ya se vio que el demandado puede perfectamente adoptar una actitud de *abstención* defensiva; y ello resulta por completo lógico y congruente con el sistema, toda vez que su derecho de defensa opera en forma plena mediante el otorgamiento de la *simple posibilidad de audiencia*, sin que resulte imprescindible (por ejemplo, salvo ciertos casos y con algunas salvedades doctrinales, en materia penal) su efectiva comparecencia y la adopción de una actitud de defensa positiva (contradicción). Va de suyo, así, que nadie puede ser *constreñido* –por el uso de la fuerza– a defenderse procesalmente si no quiere hacerlo. De ahí que la palabra *obligación* no resulte correctamente utilizada cuando se la vincula con la actividad de instar. El descubrimiento no es novedoso. Antes bien, señalado por uno

de los más grandes estudiosos del derecho procesal, generó el concepto de *carga*, que refiere a una situación de necesidad de realizar una determinada actividad para evitar que sobrevenga un perjuicio procesal.

Por obvias razones de método y de comprensión del fenómeno, este nuevo concepto tiene que ser correctamente diferenciado de otros dos de uso corriente: *deberes* y *obligaciones*.

a) *Deberes*: son los imperativos jurídicos que, con motivo del proceso, tiene toda parte procesal y los terceros ajenos a ellas respecto de la autoridad (por ejemplo, las partes *deben* litigar conforme al principio de moralidad; los terceros tienen el *deber* de testimoniar la verdad; etc.) y ésta respecto de aquéllas (por ejemplo, el juez *debe* resolver oportunamente el litigio; *debe* excusarse mediando causal, etc.). Se presentan siempre en el *plano vertical* del proceso (el que va desde las partes hacia el juez y viceversa) y su incumplimiento es *sancionable* (por ejemplo: a la parte procesal que litiga con malicia, se la multa; al testigo que miente, se lo detiene y se le imputa la comisión de delito; al juez que no sentencia en plazo, se lo apercibe o se lo multa; etc.).

b) *Obligaciones*: son los imperativos jurídicos que, con motivo del proceso, tiene una parte procesal respecto de la otra. En las legislaciones vigentes no hay otro ejemplo que el pago de las costas y multas en carácter de constricción (*astreintes*). Se presentan siempre en *el plano horizontal* del proceso (el que va desde una parte hacia la otra y viceversa) y su incumplimiento es *constreñible* mediante el uso de la fuerza legítima que puede ejercer el Estado luego de un proceso (por ejemplo: el actor ejecuta su acreencia declarada por sentencia y el juez desapodera al deudor). Excepcionalmente pueden presentarse en el plano vertical, cuando una legislación determinada establece que las costas causadas por la declaración de nulidad de una actuación deben ser soportadas por el propio juez que la consumó.

c) *Cargas*: son los imperativos jurídicos que, con motivo del proceso, una parte tiene respecto de sí misma (imperativo *del propio interés*) (por ejemplo: comparecer al proceso, contestar la demanda, confirmar lo

afirmado que fue negado, evaluar lo confirmado, etcétera). Se presentan siempre en el *plano insular* que envuelve a cada una de las partes litigantes y su incumplimiento no es sancionable ni constreñible: el incumpliente sólo pierde una facultad, derecho o chance por falta de ejercicio oportuno de la actividad requerida.

Como éste es un concepto propio del derecho procesal, conviene establecer desde ahora la forma en la cual opera. Siempre que la autoridad efectúa *actos de conexión*, lo hace a fin de dar oportunidad a una de las partes para que haga o diga lo que quiera respecto de la instancia ejercida por la otra. A este fin, emite una orden que debe ser cumplida en un plazo previamente determinado por la ley o por la propia autoridad, en su defecto, con el *apercibimiento* (advertencia) del efecto contrario al interés de su destinatario, para el caso de que no la cumpla en el tiempo dado. De tal modo, y como ya se anticipó, toda carga contiene tres elementos necesarios para que sea tal: una orden, un plazo y un apercibimiento.

9. LA EFICACIA DEL PROCESO

Se entiende castizamente por *eficacia* la capacidad para obrar o producir el efecto deseado. Si se tiene en cuenta cuál es la razón de ser del proceso que ya se explicó en la Lección 1 y se admite que el proceso no es método de *investigación* ni de *control social* ni de *opresión popular*, se concluirá fácilmente en que es un método de *debate pacífico y dialéctico* que, aceptado hoy por la mayoría de las Constituciones modernas como el último bastión de la libertad del hombre, logra su eficacia al mostrar un obvio efecto; el de pacificar a los pueblos al evitar que cada uno se haga justicia por mano propia sobre otro. Desde esta óptica, parece claro que las consecuencias que ello genera se producen durante el desarrollo mismo del debate, y mucho más, por añadidura, cuando se ha logrado culminar en su objeto: la emisión de la sentencia que pone fin al litigio. Los explico a continuación.

a) *Los efectos del método de discusión.* Por de pronto, quien incoa un proceso abdica implícitamente de hacer uso de la fuerza ilegítima,

prohibida desde siempre en nuestras sociedades. Y éste es ya, y en sí mismo, un efecto notable que muestra las bondades de este invento de la civilidad, al cual hemos calificado en la Lección 1 como mucho más importante que el de la rueda. Empero, además de evitar la justicia por mano propia, logra durante su desarrollo una indudable y fácilmente comprobable pacificación de los ánimos.

Cierto es que hay litigios -particularmente los que se desarrollan entre hermanos- que son terribles y, a veces, cuasi sangrientos. Pero el común denominador de los pleitos indica que, mediante su demorado y a veces moroso desarrollo, se aplacan los ánimos inicialmente exacerbados y se pierde interés en el mantenimiento de la lucha (esto es lo único que puede explicar lógicamente, por ejemplo, la caducidad de la instancia por falta de actividad procesal de las partes). Además, un pleito prolongado en el tiempo -por las razones que fueren- hace que las partes sean proclives a una solución autocompositiva que, muchas veces, se logra para beneficio de los interesados y de la misma comunidad. A tal punto esto es cierto que estadísticas serias efectuadas en tribunales de nuestra ciudad revelan que más del setenta por ciento de los pleitos incoados terminan por medios autocompositivos. Más allá de estos efectos que se advierten como consecuencia de la sola existencia de un proceso pendiente, cuando éste logra su objeto de que un juzgador emita una sentencia, los efectos se potencian pues, ahora, las repercusiones jurídicas de la solución afectan más profundamente a la relación entre los sujetos litigantes.

b) *Los efectos de la sentencia.* Aunque el tema será desarrollado en la Lección 22, como corresponde metodológicamente, por simple prolijidad expositiva adelantamos por ahora lo siguiente:

1) *cualquiera sea el tipo de sentencia* de que se trate (interlocutoria o definitiva), gana ciertos efectos que se vinculan con el propio juzgador que la dictó y con las partes que la reciben durante el curso del proceso o como objeto de éste.

Tales efectos aparecen en momentos diferentes, inmediatamente después de: A) *dictada la sentencia y antes de haberse iniciado el acto de su*

notificación a las partes litigantes: el juez conserva la facultad de revocarla o modificarla en la forma que desee pues, por ahora, la norma contenida en su pronunciamiento está situada en la esfera de su propia intimidad; B) *haberse iniciado el acto de la notificación de la sentencia a las partes litigantes y antes de que ellas conozcan la existencia del acto*: el juzgador pierde toda competencia para modificar su pronunciamiento, para lo cual ahora se exige pedido expreso de parte interesada al efecto; C) *haber sido notificada la sentencia a una cualquiera de las partes litigantes* (atención: para el nacimiento de este efecto no hace falta que lo hayan sido las dos): concluye para el juez la cuestión litigiosa y pierde automáticamente su competencia para *continuar* (salvo en cuestiones accesorias) o *reabrir* el proceso y para *variar* o *modificar el contenido de la sentencia* (salvo para aclarar conceptos oscuros, subsanar errores o suplir omisiones de la sentencia, todo a pedido de parte); D) *haber sido admitido por el juez un medio cualquiera de impugnación contra su sentencia presentado por alguna de las partes*: se reabre la competencia perdida al sólo efecto de admitir o denegar el medio impugnativo de que se trate y de cumplir luego el procedimiento que corresponda a cada una de esas posibilidades de actuación;

2) cuando la *sentencia adquiere firmeza* por consentimiento de las partes litigantes o por haber agotado los interesados en hacerlo toda la cadena impugnativa que tolere o admita el respectivo pronunciamiento, surge otro efecto de la mayor importancia: se opera la preclusión respecto del tema resuelto, a raíz de lo cual el proceso avanzará sin poder retrotraerse y deberá cumplirse sin más lo ordenado en tal sentencia;

3) cuando la sentencia que adquiere firmeza es *la definitiva*, se generan otros efectos que le son propios: A) adquiere el carácter ejecutorio del mandato judicial contenido en ella; B) gana la calidad de *caso ya juzgado*; C) nace para las partes un nuevo plazo de prescripción liberatoria, el de la *actio judicata*, diferente al propio del hecho que originó la relación causal ya juzgada.

Lógicamente, nada exige que quien sentencie la pretensión sea la misma exacta persona física que procesó la discusión, aunque todo el

mundo acepte tal afirmación como una verdad sabida y obvia luego de sostener ilusamente tal cosa la doctrina que postula que la inmediación procesal es la única forma de hacer verdadera justicia.

TEXTO DE CÁTEDRA*

PROCESO JURISDICCIONAL Y DEBIDO PROCESO

SUMARIO

A. EL PROCESO JURISDICCIONAL
1. El proceso jurisdiccional
2. El proceso jurídico
3. Clasificación del proceso jurisdiccional
4. Naturaleza jurídica del proceso

B. EL DEBIDO PROCESO
1. Antecedentes
2. Concepto
3. Evolución y dimensiones
   3.1. Debido proceso adjetivo
   3.2. Debido proceso constitucional
   3.3. Debido proceso sustantivo
4. El debido proceso en las decisiones del tribunal constitucional
5. Conformación
6. Derecho al debido proceso
7. Derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley (derecho al juez natural)
8. Derecho a los procedimientos preestablecidos
9. Derecho a la defensa o asesoría jurídica
10. Derecho a la pluralidad de instancias
11. El derecho a probar
12. Derecho a motivación de las resoluciones
13. Derecho a la cosa juzgada

---

* Por el profesor Carlos Antonio Pérez Ríos.

A. EL PROCESO JURISDICCIONAL

1. EL PROCESO JURISDICCIONAL

Si tomamos en cuenta la existencia o inexistencia de factores bióticos para aproximarnos a una clasificación de proceso *en general*, tendremos procesos abióticos en los que no existe vida como un proceso de erupción volcánica, los procesos químicos o físicos, etc. De otro lado, tendremos *procesos bióticos* en los que existe vida, como el proceso de fecundación, los procesos de alimentación, entre otros. Ciertamente, a nosotros nos interesan los procesos bióticos humanos en particular dentro de estos nos interesan solo los que tienen carácter volitivo. En esta decantación, son de nuestro especial interés los procesos bióticos con trascendencia en el mundo del derecho, especialmente en la obtención de tutela jurisdiccional.

Entonces, en este último grupo de procesos bióticos, humanos y volitivos podemos hablar del proceso de creación de una obra de arte, del proceso de elaboración de textiles, del proceso fabricación de productos químicos, el proceso terapéutico, el proceso de elaboración de una tesis, de suscripción de un contrato, de promulgación de una ley, de imposición de una sanción penal, etc. El logro de determinado fin impregna de sustantividad especial al proceso. Los fines u objetos no son del proceso[129], sino de quienes se valen de él; la elaboración de la tesis es finalidad del tesista, no del proceso; el descubrimiento de determinado producto médico es finalidad del químico farmacéutico o del médico investigador y del laboratorio que patrocina la investigación, no del proceso de invención o fabricación del producto; el restablecimiento de la paz social en justi-

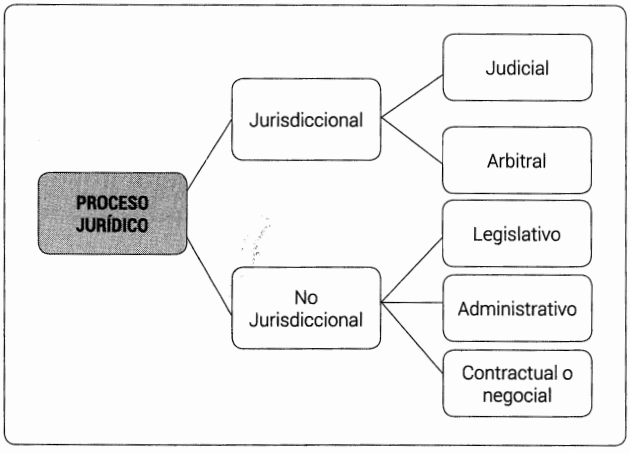
129 Salvatore Satta (*Derecho procesal civil*, EJEA, Buenos Aires, 1971, t. III, p. 11), sobre el particular, reflexionaba: "¿Tiene el proceso una finalidad? No se diga, por caridad, que la finalidad es la actuación de la ley o la defensa del derecho subjetivo, o el castigo del reo, y tampoco la justicia o la investigación de la verdad: si esto fuese verdad, sería absolutamente incomprensible la sentencia injusta, y la misma fuerza de la cosa juzgada, que cubre, mucho más que la tierra, los errores de los jueces. Todos estos pueden ser y son los fines del legislador que organiza el proceso, de la parte y del ministerio público que en concreto lo promueve, no la finalidad del proceso".

cia es finalidad del Estado a través del juez y no del proceso; del mismo modo, la restitución de un inmueble, el pago de un crédito adeudado, el reconocimiento de paternidad, la imposición de una condena no son finalidades del proceso, sino de quien o quienes pretenden hacer realidad tales propósitos.

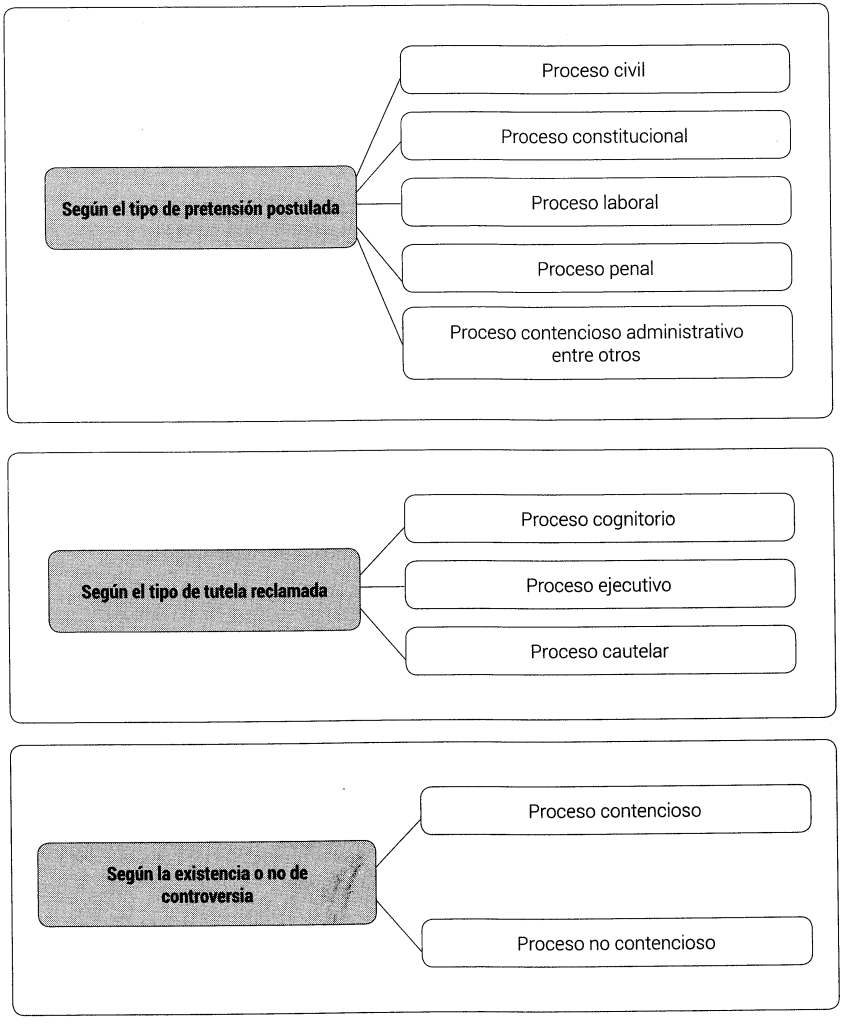
El proceso está marcado por esta transmutación en la que los contenidos, y finalidades de las personas le transfieren su valor connotativo; de este modo, en las diversas disciplinas se configuran procesos según la materia o finalidad de las que traten; así tenemos procesos psicológicos, procesos terapéuticos, procesos educativos y procesos jurídicos, entre otros.

2. EL PROCESO JURÍDICO

A lo expresado en los apuntes de cátedra de la Lección 1, agrego ahora el siguiente cuadro sinóptico:



3. CLASIFICACIÓN DEL PROCESO JURISDICCIONAL



4. NATURALEZA JURÍDICA DEL PROCESO

A lo ya explicado sobre el tema en los Apuntes de Cátedra de la Lección 1, agrego ahora que en el *Código Procesal Civil* la frase nominal *relación jurídica procesal* está presente en los siguientes artículos:

Artículo	Relación jurídica procesal
451°	Excepciones
465°	Saneamiento
466°	Saneamiento

La expresión *situación jurídica* encuentra manifestación normativa, en las denominadas cargas procesales, como puede verse a continuación:

Artículo	Situación jurídica
129°	Actos procesales de las partes
196°	Carga de la prueba
279°	Presunción relativa de verdad
293°	Exhibición
501°	Retracto
511°	Responsabilidad civil de los jueces
764°	Audiencia de inventario

Artículo	Situación jurídica
Art. IV Tít. Prel.	Titular de la acción penal
Art. 2° inc. 7	Principio de oportunidad
Art. 5° inc. 2	Cuestión prejudicial
Art. 8° inc. 6	Trámites de los medios de defensa
Art. 371° inc. 1	Apertura del juicio y posición de las partes
Art. 458° inc. 1	Transformación del proceso común y advertencia

B. EL DEBIDO PROCESO

1. ANTECEDENTES

El *debido proceso* es de origen anglosajón y tiene su punto de partida en el capítulo 39 de la Carta Magna de 1215, en el que se proclama que "ningún hombre libre podrá ser detenido o encarcelado o privado de sus derechos o de sus bienes, ni puesto fuera de la ley ni desterrado o privado de su rango de cualquier otra forma, ni usaremos de la fuerza contra él ni enviaremos a otros que lo hagan, sino en virtud de sentencia judicial de sus pares y con arreglo a la ley del reino." Este es el antecedente normativo más lejano en el que se introduce la noción de debido

proceso a través de algunos de sus componentes como el derecho a no ser detenido, encarcelado o privado de derechos o bienes sin sentencia judicial y conforme a la legislación vigente.

La Carta Magna de 1215 se convirtió en uno de los documentos constitucionales más importantes de la historia. Sin embargo, el término *debido proceso* como tal *due process of law* fue empleado por primera vez el año 1354, por Eduardo III.

En el siglo XVIII, la institución del debido proceso fue una de las banderas de lucha y conquista de la Revolución francesa, en contra de los jueces venales y corruptos que aplicaban no la justicia más estricta, sino la voluntad del rey.

En la enmienda XIV de la Constitución de los Estados Unidos, aprobada el 9 de julio de 1868, se utiliza el término *debido proceso legal* como una adaptación de las garantías procesales contenidas en la Carta Magna británica. Textualmente se aprobó que: "1) Todas las personas nacidas o naturalizadas en los Estados Unidos y sometidas a su jurisdicción son ciudadanos de los Estados Unidos y de los Estados en que residen. Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos".

La doctrina y la jurisprudencia se han encargado de delinear su actual configuración, naturaleza y alcances como un derecho humano fundamental, consustancial a todo sujeto de derecho en un Estado Democrático. Las fases por las que pasó hasta alcanzar consolidación normativa y doctrinaria son tres: el debido proceso adjetivo, el debido proceso constitucional y debido proceso sustantivo. Seguidamente pasamos a explicar, de modo sucinto, la característica esencial de cada uno de estos momentos y fases.

2. CONCEPTO

El debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto respecto a sus ámbitos de aplicación como en lo concerniente a sus dimensiones sobre las que se extiende.

Su ámbito de aplicación va más allá de lo estrictamente judicial, se extiende a otros campos como el parlamentario, el administrativo y particular, entre otros, dando lugar a que pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, debido proceso parlamentario, debido proceso administrativo, debido proceso particular, etcétera. Respecto a sus dimensiones, el debido proceso no sólo responde a componentes formales, sino que también se exterioriza en elementos de trascendencia sustantiva. Luego, su evaluación no sólo toma en cuenta las reglas esenciales con las que se tramita un proceso, sino que también se orienta a la preservación de los estándares de justicia sustentables de toda decisión en los que se preserven los juicios de razonabilidad, juicio de proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad, entre otros.

Tal como precisa el tratadista español Jesús GONZÁLES PÉREZ, la recepción de la pretensión por un órgano jurisdiccional y la emisión de la respectiva sentencia decidiendo sobre la conformidad o disconformidad de la misma con el ordenamiento jurídico, no cubre todo el espectro conceptual de la tutela jurisdiccional efectiva; puesto que ésta sólo es efectiva si el órgano jurisdiccional reúne determinadas condiciones y el proceso seguido hasta el dictado de la sentencia estuvo investido de las garantías que hicieron posible la defensa de las partes. "Llamamos proceso debido a aquel proceso que reúne las garantías ineludibles para que la tutela jurisdiccional sea efectiva, empezando por la garantía del juez natural"[130].

Finalmente, es preciso señalar que el contenido del debido proceso es el contenido de cada una de sus manifestaciones concretas; no tiene

130 GONZÁLES PÉREZ, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional*. Civitas, Madrid, 2001, p. 123.

un contenido propio por lo que su naturaleza es la de ser un derecho continente.

3. EVOLUCIÓN Y DIMENSIONES

3.1. Debido proceso adjetivo

El derecho a la existencia y disponibilidad de un proceso legal es la primera gran conquista jurídico-constitucional que se desprende y afianza como uno de los derechos constitutivos del derecho al debido proceso legal. Es decir, que las normas procesales sólo pueden ser establecidas mediante ley formal, emanada del congreso o parlamento democrático y representativo.

Corresponde esta fase del debido proceso a la determinación de la ley previa establecida por el órgano legislativo competente como garantía de todo justiciable para no ser sometido a procedimientos arbitrarios, creados *ad-hoc*, sino a aquellos previamente establecidos por ley del Congreso.

Según esta dimensión del debido proceso, toda persona tiene derecho a determinadas garantías mínimas, destinadas a asegurar un resultado justo y equitativo dentro del proceso, para lo cual debe permitírsele el derecho a ser oído y hacer valer sus pretensiones ante un juez natural, debidamente asesorado o defendido, garantizándosele al mismo tiempo su derecho a probar, a impugnar como medio para acceder a la instancia plural.

El contexto y dimensión de este primer momento del debido proceso es exclusivamente jurisdiccional, procesal.

3.2. Debido proceso constitucional

El siguiente paso dado por la doctrina lo constituye el reconocimiento del denominado debido proceso constitucional, según el cual el proceso –además de estar regulado por ley formal– es en sí mismo *garantía* de todos los demás derechos y principios orientados a proteger a la

persona humana frente a la arbitrariedad no sólo de los gobernantes, de los jueces, sino también del propio legislador; de este modo, la expresión debido proceso se proyecta hacia todo el sistema de garantías implicadas en la legalidad constitucional. Este es el concepto específico de la garantía constitucional del debido proceso en su sentido procesal actual.

Eduardo COUTURE resalta la trascendencia del debido proceso en el contexto de la historia de la evolución de la libertad civil y el acceso a la justicia; en tal sentido, ha sostenido que el debido proceso es una garantía vinculada a la historia misma de la libertad civil que es la garantía de la justicia en sí misma, establecida en todas las Constituciones y que se trata en resumen de que nadie puede ser privado de las garantías esenciales que la Constitución establece, mediante un simple procedimiento, ni por un trámite administrativo cualquiera que prive del derecho a defenderse y a disponer de la garantía que constituye el poder judicial para todos los ciudadanos[131].

3.3. Debido proceso sustantivo

Un último paso dado a partir de la jurisprudencial anglo-norteamericana, es la extensión del concepto del debido proceso a lo que en esa tradición se conoce como debido proceso sustantivo que equivale al principio de razonabilidad de las leyes y actos públicos, o incluso privados, como requisito de su propia validez constitucional; es decir, los actos de producción legislativa y la actuación primaria del derecho deben ajustarse no sólo a los preceptos constitucionales, sino fundamentalmente al sentido de justicia contenido en ella, lo que supone, simultáneamente, el cumplimiento de imperativos fundamentales de razonabilidad, proporcionalidad y equidad.

131 COUTURE, Eduardo, *Estudios de derecho procesal civil,* Depalma, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 194.

4. EL DEBIDO PROCESO EN LAS DECISIONES DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional desde su funcionamiento ha tomado especial cuidado en precisar la naturaleza jurídica y alcances de las más importantes categorías del proceso, entre estas, el debido proceso.

Seguidamente, haremos referencia a las de mayor relevancia o fundacionales.

> *Fundamento 4: EXP. N.º 3075-2006-PA/TC.* "El debido proceso es un derecho fundamental de naturaleza procesal con alcances genéricos, tanto en lo que respecta a los ámbitos sobre los que se aplica como en lo que atañe a las dimensiones sobre las que se extiende. Con relación a lo primero, queda claro que dicho atributo desborda la órbita estrictamente judicial para involucrarse o extenderse en otros campos como el administrativo, el corporativo particular, el parlamentario, el castrense, entre muchos otros, dando lugar a que en cada caso o respecto de cada ámbito pueda hablarse de un debido proceso jurisdiccional, de un debido proceso administrativo, de un debido proceso corporativo particular, de un debido proceso parlamentario, etc. Por lo que respecta a lo segundo, y como ha sido puesto de relieve en innumerables ocasiones, las dimensiones del debido proceso no sólo responden a ingredientes formales o procedimentales, sino que se manifiestan en elementos de connotación sustantiva o material, lo que supone que su evaluación no solo repara en las reglas esenciales con las que se tramita un proceso (juez natural, procedimiento preestablecido, derecho de defensa, motivación resolutoria, instancia plural, cosa juzgada, etcétera), sino que también, y con mayor rigor, se orienta a la preservación de los estándares o criterios de justicia sustentables de toda decisión (juicio de razonabilidad, juicio de proporcionalidad, interdicción de la arbitrariedad, etcétera). Así las cosas, el debido proceso es un derecho de estructura compleja, cuyos alcances corresponde precisar a la luz de los ámbitos o dimensiones en cada caso comprometidas. Como ya se anticipó, en el caso de autos se trata de un reclamo por la transgresión al debido proceso en sede administrativa, no solo en el ámbito formal, sino también sustantivo".

El Tribunal Constitucional, en el fundamento 1 del expediente 2169-2001-HC/TC ha señalado que el derecho al debido proceso, reconocido en el inciso 3) del artículo 139 de la Constitución peruana, forma parte del "modelo constitucional del proceso" recogido en la Norma Suprema, cuyas garantías mínimas deben ser respetadas para que el proceso pueda considerarse como debido. En similar sentido, en el fundamento 4 de la sentencia dictada en el expediente N.º 3392-2004-HC/TC se reitera que este derecho garantiza al justiciable, ante su pedido de tutela, el deber del órgano jurisdiccional de observar el debido proceso y de impartir justicia dentro de los estándares mínimos establecidos por los instrumentos internacionales.

En ese sentido, la exigencia de su efectivo respeto no sólo tiene que ver con la necesidad de garantizar a todo justiciable determinadas garantías mínimas cuando éste participa en un proceso judicial, sino también con la propia validez de la configuración del proceso, cualquiera que sea la materia que en su seno se pueda dirimir. De esta forma, el debido proceso no es sólo un derecho de connotación procesal que se traduce, como antes se ha dicho, en el respeto de determinados atributos, sino, también, una institución compleja que "no alude sólo a un proceso intrínsecamente correcto y leal, 'justo' sobre el plano de las modalidades de su tránsito, sino también a un proceso capaz de consentir la consecución de resultados esperados, en el sentido de oportunidad y de eficacia".

Del mismo modo, en otra importante sentencia, (expediente N.º 8125-2005-HC/TC), el fundamento 6, el mismo Tribunal ha precisado lo siguiente: "Mientras que la tutela judicial efectiva supone el derecho de acceso a los órganos de justicia como la eficacia de lo decidido en la sentencia, es decir, una concepción garantista y tutelar que encierra todo lo concerniente al derecho de acción frente al poder-deber de la jurisdicción; el derecho al debido proceso, en cambio, significa la observancia de los derechos fundamentales esenciales del procesado, principios y reglas esenciales exigibles dentro del proceso como instrumento de tutela de los derechos subjetivos"[132].

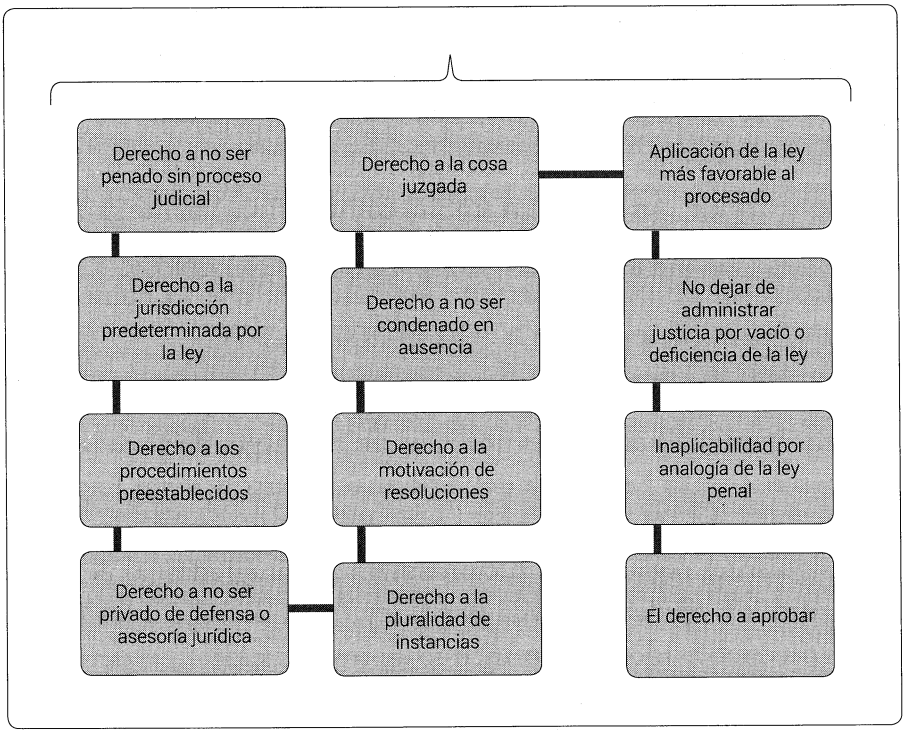
132 Fundamento 6 de la sentencia pronunciada en el Expediente N.º 8125-2005-PHC/TC.

5. CONFORMACIÓN

El Tribunal Constitucional ha establecido con meridiana claridad que el derecho al debido proceso es omnicomprensivo de una serie de garantías formales y materiales, por lo que (...) una alegación en abstracto de su supuesta lesión normalmente es una pretensión carente de concretización. En tal sentido, ha precisado que el debido proceso es un derecho "continente" que (...) no tiene un ámbito constitucionalmente garantizado en forma autónoma, sino que su lesión se produce como consecuencia de la afectación de cualesquiera de los derechos que lo comprenden" (Fundamento 41, Expediente N.º 6149-2006-AA/TC).

No existe un catálogo unánime de derechos que se consideren como pertenecientes al debido proceso; sin embargo, de acuerdo con el fundamento 1 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Expediente N.º 200-2002. AA/TC, "El debido proceso está conformado, entre otras, por las siguientes reglas constitucionalmente consagradas: a) el derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley; b) el derecho a los procedimientos preestablecidos; c) el principio de cosa juzgada; d) el derecho a la motivación de las resoluciones; e) el derecho a la pluralidad de instancias; f) el principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley; g) el principio de inaplicabilidad por analogía de la ley penal; h) el principio de no ser penado sin proceso judicial; i) la aplicación de la ley más favorable al procesado; j) el principio de no ser condenado en ausencia; k) la no privación del derecho de defensa." En consecuencia, nos limitaremos a la revisión sumaria de estos derechos:

6. DERECHO AL DEBIDO PROCESO



7. DERECHO A LA JURISDICCIÓN PREDETERMINADA POR LA LEY (DERECHO AL JUEZ NATURAL)

Ninguna persona puede ser desviada de la jurisdicción predeterminada por la ley, ni juzgada por órganos jurisdiccionales de excepción ni por comisiones especiales creadas al efecto, cualquiera sea su denominación. (art. 139.3, Constitución Política del Perú) lo cual comprende el derecho a acceder a órganos jurisdiccionales legalmente constituidos, de acuerdo con las competencias predeterminadas. Se evita así el riesgo de ser sometido a jueces impuestos por el poder político para favorecer intereses protervos, arbitrarios y corruptos.

Los parámetros de la función jurisdiccional están sustentados en su unidad y exclusividad, por lo que no pueden crearse de modo arbitrario

órganos jurisdiccionales *ad hoc*, no contemplados en la ley, salvo los casos de la jurisdicción arbitral militar y la comunal campesina y nativa (arts. 139.1. y 149, Constitución Política peruana).

El nombramiento de los jueces debe ser efectuado por el órgano constitucional creado para tal fin, que en el caso nacional es el Consejo Nacional de la Magistratura. Luego, el ejercicio de la función judicial por quien no ha sido nombrado en la forma prevista por la Constitución o la ley vulnera el derecho a la jurisdicción predeterminada por la ley, en suma, el derecho al juez natural (art. 139.19., Constitución Política).

El derecho al juez natural implica el derecho a un juez imparcial, tema determinante que presenta diversas facetas entre las que cabe mencionar las siguientes: a) la imparcialidad como independencia del poder institucional; b) la imparcialidad como independencia de los poderes no institucionales y c) la imparcialidad intrajuicio. La primera se refiere a la imparcialidad judicial frente a los otros órganos y poderes estatales (legislativo y ejecutivo, entre los que se incluye a los propios órganos del poder judicial); la segunda, a la imparcialidad frente a los grupos de poder económico, grupos de presión y otros núcleos de poder extrainstitucional; y la tercera es la que acontece dentro del proceso frente a las partes comprometidas en el litigio y frente al conflicto.

No puede haber debido proceso si el juez se inclina hacia una de las partes. El juez debe ser equidistante respecto de las mismas. Para evitar estas situaciones, la mayor parte de las legislaciones contemplan la posibilidad de recusar al juez que muestre la suficiente imparcialidad, por estar relacionado de alguna manera (vínculo de parentesco, amistad, negocios, etc.) con la parte contraria en el proceso.

Tal como se indicó antes, una de las garantías básicas en el estado de derecho es que el órgano jurisdiccional competente se encuentre establecido con anterioridad a los hechos que motivan el juicio, y además, atienda genéricamente una clase particular de materias, y no sea por tanto un juez *ad hoc*, creado especialmente para resolver una situación jurídica especial.

El fundamento 6 de la sentencia del Tribunal Constitucional (Exp. N.º 1013-2003-HC) "considera que la exigencia de la predeterminación legislativa del juez (en la cual se resuelve también su carácter natural) no puede ser entendida en términos absolutos, no sólo porque ningún derecho constitucional tiene tal cualidad, sino, además, porque existen otros bienes y principios constitucionales que también exigen ser optimizados. De allí que el Tribunal juzgue que tal predeterminación del juez deba ser interpretada bajo los alcances del principio de concordancia práctica, que exige determinar el contenido esencial de un derecho en coordinación con otros principios o existencias constitucionalmente relevantes. Entre esas exigencias y principios se encuentran, por ejemplo, la continuidad y prontitud del ejercicio de la función jurisdiccional, la independencia e imparcialidad del juez, la prohibición de incoherencias ene. Ejercicio de la potestad jurisdiccional, etcétera"[133].

Fundamento 2 de la sentencia del Tribunal Constitucional (Expediente N.º 2192-2002-HC/TC) precisa que el contenido de este derecho reconocido en el segundo párrafo del artículo 139 de la Constitución peruana, de conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Norma Suprema, debe entenderse en armonía con el artículo 8.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, según el cual "toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley [...]".

8. Derecho a los procedimientos preestablecidos

Conforme a este derecho, toda sentencia judicial debe emerger de un proceso previo legalmente tramitado. La exigencia de legalidad del proceso es una garantía en virtud de la cual el juez debe ceñirse a los procedimientos preestablecidos en la ley; en tal sentido, ninguna persona puede ser sometida a procedimiento distinto de los previamente establecidos (art. 139.3, Constitución Política).

133 Citado en *Diálogo con la Jurisprudencia*, N.º 5, setiembre, Lima, 2006, p. 19.

El articulo IX del título preliminar del CPC, en este sentido, preceptúa que "las formalidades previstas en este Código son imperativas. Sin embargo, el juez adecuará su exigencia al logro de los fines del proceso. Cuando no se señale una formalidad específica para la realización de un acto procesal, éste se reputará válido cualquiera sea la empleada".

Precisamente, este derecho fue la primera gran conquista del derecho al debido proceso: el reconocimiento legal y constitucional de la existencia de procedimientos preestablecidos por la ley como una de las garantías de un proceso justo.

El derecho a los procedimientos preestablecidos subsume al principio de legalidad en virtud del cual nadie puede ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no esté previamente calificado en la ley, de manera expresa e inequívoca, como infracción punible; ni sancionado con pena no prevista en la ley (art. 2.24.d., Constitución Política).

9. Derecho a la defensa o asesoría jurídica

Comprende el derecho de toda persona de contar con el abogado de su elección para ser asesorada o defendida ante cualquier autoridad, independientemente del nivel de gobierno (nacional, regional o local) o ámbito de la función pública (sede administrativa, legislativa, judicial, organismos constituciones autónomos) e incluso ante personas individuales o colectivas del sector privado. El derecho a la defensa o asesoría jurídica es uno de los componentes esenciales del debido proceso y de la tutela procesal efectiva.

El texto constitucional lo regula en el artículo 139, inciso 14, como uno de los principios y derechos de la función jurisdiccional, orientándolo predominantemente hacia la defensa y asesoría en procesos penales, lo que no excluye, obviamente, la asesoría en procesos de otra naturaleza.

En caso de que la persona no pueda procurarse defensa jurídica por sí misma, se contempla la institución del defensor de oficio, designado por el Estado, que le proporciona ayuda jurídica en forma gratuita. Sobre el particular, el artículo 121 del CdePP dispone que "antes de tomar la de-

claración instructiva, el juez instructor hará presente al inculpado que tiene derecho a que lo asista un defensor y que si no lo designa será nombrado de oficio. Si el inculpado conviene en esto último, el juez instructor hará la designación de abogado o, a falta de este, de persona honorable. Pero si el inculpado no acepta tener defensor, se dejará constancia en autos de su negativa, cuya diligencia deberá suscribir. Si no sabe leer y escribir, o es menor de edad, el juez le nombrará defensor indefectiblemente".

El artículo 4 del CPCo incluye al derecho de defensa dentro de los derechos que integran la tutela procesal efectiva, por lo que su vulneración legitima al afectado a postular demanda de amparo conforme a la previsión normativa contenida en el artículo 44, inciso 18, del mencionado código.

En nuestro sistema procesal civil la defensa es cautiva, por lo que el justiciable no sólo tiene el derecho a ser asesorado por un abogado de su elección, sino que al mismo tiempo es una carga procesal como requisito de admisibilidad de la demanda, así lo establece el artículo 424, inciso 10, del CPC, salvo el caso de la demanda de alimentos en la que no es exigible la firma de letrado, según lo dispuesto por la Ley N.º 30628.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento 6 de la sentencia dictada en el Expediente N.º 1150-2004-AA-TC, sostiene que uno de los derechos constitucionales que forman parte del debido proceso es el derecho de defensa, reconocido en el inciso 14 del artículo 139 de la Constitución peruana.

El Tribunal ha declarado lo siguiente: "El debido proceso está concebido como el cumplimiento de todas las garantías y normas de orden público que deban aplicarse a todos los casos y procedimientos existentes en el Derecho" (STC 071-2002-AA/TC), y que "por virtud de él se garantiza que las personas, en la determinación de sus Derechos y Obligaciones cualquiera [que] sea su naturaleza (civil, mercantil, penal, laboral etc.), no queden en estado de indefensión" (STC 1230-2002-AA/TC). Dicho derecho garantiza, entre otras cosas, que las personas que intervienen en un proceso tengan la posibilidad de poder presentar las pruebas necesarias para acreditar los hechos que sirven de base a su pre-

tensión". El derecho de defensa incluye el derecho a probar y a efectuar el respectivo control probatorio.

El derecho de defensa constituye un derecho fundamental de naturaleza procesal que conforma, a su vez, el ámbito del debido proceso, y sin el cual no podría reconocerse la garantía de este último. Por ello, en tanto derecho fundamental, se proyecta como *principio de interdicción* para afrontar cualquier indefensión y como *principio de contradicción* de los actos procesales que pudieran repercutir en la situación jurídica de algunas de las partes, sea en un proceso o procedimiento, o en el caso de un tercero con interés (Fundamento 5 Expediente N.º 5085-2006-AA/TC).

Finalmente, el Tribunal Constitucional recuerda que el derecho de defensa garantiza que una persona sometida a un proceso judicial no quede en estado de indefensión por actos u omisiones que sean imputables directa e inmediatamente al órgano jurisdiccional (Fundamento 29 expediente N.º 6149-2006-AA/TC).

10. Derecho a la pluralidad de instancias

La pluralidad de instancias se encuentra reconocida en el inciso 6 del artículo 139 del texto constitucional. Tiene como presupuesto el derecho a impugnar las decisiones judiciales que el justiciable considera no arregladas a ley ni a lo actuado en el proceso. En sentido contrario, formalmente presupone la prohibición constitucional tácita de otorgar la calidad de cosa juzgada a aquellas decisiones que aún no han quedado consentidas.

La revocabilidad es el remedio jurídico contra la injusticia de la resolución del juez, en tanto que la nulidad lo es en contra de su invalidez. La impugnación es el género, el recurso y el remedio, las especies[134].

El derecho a impugnar es un derecho subjetivo de las partes y en general de quienes intervienen legítimamente en el proceso; tiene por

134 Devis Echandía, Hernando. *Teoría general del proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985, t. II, p. 632.

finalidad lograr que el juez superior corrija los errores contenidos en la decisión de primer grado. La excepción en este caso es el recurso de reposición en el que es el propio juez quien corrige el error cometido.

El Tribunal Constitucional, en el fundamento 4 de la sentencia dictada en el expediente 282-2004-AA/TC, ha señalado que "el derecho a la pluralidad de instancias constituye una garantía consustancial del derecho al debido proceso, con la cual se persigue que lo resuelto por un juez de primera instancia pueda ser revisado por un órgano funcionalmente superior y, de esa manera, permitir que lo resuelto por aquél, cuando menos, sea objeto de un doble pronunciamiento jurisdiccional".

Precisando aún más este concepto, el Tribunal Constitucional ha puntualizado: "Que el derecho a la pluralidad de instancias, reconocido en el inciso 6 del artículo 139 de la Constitución, tiene por objeto garantizar que las personas, naturales o jurídicas que participen en un proceso judicial tengan la oportunidad de que lo resuelto por un órgano jurisdiccional sea revisado por un órgano superior de la misma naturaleza, siempre que se haya hecho uso de los medios impugnatorios pertinentes, formulados dentro del plazo legal. Asimismo, (...) que el problema relativo a cuáles y cuántas deben ser esas instancias jurisdiccionales no ha sido precisado por la disposición constitucional que reconoce tal derecho, por lo que, en base a las exigencias que se derivan del principio de legalidad en la regulación de los derechos fundamentales, artículo 2, inciso 24, ord. "a", de la ley fundamental, el laconismo constitucional de su formulación lingüística debe entenderse en el sentido de que su determinación es una tarea que compete al legislador. En tal sentido, hemos sostenido que el derecho a la pluralidad de instancias es un derecho de configuración legal. (...) que la condición de derecho de configuración legal no quiere decir que el legislador pueda decidir si prevé (o no) tales instancias. Dado que el inciso 6) del artículo 139 no precisa cuántas deben ser esas instancias, pero sí que debe establecerse una instancia *plural*, el contenido constitucionalmente garantizado demanda que el legislador prevea, como mínimo, la *doble* instancia. (...) Que el número de instancias jurisdiccionales que el legislador contempla, puede variar teniendo en cuenta la naturaleza de las

materias que se discuten en cada proceso. Así, por ejemplo, en función de que se trate de un proceso civil, penal, administrativo o constitucional" (Fundamento 4 Expediente 3261-2005-AA/TC).

Sin embargo, esta vocación expansiva del derecho al debido proceso no significa que todos los derechos que lo conforman se extiendan a todos los procesos o procedimientos. El Tribunal ha advertido también la existencia de determinados derechos que, perteneciendo al debido proceso judicial, no necesariamente forman parte del debido proceso en los procedimientos ante personas jurídicas de derecho privado, como puede ser el caso de la pluralidad de la instancia. (Fundamento 38, expediente N.º 6149-2006-AA/TC).

11. El derecho a probar

El derecho a la obtención de tutela judicial efectiva implica la exigencia de eliminar en el desarrollo del proceso todo asomo de indefensión, garantiza que en ningún momento pueda producirse indefensión; en consecuencia, debe garantizarse a las partes la oportunidad de alegar y *probar* sus derechos o intereses. Bajo ninguna otra circunstancia puede justificarse la expedición de resolución judicial sin audiencia de la parte emplazada, salvo en los casos de no comparecencia por voluntad expresa o tácita, o negligencia imputable a alguna de las partes.

El derecho a probar es consustancial y concomitante al derecho a la defensa. El derecho a ofrecer los medios de prueba pertinentes es un derecho fundamental procedente en cualquier tipo de proceso en el cual toda persona se vea involucrada; comprende los actos de admisión, actuación y valoración por el juez; más ello no afecta la potestad judicial para declarar la impertinencia de la prueba.

Corresponde a las partes alegar y fundamentar la trascendencia y relevancia de la prueba, como contraparte es responsabilidad judicial motivar su razonamiento decisión negativa respecto a la admisión de la prueba.

12. Derecho a motivación de las resoluciones

El derecho de obtener de los órganos judiciales una respuesta razonada, motivada y congruente con las pretensiones oportunamente deducidas por las partes en cualquier clase de procesos, constituye uno de los contenidos esenciales del derecho al debido proceso.

El inciso 5 del artículo 139 del texto constitucional contiene el precepto según el cual es principio y derecho de la función jurisdiccional: "La motivación escrita de las resoluciones judiciales en todas las instancias, excepto los decretos de mero trámite, con mención expresa de la ley aplicable y de los fundamentos de hecho en que se sustentan".

El Tribunal Constitucional se ha pronunciado en varios procesos sobre el particular estableciendo que la obligatoriedad de la motivación de las decisiones judiciales, según el inciso 5 del artículo 139 de la norma fundamental, garantiza que los jueces de la instancia a la que pertenezcan expresen la argumentación jurídica que los ha orientado a decidir una controversia. Se asegura de este modo que el ejercicio de la potestad de administrar justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley; se asegura igualmente un adecuado ejercicio del derecho de defensa de las partes. En suma, garantiza que el razonamiento empleado guarde relación y sea suficiente y proporcionado con los hechos que al juez corresponde resolver[135].

En similar sentido, la Corte Suprema de Justicia de la República, en un reciente fallo, ha precisado lo siguiente: "Que la Constitución Política del Estado requiere del juez que éste motive sus decisiones, pues, de ese modo se permite que la ciudadanía realice un control de la actividad jurisdiccional, y que las partes que intervienen en el proceso conozcan las razones por las cuales se les concede o se les deniega la tutela concreta de un derecho, o de un específico interés legítimo; por tanto, los jueces deben expresar el proceso mental que los ha llevado a decidir una controversia, asegurando

135 Esta es la esencia de la sustentación contenida en el fundamento 11 de la sentencia recaída en el Expediente N.º 8125-2005-PHC/TC.

que el ejercicio de la potestad de impartir justicia se haga con sujeción a la Constitución y a la ley y; asimismo, facilitando un adecuado ejercicio del derecho de defensa de los justiciables. El respeto del contenido esencial de la garantía de motivación de resoluciones se cumple siempre que exista fundamentación jurídica, congruencia entre lo pedido y lo resuelto y que por sí misma exprese una suficiente justificación de la decisión adoptada, aun si ésta es breve o concisa"[136].

En conclusión, la motivación de las resoluciones judiciales es un principio que sustenta el ejercicio de la función jurisdiccional y, a la vez, derecho fundamental de los justiciables. De este modo, se garantiza que la administración de justicia se lleve a cabo de conformidad con la constitución y las leyes (art. 45 y 138 de la Constitución), que el derecho a la defensa sea ejercido de manera efectiva y que la ciudadanía puede ejercer el control de la actividad jurisdiccional.

13. Derecho a la cosa juzgada

Es un principio y garantía del servicio de justicia que presta el Estado consagrada por la Constitución en su artículo 139, inciso 2, conforme al cual: "Ninguna autoridad puede avocarse a causas pendientes ante el órgano jurisdiccional ni interferir en el ejercicio de sus funciones. Tampoco puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución".

La cosa juzgada, como principio y derecho, otorga a los justiciables las siguientes garantías:

a) Que las resoluciones que hayan puesto fin al proceso judicial no puedan ser cuestionadas mediante nuevos medios impugnatorios, porque éstos han sido agotados o porque ha transcurrido el plazo para impugnarla;

136 Sexto considerando de la Sentencia Casatoria (Exp. 2799-2005 San Martín) expedida por la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, el 25/09/2006 y publicada en el Diario Oficial *El Peruano* el 5 de enero de 2007.

b) Que el contenido de las resoluciones firmes no pueda ser dejado sin efecto ni modificado por actos de otros poderes públicos, de terceros o, incluso, de los mismos órganos jurisdiccionales que resolvieron el caso en el que se dictó;

c) Que una sentencia con calidad de cosa juzgada debe ser cumplida en sus propios términos. Entonces, las autoridades cumplan lo ordenado o declarado en ella en sus propios términos y, por otro, una prohibición de que cualquier autoridad, incluida la jurisdiccional, deje sin efecto las sentencias y, en general, resoluciones que tengan la calidad de cosa juzgada.

LECCIÓN 12

LOS PRINCIPIOS Y LAS REGLAS TÉCNICAS PROCESALES

SUMARIO

1. El problema
2. Los principios procesales
3. Las reglas técnicas del debate procesal
4. Las reglas técnicas de la actividad de sentenciar
5. Los sistemas procesales

1. EL PROBLEMA

La doctrina generalizada acepta que se entiende por *principios procesales* las grandes directrices que expresa o implícitamente brinda el legislador para que el método de enjuiciamiento pueda operar eficazmente de acuerdo con la orientación filosófico-política de quien ejerce el poder en un tiempo y lugar determinado.

Es en este tema donde puede apreciarse cabalmente y en toda su magnitud la idea de *alternatividad* que ya se ha esbozado en la Lección 2: como el contenido de las normas jurídicas implica la solución legal a un conflicto de convivencia, es posible que cada problema que nazca a raíz de ella genere distintos interrogantes en orden a buscar respuestas que, naturalmente, pueden ser antagónicas. De ahí que el legislador deba *optar* siempre por *una* de por lo menos *dos* soluciones. Por ejemplo, una sociedad incipiente puede verse en la necesidad de legitimar o no a las uniones de parejas; si lo hace debe optar nuevamente entre regular la unión en forma homo o heterosexual; si elige esta última, ha de escoger ahora una de tres

posibles regulaciones: monogamia, poligamia o poliandria; en cualquier caso, debe decidir luego entre aceptar o no la disolución del vínculo matrimonial, etcétera. Del mismo modo, para regular el proceso como medio de debate, el legislador debe elegir alguna de las alternativas que se le presentan como posibles respuestas para solucionar los interrogantes que pueden formularse al respecto: a) ¿quién debe iniciar el proceso? b) ¿quién lo impulsará? c) ¿quién lo dirigirá? d) ¿habrá que imponer formalidades para el debate? e) en su caso, ¿cómo se discutirá en el proceso? f) ¿quién y cómo lo sentenciará? g) ¿qué valor tendrá lo sentenciado?

Insistimos en que cada pregunta admite por lo menos dos respuestas. Y todas las posibles respuestas se conocen procesalmente con el nombre de *principios.* Y naturalmente, el legislador optará por la que se halle acorde con la filosofía política que lo inspira. Véanse ahora ejemplos de las diferentes soluciones:

a) *¿Quién inicia el proceso?* El legislador puede otorgar la correspondiente facultad a las partes o al propio juez. Doctrinalmente, el problema origina lo que habitualmente se denomina *principio* de *iniciativa* (ya se verá más adelante que esto no es un principio) que opera procedimentalmente por *presentación de parte* o por *investigación judicial*;

b) *¿Quién impulsa el proceso?* La opción será la misma: las partes (origina lo que corrientemente se denomina *principio dispositivo*) o el juez (*principio inquisitivo*). Ya se verá luego que no son *principios*, sino *sistemas*;

c) *¿Quién dirige el proceso?* Mantendrá idéntica opción: las partes (consecuencia del *principio dispositivo*) o el juez (recibe la denominación de *principio de autoridad judicial*);

d) *¿Se imponen formalidades para desarrollar el debate?* Puede responderse que no es necesario (*principio de libertad de formas*) o que sí lo es (*principio de legalidad de las formas*);

e) *¿Cómo se hace la controversia?* Corresponde determinar 1) si se exigirá una discusión efectuada con probidad, lealtad y buena fe (*principio de moralidad*) o si se permitirá la añagaza y la artería procesal que,

en definitiva, implicará aceptar el "derecho" de la fuerza en el proceso; 2) si se admitirá que las partes deban recibir un tratamiento igualitario en el proceso (*principio de igualdad*) o no; como consecuencia de aceptar la primera opción, corresponderá decidir respecto de cada litigante; 3) si se otorgará la posibilidad de contradecir (*principio de contradicción* o de *bilateralidad*) o no (*principio de unilateralidad*) la afirmación de su oponente; 4) qué medio de expresión se utilizará en el proceso (*principios de oralidad y de escritura*); 5) cualquiera de ellos que se acepte, tendrá que decidir ahora si será o no conveniente que entre el juez y las partes y el material instructorio que ellas aporten, existan intermediarios o no (*principios de mediación e inmediación*); 6) si conviene a la sociedad que los procesos sean secretos o públicos (*principios de publicidad* y *secreto*); 7) si es menester preordenar la eficacia de los medios de confirmación (*principio de la prueba formal y tasada*) o dejarla librada al puro razonamiento del juzgador (*principio de la racionalidad probatoria*); 8) si es importante, en aras de la moralidad procesal pretendida, que las partes no puedan desistir de un medio probatorio que, luego de producido, resultó adverso al interés del oferente (*principio de adquisición*); 9) si es conveniente desarrollar el debate con un orden metódico (*principio de orden consecutivo*, que puede ser *legal* o *discrecional*) que implica el cumplimiento de pasos procesales preestablecidos en el orden y en el plazo dictado por la ley (*principio de preclusión*) o no (*principio de libre desenvolvimiento*). Y aun dentro de esta cuestión, si conviene que los plazos fenezcan por el mero transcurso del tiempo (*principio de perentoriedad* o *fatalidad*) o después de que las partes lo acusen; 10) si en orden a cumplir una efectiva impartición de justicia, corresponde hacer o no el proceso lo menos gravoso posible para el litigante (*principio de economía*), que permita obtener una pronta solución del litigio (*principio de celeridad*). Congruente con ellos, 11) si conviene permitir que las defensas puedan deducirse sucesivamente, de acuerdo con su importancia frente a la pretensión o si, por lo contrario, tendrán que ser presentadas conjunta y simultáneamente, a fin de que una sea considerada en defecto de la otra (*principio de eventualidad*), y 12) si es razonable o no que los actos procesales se agrupen a fin de evitar inútil desgaste jurisdiccional (*principio de concentración*).

f) *¿Quién decide el litigio*? Por último, acerca de quién y cómo habrá de decidir el proceso, habrá que optar entre un juez profesionalizado (*principio del juez* técnico) o por miembros de la comunidad (*principio del juicio por jurados*); en ambos casos, en orden a lograr una justicia más acabada para el caso concreto, tendrá que decidirse si conviene otorgar al justiciable uno o varios grados de conocimiento o no (*principios de única y de múltiples instancias*).

g) *¿Cómo se decide el litigio*? En cuanto a cómo habrá de dictarse la sentencia, tendrá que preverse si ella guardará o no correspondencia con las pretensiones de las partes (*principio de congruencia*) o si el juez será absolutamente libre en su decisión; y, para finalizar, si será o no necesario que las partes invoquen y prueben el derecho que ampara sus peticiones (*principio iura novit curia).*

Al describir las posibles respuestas que puede dar el legislador, hemos mencionado la denominación que a cada una le otorga la doctrina procesal de todos los tiempos y, particularmente, en la Argentina. Sin embargo, si se lee atentamente cada caso y se lo compara con los demás, se advertirá que con la palabra *principios* se mencionan las cosas más diversas, algunas de las cuales nada tienen que ver con las otras. Y esto no es bueno para la adecuada comprensión de cada tema y, sobre todo, para la del propio fenómeno del proceso.

Lo que corresponde hacer en el caso, entonces, es indagar la esencia misma de cada uno de estos llamados *principios* a fin de poder metodizarlos adecuadamente. Y cuando ello ocurre se comprende que con tal palabra se mencionan indistintamente a tres cosas diferentes que, en verdad, deben ser denominados como *sistemas de enjuiciamiento*, *principios procesales* y *reglas técnicas* del debate y de la actividad de sentenciar.

2. LOS PRINCIPIOS PROCESALES

Para comprender el planteo del tema, lo primero que cabe hacer es aclarar qué se entiende por *principio*: se trata simplemente de un punto de

partida. Pero, así como nadie puede caminar *hacia ninguna parte* (siempre que lo haga tomará una dirección: hacia adelante, hacia atrás, etcétera), ese punto de partida debe ser visto en función de lo que se pretende hallar o lograr al llegar (en el derecho privado esto se llama *causa eficiente* y *causa fin*). Si lo que se desea es regular un medio pacífico de debate dialéctico entre dos antagonistas en pie de igualdad ante un tercero que heterocompondrá el litigio, formular los *principios* necesarios para lograrlo implica tanto como trazar las líneas directivas fundamentales que deben ser *imprescindiblemente* respetadas para lograr el mínimo de coherencia que supone todo sistema.

Así concebidos, los *principios procesales* –propiamente dichos, sin importar ahora las denominaciones erróneas que se han consignado precedentemente– son sólo cinco: a) la *imparcialidad* del juzgador; b) la *igualdad* de las partes litigantes; c) la *transitoriedad* del proceso; d) la *eficacia* de la serie procedimental y e) la *moralidad* en el debate. Veamos qué es cada uno de ellos.

a) *El principio de imparcialidad del juzgador*

De la mayor importancia es éste, que indica que el tercero que actúa en calidad de autoridad para procesar y sentenciar el litigio debe ostentar claramente ese carácter: para ello, no ha de estar colocado en la posición de parte (*impartialidad*), ya que nadie puede ser actor o acusador y juez al mismo tiempo; debe carecer de todo interés subjetivo en la solución del litigio (*imparcialidad*) y debe poder actuar sin subordinación jerárquica respecto de las dos partes (*independencia*). Esto que se presenta como obvio –y lo es– no lo es tanto a poco que el lector quiera estudiar el tema en las obras generales de la asignatura. Verá en ellas que, al igual que lo que acaece con el concepto de *debido proceso*, la mayoría se maneja *por aproximación* y nadie lo define en términos positivos.

En realidad, creemos que todos –particularmente los magistrados judiciales– sobreentienden tácitamente el concepto de imparcialidad, pero –otra vez– nadie afirma en qué consiste con precisión y sin dudas. Por eso es que se dice despreocupada –y erróneamente– que los jueces del

sistema inquisitivo pueden ser y de hecho son imparciales en los procesos en los cuales actúan.

Pero hay algo más: la palabra *imparcialidad* significa varias cosas diferentes a la *falta de interés* que comúnmente se menciona en orden a definir la cotidiana labor de un juez. Por ejemplo, 1) ausencia de prejuicios de todo tipo (particularmente raciales o religiosos), 2) independencia de cualquier opinión y, consecuentemente, tener oídos sordos ante sugerencia o persuasión de parte interesada que pueda influir en su ánimo, 3) no identificación con alguna ideología determinada, 4) completa ajenidad frente a la posibilidad de dádiva o soborno; y 5) a la influencia de la amistad, del odio, de un sentimiento caritativo, de la haraganería, de los deseos de lucimiento personal, de figuración periodística, etcétera. 6) Y también es no involucrarse personal ni emocionalmente en el meollo del asunto litigioso y 7) evitar toda participación en la investigación de los hechos o en la formación de los elementos de convicción, así como 8) de fallar según su propio conocimiento privado el asunto. 9) Tampoco debe tener temor al qué dirán ni al apartamiento fundado de los precedentes judiciales, etcétera. Si bien se miran estas cualidades definitorias del vocablo, la tarea de *ser imparcial* es asaz difícil, pues exige absoluta y aséptica neutralidad que debe ser practicada en todo supuesto justiciable con todas las calidades que el vocablo involucra.

b) *El principio de igualdad de las partes*

Esencialmente, todo proceso supone la presencia de dos sujetos (carácter *dual* del concepto de parte, ver la Lección 16) que mantienen posiciones antagónicas respecto de una misma cuestión (pretensión y resistencia). Ya se ha visto recurrentemente en esta obra que si ello no ocurre se está ante un simple procedimiento y no ante un proceso.

Si la razón de ser del proceso es erradicar la fuerza ilegítima de una sociedad dada y, con ello, igualar jurídicamente las diferencias naturales que irremediablemente separan a los hombres, es consustancial de la idea lógica de proceso el que el debate se efectúe *en pie de perfecta igualdad.* Tan importante es esto que todas las constituciones del mundo consagran de

modo expreso el *derecho de igualdad ante la ley* (Cn, art. 16), prohibiendo contemporáneamente algunas situaciones que implican clara desigualdad: prerrogativas de sangre y de nacimiento, títulos de nobleza, fueros personales, etcétera, y admitiendo otras que permiten paliar la desigualdad: el libre acceso a los tribunales de quienes carecen de los medios económicos suficientes para ello, etcétera.

En el campo del proceso, igualdad significa *paridad de oportunidades y de audiencia*; de tal modo, las normas que regulan la actividad de una de las partes antagónicas no pueden constituir, respecto de la otra, una situación de ventaja o de privilegio, ni el juez puede dejar de dar un tratamiento absolutamente similar a ambos contendientes (más aún: el juez tiene el deber de adoptar todas las medidas que estime conducentes al mantenimiento de la igualdad entre las partes). La consecuencia natural de este principio es la regla de la *bilateralidad* o *contradicción*: cada parte tiene el irrestricto derecho de ser oída respecto de lo afirmado y confirmado por la otra. En otras palabras: igualdad de ocasiones de instancias de las partes.

Si esto no se respeta, habrá una simple *apariencia de proceso.* Pero nunca un verdadero proceso, tal como lo concebimos en esta obra acorde con el mandato constitucional.

c) *El principio de transitoriedad del proceso*

Nadie puede dudar de que el proceso es un remedio para solucionar los conflictos que ponen en peligro la convivencia armónica de quienes integran una sociedad. Pero ello no significa que constituya un bien en sí mismo: cuando alguien está afiebrado se sabe que la temperatura bajará ingiriendo aspirina en la dosis necesaria que, de ser excedida, puede ocasionar nueva enfermedad. Lo mismo sucede con el proceso: su duración como medio de debate debe estar adecuadamente equilibrada para lograr que actúe como remedio sin ocasionar nuevo conflicto. De ahí que todo proceso deba ser necesariamente *transitorio*, significando ello que alguna vez ha de terminar, sin posibilidad de reabrir la discusión ya cerrada. La serie procedimental puede ser más o menos dilatada en el tiempo; pueden

sucederse o no varios grados de conocimiento judicial. Pero es imprescindible que en algún momento se le ponga punto final que sea definitivo para todos: partes y juzgador. Y esta es una directiva fundamental del sistema: toda normativa procedimental debe estar regulada en orden a lograr –y lo antes posible– la terminación del proceso, al efecto de lograr el aquietamiento de las pasiones enardecidas.

d) *El principio de eficacia de la serie procedimental*

Para que el proceso pueda funcionar como adecuado medio de debate es imprescindible que la serie consecuencial que lo instrumenta sea apta para que en ella se desarrolle armónicamente el diálogo querido por el legislador.

Para que una serie procedimental sea eficaz a este efecto, debe estar constituida por los pasos ya enunciados varias veces en el curso de esta obra: afirmación, negación, confirmación y alegación. Faltando uno solo de ellos, la serie se vuelve definitivamente ineficaz. Ya abundamos sobre ese tema en esta obra, al sostener que la eliminación de la etapa de la alegación en la mayoría de los trámites legislados en la actualidad –so pretexto de que hay que acelerar el final del proceso– conspira no sólo contra la seguridad jurídica, sino también contra el concepto constitucional de *debido proceso.*

e) *El principio de moralidad procesal*

Si la razón de ser del proceso es erradicar toda suerte de fuerza ilegítima de una sociedad y evitar que todos se hagan justicia por mano propia, no puede siquiera concebirse que el legislador norme un medio de debate en el que pueda ser utilizada la fuerza bajo la forma de aviesa artería o traición. De ahí que la regla moral ha de presidir siempre el desarrollo del proceso y el de los actos procedimentales que lo componen, al igual que debe hacerlo en todos los demás actos de la vida jurídica[137].

137 Pero atención: *prohibiendo portarse mal,* no *obligando a las partes a portarse bien.* Que son cosas muy diferentes, por cierto.

Hasta aquí la enunciación de los principios procesales, que instrumentan directivas *unitarias* (no admiten otras antagónicas), carácter que los diferencia de las *reglas* que se expondrán en el número siguiente, que siempre se presentan con la calidad de *binarias.* La importancia de esta concepción radica en la circunstancia de que *un proceso sólo es tal cuando se desarrolla conforme a la totalidad de los principios enunciados.* Insistimos en ello: si el juzgador no es imparcial, o las partes no actúan en pie de igualdad, o si la actividad de procesar no tiene un punto final predeterminado, o si la serie adoptada para su desarrollo no es eficaz para efectuar el debate o, finalmente, si la discusión se realiza al margen de la regla moral, se estará ante un simple procedimiento y *nunca ante un proceso*, cuya razón de ser es lograr el mantenimiento de una perpetua paz social. Ello significa que, no obstante tener la denominación de tal, su resultado no podrá ganar jamás los efectos propios del caso juzgado[138].

3. LAS REGLAS TÉCNICAS DEL DEBATE PROCESAL

Al plantear el problema que presenta este tema (v. # 1 ["El problema"] de esta Lección), hemos reseñado la corriente doctrinal que denomina como *principios* a ciertas cosas que no lo son. En el número anterior ya se estableció qué es un principio, afirmando que siempre ostenta un carácter *unitario* y que, sin su presencia efectiva, no puede hablarse seriamente de proceso.

Toca ahora señalar que existen otras líneas directrices que se presentan siempre e invariablemente en forma *binaria* o como *pares antinómicos.* Y es que cada una de las preguntas formuladas al comienzo de esta Lección respecto del debate judicial –en rigor, acerca del procedimiento

138 A tan importante conclusión ha llegado la Corte Suprema de Argentina al anular una sentencia ejecutoriada –imposible de pensar hasta ese entonces– por haber sido emitida en *una parodia de proceso* (que no respetó en el caso los dos primeros principios antes enunciados) (cfr., caso *Campbell Davidson c. Provincia de Buenos Aires*, CSJN, 19.02.71, *Fallos*, 279:59 y ED, 36-288; "pretensión de nulidad de cosa juzgada írrita o fraudulenta").

y no del proceso– admite *siempre* dos respuestas antagónicas (oralidad o escritura; mediación o inmediación; etcétera).

Cuando el legislador opta por una de ellas, desplaza automáticamente a la otra, en razón de que no pueden coexistir actitudes que se excluyen. Esto no implica que no puedan *sucederse* en etapas diversas del proceso (por ejemplo, una es escrita y la siguiente oral).

A estas líneas directrices les asignamos la denominación de *reglas técnicas del debate procesal* y, por razones obvias, ostentan una importancia sensiblemente menor que la de los principios: sin éstos no hay proceso; pero habiéndolo, poco importa ontológicamente que el medio de expresión ante el juzgador sea la oralidad o la escritura, por ejemplo, en tanto que la respectiva regla no desnaturalice la esencia misma del proceso.

La antinomia que presentan todas las reglas de debate se correlaciona con la incompatibilidad existente entre los sistemas dispositivo e inquisitivo. De tal modo, habitualmente los componentes de cada par antinómico se corresponden con uno de los sistemas procesales (por ejemplo, la publicidad es propia del sistema dispositivo; el secreto, del inquisitivo). Pero ello no hace a la esencia misma de las cosas. En razón de haber negado anteriormente en esta obra el carácter de proceso al método de discusión que se desarrolla de acuerdo con la filosofía que impera en el sistema inquisitivo, enunciaremos ahora sólo las principales reglas técnicas de debate en orden a lo que universalmente se considera qué es un debido proceso.

Los problemas que corresponden al tema se relacionan con el medio de expresión en el proceso, con sus formalidades, con su coste y rapidez de solución, con su publicidad, con el orden de la discusión, con el desarrollo de la serie, con la deducción de defensas y proposición de medios de confirmación y la utilización de sus resultados, y con la presencia efectiva del juzgador durante su tramitación. Veamos ahora las reglas que se corresponden con cada uno de estos problemas.

a) *Oralidad o escritura*

La regla opera según que se utilice la palabra oral o escrita para efectuar cada una de las actuaciones que requiere el desarrollo de la serie procedimental. A los fines de respetar la esencia de la idea de proceso, tan válida es una como la otra.

Habitualmente, se vincula a la oralidad con la inmediación y con la celeridad, en tanto que la escritura es relacionada con la regla de la mediación procesal y con la morosidad judicial. Algo hay de cierto en ello: la escritura permite un cúmulo de corruptelas que difícilmente se presenta cuando se aplica la regla de la oralidad. Pero la regla también opera, al contrario, como lo demuestra la recurrente praxis tribunalicia.

b) *Libertad o legalidad de formas*

El tema apunta a señalar a la mayor o menor potestad que tienen las partes para establecer por sí mismas cómo han de desarrollar el curso procedimental del trámite de la serie. En el mundo moderno coexisten ambas reglas: en el arbitraje privado, por ejemplo, opera plenamente la que pregona la libertad de las formas (las partes pueden pactar lo que deseen acerca del método de discusión: dónde, cómo, cuándo y ante quién lo harán); en las distintas legislaciones en general predomina la regla de la legalidad (obviamente aplicable de modo estricto en materia penal), bajo cuya vigencia las partes deben atenerse necesariamente a las normas de trámite preestablecidas por el legislador. Sin embargo, y dependiendo ello del mayor o menor grado de totalitarismo que exhiba un código dado, se permite siempre a las partes disponer convencionalmente acerca de ciertas normas que regulan la actividad de procesar (por ejemplo, pueden ampliar plazos para contestar demandas o excepciones, ofrecer medios de confirmación, alegar, etcétera). Como se ve, esto refiere puntualmente al tema relativo al carácter del derecho procesal que ya hemos tratado en la Lección 3.

c) *Economía procesal*

Doctrinalmente es difícil determinar el ámbito de aplicación de esta regla. Tal imprecisión viene de la simple circunstancia de que la *economía*

no implica solamente la reducción del coste del proceso, sino también la solución del antiguo problema del alargamiento del trámite, la supresión de tareas inútiles y, en definitiva, la reducción de todo *esfuerzo* (cualquiera sea su índole) que no guarde adecuada correlación con la *necesidad* que pretende satisfacerse. De allí que los autores que se refieren al tema en cuestión aborden una variedad de aspectos que van desde la ociosidad de ciertos actos procesales hasta el estricto problema del coste crematístico del proceso. En rigor de verdad, ciertos temas que aquí se estudian deben ser absorbidos por otra regla que ostenta denominación específica: la *celeridad procesal.* De allí que ahora nos concretemos a hablar de los gastos que insume el proceso. El ideal de gratuidad del servicio de justicia que priva en el mundo moderno no se corresponde con lo ocurrido en épocas pasadas: muchas veces se ha encarecido severamente el acceso al proceso como forma de disminuir un elevado índice de litigiosidad.

Tan importante es el problema que gran número de constituciones políticas de la actualidad aseguran un efectivo servicio de justicia gratuito o económico a fin de no vedar a los particulares el auxilio judicial por carencia del dinero necesario. Y es que una constatación incuestionable inicia cualquier planteo sobre el tema: *todo proceso insume gastos.* Y ello no puede evitarse jamás, como no puede soslayarse el coste de cualquier servicio. De ahí que el problema que genera el estudio de esta regla ya no pasa por la onerosidad del proceso, sino por decidir de manera equitativa *quién debe hacerse cargo de ella.* Por supuesto, la respuesta es también alternativa: los propios litigantes (beneficiarios directos del servicio) o el conjunto de la comunidad (beneficiarios eventuales). La adopción de una u otra respuesta es producto de aplicar una pauta política que, como tal, es contingente. De esta forma, habrá que buscar en cada legislación en concreto el régimen que adopte al respecto. Volveremos sobre el tema en la Lección 15.

d) *Celeridad*

Esta regla indica que el proceso debe tramitar y lograr su objeto en el menor tiempo posible, por una simple razón ya apuntada con exactitud

por el maestro COUTURE: "En el proceso, el tiempo es algo más que oro: es *justicia*".

Una simple lectura de los ordenamientos legales vigentes revela que el legislador americano no ha comprendido el problema recién señalado: en la actualidad se asiste a un fenómeno complejo que se presenta en todas las latitudes y que se denomina universalmente *crisis de la justicia.* No obstante, resulta razonable aceptar la hipótesis de la regla contraria –los procesos no deben tramitar rápidamente– como otra forma de desanimar a los particulares que piensan litigar. Pero ello es impensable en el mundo actual; de allí que en todas partes se pregone y procure la vigencia plena de esta regla.

e) *Publicidad*

Esta regla, propia del sistema dispositivo o acusatorio, indica que el desarrollo de la serie procedimental debe hacerse públicamente, en presencia de quien esté interesado en el seguimiento de su curso. Salvo en casos excepcionales que, por motivos superiores, aconsejan lo contrario (por ejemplo, litigios en los que se ventilan problemas íntimos familiares), la publicidad es un ideal propio de todo régimen republicano de gobierno. Hay normas que aceptan esa regla de modo expreso, indicando que los jueces sólo pueden hacer *secreta* una actuación en casos verdaderamente excepcionales y siempre por resolución fundada. Por supuesto, el secreto no puede regir respecto de las propias partes en litigio, toda vez que ello generaría la indefensión de por lo menos una de ellas. En el ámbito penal rige de manera aún más intensa.

f) *Preclusión*

La idea lógica de proceso implica el necesario desarrollo de una serie cuyos componentes deben ser cumplidos en un cierto orden establecido por la ley o por la convención. La regla procesal que se adecua a esta idea se conoce en doctrina con la denominación de *orden consecutivo* y de ella se deriva que cada elemento de la serie debe preceder imprescindiblemente al que le sigue. Como todo el desarrollo de la serie procedimental tiene una duración temporal –no importa al efecto cuán dilatada sea–, debe

establecerse en la normativa que la rige un cierto plazo para efectuar cada uno de los pasos necesarios para llegar a su objeto.

En la alternatividad de las respuestas jurídicas, el legislador puede optar por dos soluciones diferentes: permitir o no el retroceso de los pasos que exige el desarrollo de la serie. En otras palabras: posibilitar que las partes insten cuando lo deseen (regla del *libre desenvolvimiento* o *de la unidad de vista*) o que lo hagan sólo y exclusivamente dentro del plazo prefijado al efecto (regla de la *preclusión*).

En todo proceso con trámite escrito y en algunos orales que se desarrollan con total formalismo, cada parte tiene *una sola oportunidad* para instar en cada una de las fases que componen la serie. Y aquí juega en toda su extensión el concepto de *carga* ya visto en lecciones anterior: si no se realiza el acto respectivo *dentro* del plazo acordado al efecto, se pierde la posibilidad de hacerlo después (se veda el retroceso en la estructura de la serie: por ejemplo, si el demandado dispone de un plazo de diez días para contestar la demanda, debe cumplir la respectiva carga dentro de ese plazo, perdiendo definitivamente la posibilidad de contradecir luego de su vencimiento). Pero en orden a lograr un desarrollo eficaz de la serie procedimental en un proceso regido también por las reglas de la economía, celeridad y perentoriedad, la preclusión no sólo debe operar por vencimiento del plazo acordado para ejercer un derecho o facultad procesal, sino también de otras dos formas: 1) por el ejercicio de un derecho o facultad *incompatible* con el que está pendiente de ser realizado (por ejemplo, cumplir el mandato contenido en la sentencia durante el plazo vigente para impugnarla hace perder el derecho de impugnación) y 2) por el ejercicio válido de la facultad *antes* del vencimiento del plazo acordado al efecto (por ejemplo, contestar la demanda al segundo día cuando pendían diez para hacerlo, hace perder el derecho de mejorar o cambiar –aún en el resto del plazo– las defensas esgrimidas).

La adopción por el legislador de la regla de la preclusión lo lleva a otra alternativa, que se verá seguidamente.

g) *Perentoriedad*

Un plazo acordado para cumplir una carga procesal puede vencer automáticamente por el mero transcurso del tiempo sin que aquélla sea cumplida o, por lo contrario, precisar de una nueva instancia de quien se benefició a raíz del incumplimiento. Esto genera las reglas de *perentoriedad* y de *no perentoriedad* que aparecen –una u otra– en las distintas legislaciones vigentes. La tendencia doctrinal es la adopción de la regla de la perentoriedad, que se adecua más que su antinómica a otras ya vistas precedentemente: la economía y la celeridad.

h) *Concentración*

Otra regla que se relaciona con el orden de la discusión es ésta que indica que la serie procedimental debe desarrollarse íntegramente en un mismo acto o en el menor número posible de éstos que, además deben estar temporalmente próximos entre sí. La regla es plenamente compatible con la de la oralidad, en tanto que su par antinómico –la *dispersión*– se adecua a la regla de la escritura. Sin embargo, las legislaciones que adoptan la escritura como forma de expresión en el proceso, norman también que la producción de los medios de confirmación debe efectuarse lo más concentradamente posible.

i) *Eventualidad*

La adopción de la regla que establece un *orden consecutivo con carácter preclusivo* para la presentación de las instancias (v. *supra*, # 3 ["f) *Preclusión*"]) lleva aneja la imposibilidad de retrogradar el desarrollo de la serie. Por esta razón, todas las defensas que deba esgrimir una parte procesal han de ser propuestas en forma *simultánea* (y no sucesiva) –una *ad eventum* de la otra– a fin de que si la primera es rechazada por el juez pueda éste entrar de inmediato a considerar la siguiente. Esta es la regla de la *eventualidad* que se aplica irrestrictamente a las afirmaciones, defensas, medios de confirmación, alegaciones e impugnaciones, cuando se intenta lograr un proceso económico y rápido.

j) *Inmediación*

Esta regla indica la exigencia de que el juzgador se halle permanente y personalmente en contacto con los demás sujetos que actúan en el proceso (partes, testigos, peritos, etcétera) sin que exista entre ellos algún intermediario. Esto tiene fundamental importancia respecto de los medios de confirmación y, como es obvio, exige la identidad física de la autoridad que dirige la actividad de procesar y de la que sentencia el litigio. Sin embargo, cabe reconocer que, definitivamente, es imposible cumplimiento y que exigirlo al juez en la producción de todo medio probatorio en todos los expedientes que tramitan en todos los juzgados, es colocarlo en un precipicio por el cual es muy difícil y sumamente peligroso de transitar.

El natural correlato de esta regla es la de la oralidad, pues estando vigente ésta, aquélla no puede ser soslayada.

k) *Adquisición*

Esta regla indica que el *resultado* de la actividad confirmatoria desarrollada por las partes se adquiere definitivamen*te para el proceso* y, por ende, para todos sus intervinientes.

Por virtud de su aceptación en un ordenamiento dado, la parte procesal que produce un resultado confirmatorio que le es adverso no puede desistirlo (con lo cual podría mejorar la posición sustentada en el litigio).

l) *Saneamiento*

Esta regla es compatible con la que indica que la *dirección del proceso* es ejercida por el juzgador (y no por las partes). Cuando se la adopta en una legislación dada cabe otorgar al juez facultades suficientes para decidir *liminarmente* acerca de cuestiones *objetivamente improponibles* (las que carecen de todo respaldo legal) y de todas aquellas que entorpezcan o dilaten el desarrollo de la serie (incidentes notoriamente infundados) o hagan peligrar su eficacia (instancias defectuosas que pueden tornar nulo el proceso).

4. LAS REGLAS TÉCNICAS DE LA ACTIVIDAD DE SENTENCIAR

Estas reglas presentan características similares a las ya vistas precedentemente respecto de la actividad de procesar: siempre son *binarias* y se relacionan con distintos aspectos propios de la tarea de fallar el caso sometido a juzgamiento. Estos son: calidad y número de juzgadores, cantidad de grados de conocimiento, evaluación de los medios de confirmación, correspondencia entre lo pretendido y lo acordado en el juzgamiento y aplicación de la norma jurídica que rige el caso justiciable. En razón de que todas las alternativas que surgen de los temas recién mencionados tienen aceptación en algún código vigente en América, seguidamente expondré el tópico a partir de la cuestión ya apuntada y no desde la propia denominación de la regla, como lo he hecho en el número anterior.

a) *Calidad de los juzgadores*

La primera cuestión que se plantea gira en torno de la pregunta: ¿quién debe sentenciar? Dos soluciones aparecen de inmediato: un *juez* técnico o un *juez lego* (Lopjsf, art. 118). Habitualmente operan varios en conjunto y actúan con la denominación de *jurado*; es también el caso del *arbitrador* y del antiquísimo *juez de paz* de nuestras campañas. En Argentina, no obstante que el juicio por jurados deviene imperativo desde la normativa constitucional, existen *jueces técnicos* letrados (abogados). La combinación de ambas reglas produce la formación de un tribunal *mixto* (pluripersonal) compuesto por jueces técnicos y jueces legos (escabinos).

b) *Cantidad de juzgadores*

La segunda cuestión que se puede plantear se produce con la pregunta ¿cuántos jueces deben fallar un asunto determinado en el mismo grado de conocimiento? La respuesta también es alternativa: uno (*juez unipersonal*) o varios (en número impar no menor de tres) (*tribunal colegiado*). En Argentina, rigen las dos reglas: aunque la mayoría de los ordenamientos vigentes consagran la actuación de un juez unipersonal en el primer grado de conocimiento, ciertas provincias han adoptado para ello la regla de la colegiación para cierta categoría de asuntos justiciables

(Lopjsf, art. 60 y ss., tribunales colegiados; asimismo, Lopjsf, arts. 58, 59, cámaras en lo contencioso administrativo).

El problema debe estudiarse conjuntamente con la siguiente cuestión.

c) *Cantidad de grados de conocimiento*

Nuevamente se presenta aquí otra alternativa: uno solo (*instancia única*) o varios (no menos de dos) (*instancia múltiple*). Las dos reglas imperan en la Argentina: si bien la mayoría de los ordenamientos vigentes consagran un *doble grado de conocimiento* (ordinario) con juez unipersonal en el primero y tribunal colegiado en el segundo, algunas provincias legislan para ciertos asuntos un juzgamiento en única instancia ante tribunal colegiado. Para ver cómo funcionan en algún lugar determinado las tres reglas reseñadas, el lector debe ocurrir a la Lopjsf. Por nuestra parte, creemos que la instancia única no sólo no es intrínsecamente buena, sino que es inconstitucional por repugnar a lo normado en Pactos internacionales que la Argentina ha suscrito y adoptado con rango mayor al de la ley.

d) *Evaluación de los medios de confirmación*

El tema genera dos opciones posibles para que sean adoptadas por el legislador: el valor confirmatorio de un medio cualquiera lo fija el propio legislador (sistema de la *prueba tasada* o *prueba legal* o *tarifa legal*) (ver, p.ej.: Ccc, art. 296) o queda sujeto a la convicción del juzgador, que debe (sistema de la *sana crítica*) o no dar explicaciones acerca de cómo falla un determinado asunto (sistema de la *libre convicción*).

Ya que el tema será tratado en la Lección 21, adelantamos sucintamente por ahora que la regla de la *prueba tasada* o *legal* o *tarifada* indica que el legislador proporciona al juez –desde la propia ley– una serie de complejas reglas para que evalúe el material de confirmación producido en un litigio dado. Por ejemplo, un contrato cuya cuantía excede una cierta cantidad no puede ser probado por testigos; la confesión de la parte releva de toda otra prueba; se requieren dos o más testigos con declaraciones acordes para tener por acreditado un hecho; etcétera.

La regla de la *convicción* tiene un contenido exactamente contrario al de la prueba tasada: el legislador no proporciona regla alguna para que el juzgador evalúe el material producido por la confirmación procesal y, antes bien, deja que juzgue en la forma que le indique su conciencia. Sólo que algunas veces no exige fundamentación razonada del porqué se toma una decisión y no otra (*libre convicción*) y otras no (*sana crítica*, sistema en el cual cabe hacer la explicación aludida).

e) *Correspondencia entre lo pretendido y lo juzgado*

Esta cuestión genera la más importante regla de juzgamiento, que se conoce doctrinalmente con la denominación de *congruencia procesal* y que es natural consecuencia de aceptar la plena vigencia del principio de *imparcialidad judicial.* Ella indica que la resolución que emite la autoridad acerca del litigio debe guardar estricta conformidad con lo pretendido, resistido y regularmente probado por las partes.

A nuestro juicio, ostenta una importancia mayor que la que habitualmente presenta toda regla técnica, pues para que una sentencia no lesione la garantía constitucional de la inviolabilidad de la defensa en juicio, debe ser siempre congruente y, por ende, no adolecer de algún vicio propio de la *incongruencia*, que se presenta en los siguientes casos: 1) el juzgador *omite decidir alguna de las cuestiones* oportunamente planteadas por las partes y que sean conducentes a la solución del litigio: ello genera el vicio de incongruencia *citrà petita*, que torna anulable el respectivo pronunciamiento. El concepto se limita al caso expuesto, pues no existe incongruencia cuando el juzgador omite el tratamiento de una cuestión por virtud de la solución que da a otra que ha analizado previamente (por ejemplo, si el juez admite la existencia del pago alegado por el demandado, resulta inconducente el estudio de la defensa de prescripción opuesta *ad eventum* de la aceptada); 2) el juzgador *otorga cosa distinta a la peticionada* por la parte o *condena a persona no demandada* o *a favor de persona que no demandó*, yendo más allá del planteo litigioso: ello conforma el vicio de incongruencia *extra petita*, que también torna anulable el respectivo pronunciamiento; 3) el juzgador *otorga más de lo que fue pretendido* por el

actor: también aquí se incurre en vicio de incongruencia, ahora llamado *ultra petita*, que descalifica la sentencia; 4) la sentencia presenta una *incongruencia interna*, representada por una incoherencia entre la motivación y la decisión, que así se muestran contradictorias entre sí.

Este vicio de autocontradicción, llamado también *incongruencia por incoherencia*, torna anulable el respectivo pronunciamiento. En este supuesto, ingresa un vicio de incongruencia propio de la sentencia de segundo o de ulterior grado y que se presenta cuando en la decisión del recurso de apelación no se respeta la regla *no reformatio in pejus*, que indica que el tribunal de alzada carece de competencia funcional para decidir acerca de lo que no fue motivo de agravio de parte interesada y que, por ende, no puede modificar la sentencia impugnada en perjuicio del propio impugnante. También ingresan en este vicio otros dos supuestos finales: *incongruencia por falta de mayoría* y *por falsa mayoría* de votos de jueces integrantes de un tribunal colegiado.

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

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

f) *Aplicación de la norma jurídica*

El problema que plantea la cuestión que versa acerca de qué norma legal debe aplicar el juzgador para la solución del litigio genera una doble respuesta: está vinculado estrechamente y sin más a lo que las propias partes han argumentado (interpretación extrema y grosera de la aplicación del sistema dispositivo) o puede *suplir* las normas citadas por ellas. Esta última alternativa es la que goza de general aceptación y ha generado la regla *iura novit curiæ* que indica que las partes procesales sólo deben proporcionar al juez los *hechos*, pues él conoce el derecho y debe aplicar al caso el que corresponda según la naturaleza del litigio.

Esta regla admite tres matices: 1) aplicar el derecho *no invocado* por las partes; 2) aplicar el derecho correcto, cuando fue *erróneamente invocado* por las partes; 3) *contrariar* la calificación jurídica de los hechos efectuada por los propios interesados.

Hace relativamente escaso tiempo que la doctrina ha comenzado a meditar seriamente acerca de esta regla y de sus supuestas bondades, que no son tales a poco que se piense en el tema. Y es que el juez no puede variar la imputación jurídica efectuada por el actor al calificar el hecho en el cual basa su pretensión procesal de objeto transigible, pues de lo contrario produciría de seguro una sentencia incongruente y, como tal, anulable. Y esto, que se acepta como bueno en los pleitos civiles, proviene de la indebida adopción de una antigua corruptela: la constante ruptura de la ley efectuada gracias al espíritu inquisitorial de ciertos tribunales penales de alzada que, sujetos desde siempre a la regla de juzgamiento *no refomatio in peius* como base primordial de su competencia funcional, no pueden variar una sentencia impugnada en tanto no haya habido agravio al respecto. Sin embargo, lo hacen y todos los días en la mayoría de los países de América, so pretexto de que, *sin tocar el hecho, se limitan a recalificarlo iura novit curia.* Y así, por ejemplo, condenan a pena mayor que la contenida en la sentencia apelada sin mediar agravio del Fiscal o del querellante al respecto, lo cual es manifiestamente ilegítimo.

5. LOS SISTEMAS PROCESALES

Ya explicamos anteriormente (Lección 4) qué son los sistemas de enjuiciamiento civil y penal y los mencionamos como dispositivo o acusatorio, inquisitivo o inquisitorio y mixto.

A esta altura de la obra, ya puede comprender el lector por qué los vocablos utilizados al efecto no pueden ser *principios*. Antes bien, se presentan en la vida cotidiana: a) el *acusatorio*, como una suma de principios procesales, sin importar mayormente cuáles son las reglas de procedimiento que lo acompañan al efecto de posibilitar su desarrollo y b) el *inquisitorio*, como una suma de simples reglas de procesamiento y sin principios que posibiliten la concreción de un verdadero (o debido) proceso.

LECCIÓN 13

LOS ACTOS PROCEDIMENTALES Y SU INEFICACIA

SUMARIO

1. El concepto y la estructura del *acto procedimental*
2. Las características del acto procedimental
3. La clasificación de los actos procedimentales
4. La regularidad y la irregularidad procesal
5. Los presupuestos de declaración de nulidad procesal
6. Los medios para hacer ineficaz un acto procedimental

1. EL CONCEPTO Y LA ESTRUCTURA DEL *ACTO PROCEDIMENTAL*

El tema se estudia habitualmente bajo la denominación de *acto procesal.* Empero, si el proceso es una idea *lógica* que, para la obtención de su objeto, requiere del desarrollo de una serie procedimental, parece claro que no cabe hablar propiamente de *actos procesales*, sino de *actos procedimentales* o de *actos de procedimiento* para mencionar a todos los que se realizan con miras a lograr la emisión de una sentencia heterocompositiva del litigio. En esta tesitura, se entiende por *acto procedimental* a todo aquel que realiza un sujeto con el objeto de iniciar y continuar el desarrollo de la serie. De tal modo, lo típico de este acto es que tiene vida y eficacia *sólo dentro del proceso en el cual se lo ejecuta* y su finalidad no es producir efectos *externos*, sino posibilitar el dictado de la sentencia con los efectos que le son propios o asegurar su resultado. Así concebido, el *acto procedimental* se muestra como una especie del *acto jurídico.* Como tal, lleva ínsita en su conceptuación la voluntad del agente emisor (con lo cual se diferencia del simple *hecho* con trascendencia procesal: por

ejemplo, la muerte de las partes, el transcurso del tiempo, etcétera) y muestra en su estructura interna los mismos elementos del género, sólo que modificados por la particularidad de la especie: y así, su objeto debe ser *idóneo* y la actividad requerida para su exteriorización se halla sujeta a ciertas condiciones de *tiempo*, *lugar* y *forma*. En otras palabras: descompuesto un acto procedimental en sus posibles elementos se ve que son: a) el *sujeto* que lo realiza, b) el *objeto* sobre el cual versa y c) la *actividad* que necesariamente se efectúa para lograr tal objeto. Los vemos seguidamente.

a) El elemento *sujeto* permite analizar en cada caso la aptitud (capacidad y legitimación procesal) y voluntad de actuar de las personas que necesaria o eventualmente concurren al proceso.

b) El elemento *objeto* permite estudiar la *idoneidad* del acto para producir efectos (eficacia), su posibilidad jurídica, su moralidad y, en particular, la correspondencia que debe existir entre el contenido y la forma.

c) El elemento *actividad cumplida* permite analizar el cómo, dónde y cuándo se realiza: como ya se anticipó, la forma, el tiempo y el lugar donde el acto se cumple.

2. LAS CARACTERÍSTICAS DEL ACTO PROCEDIMENTAL

Según lo expuesto precedentemente, corresponde precisar algunas ideas en cuanto a los caracteres propios de este tipo de actos.

a) En cuanto a los *sujetos*

Los actos procedimentales pueden ser ejecutados por: 1) las *partes* del proceso (actos de instancia o de postulación); 2) la *autoridad* (actos de conexión de instancias y actos instructorios y decisorios para el desarrollo de la serie); 3) sus *auxiliares* (actos de documentación y de comunicación); 4) los *terceros que se convierten en partes* procesales (actos de instancia o de postulación) y 5) los *terceros que no adquieren tal carácter* (testigos, peritos, martilleros, policía, etcétera).

La aptitud de las partes y de los terceros se mide en términos de *capacidad jurídica* y *de capacidad procesal*; la de la autoridad y sus auxiliares, en términos de *competencia*.

b) En cuanto a la *idoneidad del objeto*

Si por *objeto* del acto procedimental se entiende el efecto que su realizador intenta lograr respecto del desarrollo de la serie, su *idoneidad* consiste en que el acto procedimental que se efectúe sea precisamente aquél –y no otro– que corresponde según el patrón legal como necesario para iniciar o continuar dicha serie de acuerdo con el estado en el cual se encuentra. Por ejemplo, para lograr la apertura de la fase de confirmación es menester que se encuentren agotadas las dos que le preceden: la de afirmación y la de negación; para ofrecer un medio confirmatorio es necesario que esté firme la providencia que ordenó la apertura del período, etcétera.

c) En cuanto al *lugar en el cual se realiza la actividad*

Debe ser efectuado en la sede donde actúa la autoridad que dirige el proceso. Aunque esto resulta obvio respecto de ella y de sus auxiliares, cabe destacar que todos los demás actos (de partes y de terceros) no adquieren carácter *de procedimentales* hasta tanto no se presenten ante aquélla o ante quien actúe como su comisionado. Sin embargo, existen algunos actos que por su propia naturaleza deben ser necesariamente realizados fuera de tal lugar: los de *comunicación*.

d) En cuanto al *tiempo en el cual se realiza la actividad*

Esta característica del acto procedimental asume capital importancia en el sistema procesal que adopta la regla de *la preclusión* para el eficaz desarrollo de la serie.

Cada acto debe ser realizado en el momento preciso o dentro del plazo acordado al efecto, so pena de perder el interesado la posibilidad de efectuarlo con objeto idóneo. Esta circunstancia permite a la doctrina distinguir entre: 1) *término*: el momento preciso en el cual ha de ser realizado el acto: el día tal a tal hora, por ejemplo, y 2) *plazo*: el período

de tiempo durante el cual puede actuar el interesado en el momento que lo desee.

Los *términos* siempre están establecidos por la propia autoridad (juez o árbitro); los *plazos* pueden ser *convencionales* (pactados por las partes), *legales* (fijados por la ley) o *judiciales* (establecidos por la autoridad).

Ya se ha visto en la Lección 12 que la regla de la preclusión puede operar en forma *perentoria* o *fatal* y *no perentoria* o *no fatal.* La mayoría de las legislaciones se inclinan por la regla de la perentoriedad, que significa que el vencimiento del término o plazo opera en forma automática, sin necesidad del pedido ni de la decisión de nadie, haciendo generar para el interesado la imposibilidad de realizar luego lo que no hizo durante la vigencia del respectivo período.

Todo lo referente al tema *plazos* se encuentra ubicado en el plano horizontal del proceso: por tanto, las partes pueden acordar lo que deseen a su respecto. No obstante, muchas legislaciones vedan el derecho de disponer acerca del medio de debate, lo cual es absurdo pues cuando la pretensión es transigible autorizan a acordar lo que sea en cuanto a ella.

Además, y según las leyes procesales, el acto procedimental debe ser realizado en 1) *día hábil* (el que no es feriado ni festivo) y en 2) *hora hábil* (el concepto es cambiante en las distintas legislaciones: se consideran *hábiles* las horas que van desde las ocho hasta las veinte o desde la salida hasta la puesta del sol, etcétera). Caso de ser necesario efectuar una actividad dada en día u hora inhábil, es menester que la autoridad *habilite* el día u hora.

e) En cuanto a las *formas que deben respetarse en la realización del acto*

La expresión *forma* se utiliza habitualmente para señalar el conjunto de solemnidades o requisitos extrínsecos que deben acompañar a un acto para que resulte idóneo en el desarrollo de la serie. Ya se ha visto en la Lección 12 que existen dos reglas para determinar la vigencia del tema: *libertad* y *legalidad de formas.*

Para mejor comprender el verdadero significado de esta regla cabe recordar que aun contando con antiguo y vulgar desprestigio todo lo que huele *a formalismo* (porque ello lleva rápidamente al *formulismo*) el proceso debe ser –y de hecho lo es– *formalista.* No puede ser de otra manera, ya que sólo la *forma* (estrictamente concebida como *acto*, como *pura actividad*) es lo que permite mantener el orden mínimo que se requiere para asegurar la vigencia de dos valores de la mayor importancia para la pacífica convivencia de los hombres: la certeza y la seguridad jurídicas. Utilizando la frase de MONTESQUIEU, "la forma es la condición necesaria para la certeza y el precio de la seguridad jurídica".

Este concepto permite distinguir adecuadamente entre el *acto* (la forma o actividad cumplida) y el *acta* (documento en el cual se registra para constancia el acto cumplido). Por ejemplo: el jefe de un registro civil que casa a una pareja debe pronunciar las palabras necesarias para ello (por ejemplo, *os declaro marido y mujer...*). A su turno, el acta que se levanta al efecto y que firman el jefe que casó, los contrayentes que se casaron y los testigos que vieron el casamiento, es la mera registración de lo que aconteció y se concreta a narrar lo que allí ocurrió. Fácilmente puede comprenderse que acto y acta no deben llevar imprescindiblemente la misma suerte...

Si no se entiende cabalmente la diferencia existente entre *acto* y *acta* no puede comprenderse cómo un acto es válido sin perjuicio de que no lo sea el acta que lo registra y, a la inversa, cómo puede ser inválido el acto y no el acta que contiene la constancia de haber sido cumplido. Por supuesto, esta exacta idea no puede generar un *formulismo* (que no *formalismo*) extremo, del cual debe huir el legislador pues a menudo crea un abismo insondable entre el proceso y la realidad de la vida. Pero no puede negarse seriamente que debe respetar e imponer un *mínimo de formas* en orden a la naturaleza del derecho en general y, muy especialmente, de los actos procesales. En esta tesitura, *la ley describe a priori* un acto determinado fijándolo como *patrón* para que sigan su modelo ejemplar todos los que se realicen en un proceso dado (véanse los requisitos de la demanda explicados en Lección 7). Ya se verá *infra* # 4 ["La regularidad

y la irregularidad procesal"] que cuando un acto cualquiera respeta el *modelo patrón* se dice que es un acto *regular* en tanto que es *irregular* en caso contrario.

3. LA CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS PROCEDIMENTALES

Varios son los criterios clasificatorios presentados por los distintos autores respecto de este tema, a partir de diferentes premisas: quién los realiza, cuál es el objeto pretendido o el efecto logrado, etc., debiendo señalarse que hay otros doctrinarios que niegan terminantemente la posibilidad de clasificarlos, habida cuenta de la elementalidad de su concepto. Por nuestra parte –en la tarea propia de esa obra y al sólo fin docente– adoptaremos aquí el primer método explicativo:

a) *Actos que realizan las partes*

Son siempre actos de *instancia*, pudiendo presentarse bajo la forma de petición, reconsideración, queja, denuncia y acción procesal. Se recuerda al lector que los cuatro primeros son unilaterales (se dan sólo entre quien insta y la autoridad) en tanto que el último es necesariamente bilateral (debe tomar conocimiento de su existencia y contenido aquel respecto de quien se insta *antes* de que se emita decisión al respecto).

b) *Actos que realiza la autoridad*

Un primer criterio muestra a los actos habitualmente denominados de *instrucción* o de *ordenación*: implican una *conexión* entre las distintas instancias mediante fórmulas legales de uso antiquísimo: *citaciones*, *traslados* y *vistas*.

Es una *citación* la orden que emite la autoridad para que alguien –parte o tercero– comparezca al proceso para realizar allí determinada actividad (para las partes constituye una *carga*; para los terceros, un *deber*).

El *traslado* es la forma típica de conexión mediante la cual la autoridad *genera* cargas procesales. Contiene siempre una orden que debe ser cumplida por el destinatario en un término o plazo determinado por

la ley o por la propia autoridad y un apercibimiento (advertencia) acerca del efecto que sufrirá el incumpliente en contra de su propio interés.

La *vista* es la forma típica de conexión que *no genera* carga procesal: la autoridad ordena simplemente que alguien *vea* una actuación determinada a efectos de que proceda como quiera a su respecto. De tal modo, el silencio subsiguiente al traslado produce un perjuicio al incumpliente; el que le sigue a la vista, no.

Un segundo criterio muestra la *dirección* de un acto en el cual se hallan presentes varias personas (por ejemplo, la declaración testimonial de una persona, que se hace en presencia de las partes).

c) *Actos que realizan ciertos auxiliares de la autoridad*

A la actividad procedimental concurre un conjunto de auxiliares de la autoridad cuyo número y funciones varían de una legislación a otra: *secretario* o *actuario*, *ujier*, *notificador*, *oficial de justicia*, *martillero* o *subastador*, *depositario*, etcétera. Cada uno de ellos cumple una específica misión en el proceso que, como siempre, es contingente en los distintos códigos. A los efectos de esta Lección, nos detendremos sólo en los del secretario y en los del notificador, pues resultan esenciales para el eficaz desarrollo de la serie (adviértase que los demás mencionados recién no actúan necesariamente en *todo* proceso). De todos los demás nos ocuparemos en la Lección 16.

Al *secretario* le corresponde efectuar actos de *documentación*: son aquellos que tienen por objeto incorporar al proceso las instancias escritas o verbales de las partes, los instrumentos confirmatorios acompañados por ellas y las actuaciones escritas u orales efectuadas por terceros, etcétera.

Al *notificador* le corresponde efectuar los actos de *comunicación*: toda conexión procesal y todo acto de dirección debe ser notificado a la contraparte de quien ejerció la respectiva instancia. Para ello, existen sólo dos métodos posibles: el interesado ocurre ante la autoridad o ésta va hacia él por medio del notificador o de alguno de sus sucedáneos.

En el primer caso, la notificación recibe en todas partes la denominación *de personal.* En el segundo, y según el medio empleado, se la conoce en los diversos lugares como notificación por *cédula* con sus diversos sucedáneos: *telegrama, carta certificada con acuse de recibo, exhorto* (dirigido a un juez par del exhortante con competencia en oro territorio), *oficio* (dirigido a funcionario de menor jerarquía que la del exhortante) y *edictos* (publicados en el diario oficial o en el de mayor circulación del lugar de residencia de quien debe ser notificado). Sin perjuicio de ello, en tiempos de escasa litigiosidad y menor número de tribunales de los que hoy existen, se intentó hacer ahorro fiscal mediante la simple fórmula de evitar el desplazamiento de funcionarios judiciales para efectuar las notificaciones personales. Para ocultar la verdadera razón del cambio, se dijo por importante doctrina que con ello se acelerarían notablemente los procedimientos en razón de que no habría tantos proveídos de trámite para notificar por cédula. Y así, sin medir las eventuales consecuencias futuras y sin consultar –como siempre– al que las sufriría en lo inmediato, se generó a todos los litigantes la notable carga de concurrir al juzgado respectivo –en rigor, a *todos los juzgados*– dos veces por semana para notificarse allí personalmente de lo que hubiere para ellos.

A este régimen se le dio la denominación de notificación *automática, por nota* o *por ministerio de la ley*; y fue adoptado, tarde o temprano, por todos los códigos procesales.

En otro avance sobre la idea correcta del *debido proceso*, se instrumentó la denominada *notificación ficta* o *tácita*, de raíz jurisprudencial en excepcionalísimo caso que luego se extendió indebidamente a todos. Al igual que el caso de la notificación automática, éste vulnera también el *sistema procesal* en el cual toda notificación es un *acto esencialmente formal* que debe ser realizado conforme con las expresas instrucciones de la ley al respecto, pues han sido establecidas para asegurar la efectiva noticia de lo que debe comunicarse a la parte interesada. En otras palabras: dentro de la economía general de un sistema que vela por la vigencia irrestricta de la garantía del debido proceso, el régimen notificatorio debe basarse en el principio de la *recepción.*

Aceptar lo contrario implica adoptar un método de noticiar que se halla fuera del sistema, que recién ahora se contiene en la norma –por cierto que asistémica– y que se erige en otra trampa más de las que el legislador brinda diariamente a los litigantes. La idea parte de la base de que existe la posibilidad de convalidar un acto procedimental, tal como se verá en la Lección siguiente. Pero sobre el tema, cabe reflexionar meditadamente acerca de que la convalidación de una notificación defectuosa exige la existencia misma del acto notificatorio irregular. Y en todo supuesto de noticia tácita falta, precisamente, ese acto formal y material que la ley requiere.

4. LA REGULARIDAD Y LA IRREGULARIDAD PROCESAL

Ya se ha visto recién que todo proceso está constituido por una serie de actos que realizan las partes, la autoridad y ciertos terceros y que, por tener efectos estrictamente limitados a su ámbito interno, reciben la denominación de *actos procedimentales.* Al tener vida y eficacia sólo *dentro del proceso*, el acto procedimental se diferencia del acto jurídico en general, ya que no produce efectos externos y su única finalidad es posibilitar la emisión de la sentencia que ha de heterocomponer el litigio.

Esta tajante distinción permite efectuar dos afirmaciones liminares: a) como luego se verá, la peculiaridad del acto procedimental hace que no se le apliquen las normas que regulan la nulidad civil. No obstante, al procesalista le sirve de mucho la teoría general que con tanto esfuerzo, tiempo y disidencias conceptuales se ha construido sobre el tema; b) corresponde a la propia ley procesal la regulación de la nulidad.

Ya se ha visto en Lección 12 la necesidad y existencia de dos reglas antagónicas para regular las formas en el proceso: la de la *plena libertad* y la de la *formalidad preestablecida* (legal, judicial o convencionalmente). En procura de un mayor acercamiento al valor justicia, las distintas legislaciones se inclinan por la segunda, conocida doctrinalmente con la denominación equívoca de *principio de legalidad*, aunque a veces atenuada ligeramente

al permitirse de modo contemporáneo algunas libertades en ciertos casos. En esta tesitura, y como ya se adelantó antes, *la ley describe a priori* un acto determinado, fijándolo como *patrón* para que sigan su modelo ejemplar todos los que se realicen en un proceso dado. De tal modo, siempre que se respeta el modelo patrón legal, se dice que el acto realizado conforme a él es *regular*, en tanto que es *irregular* (o defectuoso o viciado) en caso contrario.

Como resultado de su comparación con el *acto modelo patrón*, varias pueden ser las irregularidades de un acto procedimental: las que afectan a su validez, a su admisibilidad, a su eficacia y a su eficiencia. En lo que interesa al tema en cuestión, nos ocuparemos ahora sólo de la irregularidad que afecta a su validez y, consecuentemente, de su contrapartida: la *declaración de nulidad.*

Para intentar una aproximación al concepto de *nulidad procesal* resulta conveniente recordar cuál es la *estructura interna* de todo acto procedimental, pues se acepta doctrinalmente –aunque con algunas discrepancias– que cuando las leyes en general refieren a la *inobservancia de las formas de un acto*, comprenden en rigor algo más que la pura forma: *la propia estructura.*

Así, resulta menester descomponer lógicamente el acto procedimental en sus tres elementos posibles: el sujeto que lo realiza, el objeto que procura y la actividad que necesariamente él efectúa para lograrlo.

a) Ya se explicó *supra* que el elemento *sujeto* permite analizar, respecto de todas las posibles personas que actúan procesalmente, su aptitud (capacidad y legitimación para obrar) y voluntad de actuar;

b) el elemento *objeto* permite estudiar la idoneidad del acto para producir efectos (eficacia), su posibilidad jurídica, su moralidad y, en particular, la correspondencia que debe existir siempre entre el contenido y la forma;

c) el elemento *actividad cumplida* permite analizar cómo, dónde y cuándo se realiza. Es decir, la forma, el tiempo y el lugar donde el acto se cumple.

Ciertas aclaraciones se imponen antes de continuar: la mayoría de los autores no acepta la inclusión del estudio de la voluntariedad del acto y sus implicaciones en el tema propio de las nulidades procesales. Así, se hallan contestes en que los vicios de la voluntad, en general, no son computables respecto de los actos procedimentales en la determinación de su validez. Sin embargo, existe importante corriente disidente tanto en doctrina como en legislación: así, hay autores que aceptan la consideración de ciertos vicios y no la de otros (v. gr.: sí el dolo; no el error de hecho). A su turno, alguna legislación (cual es el caso de España) norma la nulidad de todos los actos judiciales practicados bajo intimidación o fuerza, disponiendo que los jueces que hubiesen cedido a ellas, tan luego se vean libres, declaren nulo todo lo practicado y promuevan al mismo tiempo la formación de causa contra los culpables.

Además, aunque la palabra *acto* supone actividad, se destaca muy especialmente que, cuando se la designa, también se implica la *inactividad* u omisión de actuar, pues ello hace a la esencia del sistema preclusivo que consagran casi todas las legislaciones y que supone que un acto es precedente del que le sigue y consecuente de su anterior.

Civilmente, existen distintos matices de nulidad (o de anulabilidad) y, por ende, de sanciones (utilizando la palabra en su sentido más lato): a) el acto absolutamente irregular es absolutamente ineficaz; b) el acto gravemente irregular es gravemente ineficaz; c) el acto levemente irregular es levemente ineficaz.

Estos tres grados de ineficacia permiten distinguir doctrinalmente tres categorías diferentes: la inexistencia, la nulidad absoluta y la nulidad relativa o anulabilidad. Es *acto inexistente* el que no es. Como tal, dicen algunos autores que no puede ser convalidado ni requiere ser invalidado. Es *acto absolutamente nulo* el que, teniendo la condición de acto jurídico, se halla afectado de modo grave: como tal, no puede ser convalidado, pero requiere ser invalidado. Es *acto anulable* el que, teniendo la condición de acto jurídico, se halla levemente afectado: como tal, puede ser convalidado y admite ser invalidado.

Tal vez porque estas categorías doctrinales –que carecen de preciso sustento legal– no se aceptan desde una óptica puramente fenoménica; o porque desde antiguo se halla seria y fundadamente discutida la clasificación de *acto inexistente*; o, para finalizar, porque aunque se diga que no se requiere su invalidación, siempre se exigirá un proceso para comprobar la alegada inexistencia, los distintos ordenamientos no adoptan este criterio clasificatorio, limitándose a normar sólo respecto de las categorías *nulidad absoluta* y *nulidad relativa.*

Mas no para allí el problema: ya que el principal efecto de toda sentencia es el del *caso juzgado*, que impide discutir útilmente en nuevo proceso lo ya decidido en ella, desde la óptica procesal cabe hacer ahora importante acotación: ante la existencia de tal efecto y en aras de evitar la socialmente perjudicial proliferación de pleitos, deben ceder todas las posibles y eventuales nulidades parciales emergentes del proceso ya terminado.

Obviamente, esta solución –que hace a la política más que a la técnica procesal– conlleva que el efecto del caso juzgado purgue cualquier nulidad, aun las llamadas *absolutas* o de *orden público.* Esta especial característica del proceso, en el cual priva la valía del principio del caso juzgado por sobre la disvalía de la nulidad absoluta, hace que –de hecho– *todo defecto procesal sea de carácter relativo* (a anulable). Insistimos: en el derecho procesal no hay *inexistencia* ni *nulidad absoluta.*

Ello se ve claramente en los distintos ordenamientos procedimentales que adoptan, expresa o implícitamente, una posición *unitaria* al respecto: bajo el rótulo de "violación de las formas" o "nulidad" o "inobservancia" o "anulación de los actos procesales", norman la declaración de invalidez (o ineficacia) de *todas las categorías* antes mencionadas.

Hemos hecho referencia a nulidades o vicios parciales pues, a nuestro juicio, la invalidez total –por indefensión absoluta– no es alcanzada por el efecto del caso juzgado y ello permite su posterior cuestionamiento por la vía de proceso declarativo.

Ya es hora de intentar un acercamiento a la definición de *declaración de nulidad*: es la sanción (repetimos que se utiliza el vocablo con una significación muy genérica) que priva de efectos (eficacia) a un acto procedimental en cuya estructura no se han guardado los elementos ejemplares del modelo, en tanto ellos constituyen garantía de los derechos justiciables. De tal modo, la sanción opera no sólo respecto de la simple exteriorización del acto (forma propiamente dicha), sino también en cuanto a sus demás elementos.

5. LOS PRESUPUESTOS DE DECLARACIÓN DE NULIDAD PROCESAL

Dos sistemas antagónicos regulan el tema: el que detalla en inventario exhaustivo (y generalmente taxativo) el posible elenco de casos sancionables (por ejemplo, anteriores códigos de Bolivia, Brasil, Colombia, Costa Rica, Chile, Guatemala, Panamá y Perú) y el que se concreta a establecer grandes directrices generales en las cuales debe encuadrar el juez el caso concreto (así lo hacen todos los códigos argentinos, y el del Paraguay, por ejemplo). Ambos sistemas con obvias ventajas e inconvenientes que no es del caso explicar ahora.

La regla que surge del primer grupo se conoce con el nombre de *nulidad expresa* y es de aplicación bien sencilla: si la hipótesis nulificante se halla inventariada en la norma que rige el caso, procede su declaración. Caso contrario, no. El segundo grupo presenta varias reglas que doctrinalmente reciben las denominaciones de *especificidad*, *finalismo*, *trascendencia*, *protección*, *subsanación* y *conservación*. El conjunto de todas ellas se estudia bajo el rótulo de *presupuestos de la nulidad procesal*, entendiéndose la palabra *presupuesto* en el mismo sentido ya explicado en Lección 5.

Como luego se verá, tales presupuestos –legislados expresamente en los códigos que adoptan este sistema– juegan armónicamente: en tanto unos son *positivos* (*deben aparecer* en el terreno de los hechos para que la nulidad pueda ser declarada), otros son *negativos* (a la inversa que el anterior, *no deben aparecer* en el terreno de los hechos pues, caso contrario,

la nulidad no puede ser declarada). Véase ahora cómo armonizan para poder llegar a la declaración de nulidad de un acto procedimental.

a) En primer lugar, toda la explicación debe partir de una premisa básica: se afirma en el proceso la *existencia de un acto irregular* (con un vicio de mayor o menor jerarquía, conforme a las categorías antes explicadas) que no guarda las formas que para su validez exige el modelo patrón.

b) En segundo término, se requiere la *existencia de sanción de nulidad específicamente prevista en la ley.*

En un sistema esencialmente formalista, resulta razonable que la propia ley sancione el apartamiento del modelo por ella establecido. Por supuesto, no siempre fue así: la *Ordenanza francesa de 1667*, por ejemplo, facultaba a los jueces para declarar o rehusar nulidades según las circunstancias. Ello degeneró en abuso y, por ende, en arbitrariedad judicial, contra la cual reaccionó la Revolución francesa: su conocida y característica idea de omnipotencia legislativa hizo que plasmara la reacción en norma positiva que luego pasó a casi todas las legislaciones que consagran el sistema: no existe sanción sin texto legal que específicamente la consagre. Y de aquí el nombre del principio: *especificidad* que, resulta obvio, debe ser de interpretación estricta.

Aunque el sistema así instrumentado implicaba una indudable conquista, en los términos planteados ofrecía serios inconvenientes: no siempre resultaba posible que el legislador previera *a priori* todos los posibles casos sancionables, con lo cual quedaban fuera de toda factibilidad nulificatoria muchos supuestos en los cuales ella no debía obviarse. De ahí que fue necesario consagrar otra regla que recibió el nombre de *nulidad virtual* mediante la cual se equiparó toda cláusula prohibitiva de la ley a la previsión por ella de la sanción expresa de nulidad. De tal forma, y desde entonces, el quebrantamiento de la prohibición legal trae aparejada la posibilidad de anular el acto respectivo. Aun así, el principio es de extrema dureza, pues posibilita inútiles declaraciones de nulidad que a nada conducen y obvia casos en los cuales puede estar resentido el derecho de defensa, con lo cual el sistema todo puede ser tachado de formulista.

Así es cómo, desde antaño, la regla se atenúa, primero doctrinal y luego, legislativamente, mediante la introducción al sistema de dos importantes variantes: las reglas del *finalismo* y de la *trascendencia.*

La regla del *finalismo* enseña que, aun cuando no exista previsión de sanción en la ley, basta que el acto carezca de alguno de los requisitos indispensables o esenciales en orden a la obtención de su fin, para que se considere que el juez se halla facultado sin más para declarar la nulidad. Esta atenuación, que también es de interpretación estricta, otorga al sistema un grado necesario de flexibilidad que le permite escapar de los excesivos rigores del formalismo extremo (en esencia, se trata de una simple aplicación extensiva del principio de libertad de las formas). Su aplicación práctica permite afirmar que la forma no es buena sólo por estar consagrada en la ley, sino por su aptitud para lograr el fin al cual está dirigido. En otras palabras, se trata de conocer al árbol por su fruto, de subordinar el medio al fin.

c) En tercer lugar, debe existir *un interés jurídico protegible con fundamento en que el acto ocasiona perjuicio a alguna de las partes.* Y es que la aplicación estricta de la regla de la especificidad en su formulación originaria permitía mantener la sanción de nulidad para muchas formalidades reconocidamente inútiles, llegándose a declarar la nulidad por la nulidad misma, con desconocimiento de la verdadera función de las normas procesales. Por ello, en la tesitura de escapar al ritualismo, ya desde el derecho francés no se acepta la declaración de nulidad en el exclusivo beneficio de la ley. De tal modo, se exige que el acto que se reputa nulo ocasione, a quien tal cosa sostiene, *un concreto perjuicio de indefensión.* Congruente con ello, cuando el interesado propone la nulidad, debe invocar la causa que la ocasiona y los hechos en los cuales ella se funda, exponiendo al mismo tiempo las razones que permitan concluir que, por el vicio procesal, quien deduce la nulidad ha quedado efectivamente privado del ejercicio de una facultad o que no ha podido cumplirla cuando era pertinente.

Esta regla exige que la nulidad sea trascendente, y, por eso, recibe el nombre de *trascendencia.*

d) En cuarto término, *debe mediar petición de parte.* Este presupuesto merece especial atención, porque es aquí donde se pone de relieve la importancia de la afirmación referida a que no se aplica en el derecho procesal la conocida clasificación de nulidades absolutas y relativas. La doctrina equipara desde antaño estas categorías con los distintos intereses que pueden hallarse en juego. Y así, se dice que la nulidad absoluta es de orden público y, por ende, inconsentible, en tanto que la relativa es de mero interés privado y, por ello convalidable. Quienes así lo hacen, efectúan su afirmación desde la óptica exclusiva del proceso civil y sin aclarar debidamente cuándo opera una nulidad absoluta en el proceso, dejando de lado el penal, cuya esencia responde a otros principios de indudable raigambre constitucional.

Colocando el tema en la mira de una teoría general del proceso y, por tanto, computando al efecto sus diversas ramas, parece conveniente dejar de lado –por confusa e inservible a estos efectos– la distinción entre nulidad absoluta y relativa, trocándola por otra que puede resultar más clara para el intérprete: nulidad declarable sólo a petición de parte y nulidad que también puede (o debe) declararse de oficio por el juez.

En el orden civil, en el cual se tiene en cuenta preponderantemente el interés meramente privado en litigio, es lógico que se necesite la petición de parte como presupuesto de la declaración de nulidad, pues el juez no debe actuar de oficio salvo que exista caso de auténtica indefensión. Sin embargo, esta última afirmación también es relativa pues sobre la voluntad del juez (en rigor, de la ley) priva la del propio interesado: su consentimiento expreso o tácito a un acto obviamente anulable, imposibilita toda actuación oficiosa.

En el orden penal, el interés en juego es por completo diferente: la vida misma y la libertad del reo. Y aquí, conforme expresas garantías que consagran habitualmente las constituciones, ningún vicio es subsanable cuando el mismo no permite que el acto defectuoso obtenga su finalidad, por lo cual todas las partes pueden impetrar útilmente su anulación o el juez suplirla de oficio, ambos en cualquier estado y grado del proceso.

Hasta aquí hemos mencionado los principios que pueden considerarse como positivos. Véanse seguidamente los negativos.

e) En un proceso concebido según la regla moral, no puede permitirse ni apañarse la añagaza o la artería. De ahí que parece razonable sostener lógicamente que, por aplicación del principio de moralidad y de elementales reglas de buena fe, no debe alegar la nulidad aquél cuya actuación concurrió a cometer el vicio o que sabía o debía saber su existencia. Con ello, *se trata de proteger la validez del acto, acordando legitimación para impetrar la nulidad* sólo a la parte a quien no se puede imputar su comisión viciosa. Esta regla recibe el nombre *de protección.*

f) El siguiente presupuesto negativo es el de *subsanación*, que implica la posibilidad de reparar o remediar el defecto que vicia el acto. La subsanación puede efectuarse –latamente– de diversas maneras:

1) *Actuando el interesado de conformidad con el acto viciado.* Parece totalmente irrelevante sostener la posibilidad nulificatoria si quien podía quejarse al respecto no sólo no lo hizo, sino que, antes bien, cumplió una determinada y concreta conducta en acatamiento a lo dispuesto o actuado con vicio.

2)*Produciendo el interesado un nuevo acto que confirma o ratifica el acto anulable.*

3) Atendiendo que el principio del finalismo ya antes citado implica la prevalencia del resultado sobre el medio que debe emplearse para alcanzarlo, un acto defectuoso no debe ser declarado nulo cuando, no obstante, su desajuste con el patrón contenido en la norma, *ha cumplido acabadamente con su finalidad* (piénsese, por ejemplo, en una cédula de notificación con irregularidades y que, al llegar a manos del interesado, le permite enterarse cabalmente de lo que se le debía noticiar en el caso. ¿Qué sentido, sino un puro e irracional apego a un absurdo formalismo, tendría declarar la nulidad por el vicio de forma?). Como se ve, esta idea de la obtención de la finalidad del acto no hace al concepto de nulidad, sino al de utilidad de su declaración.

4) Teniendo en cuenta la utilidad que produce la anulación, ella no procede cuando es *indiferente a los fines del proceso.* Aunque en rigor no constituye un supuesto de subsanación, algunas legislaciones subsumen el caso en este título.

5) Aunque tampoco se trata técnicamente de un supuesto de subsanación, se incluye entre ellos a la *sustitución del acto vicioso*, consistente en su repetición con caracteres de regularidad.

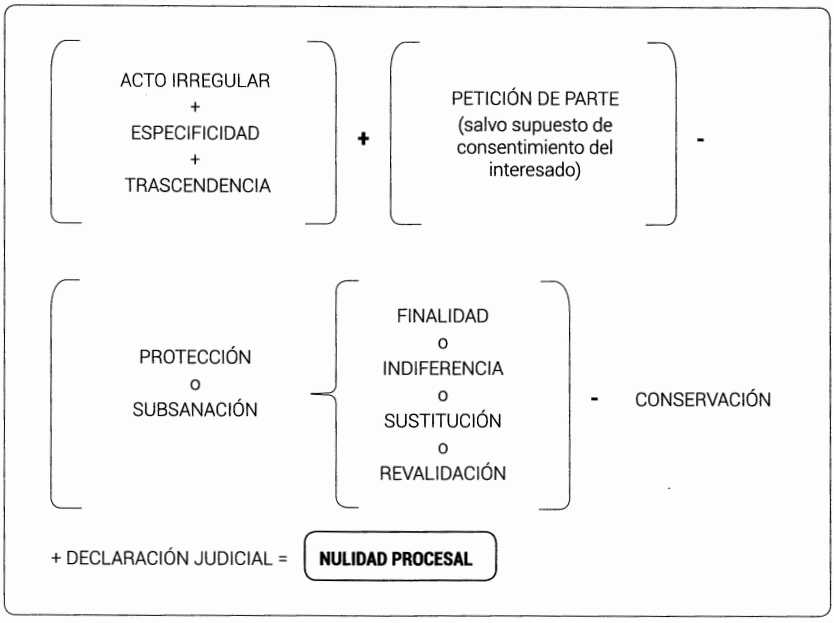
6) Igualmente se opera la subsanación por *revalidación del acto*, lo cual ocurre cuando el interesado, sabedor de la existencia del vicio, lo consiente expresa o tácitamente (en este caso, dejando precluir la oportunidad para impugnarlo por el medio adecuado al efecto que, según los distintos códigos, puede ser –en la propia instancia– el recurso de reposición o el incidente de nulidad). Como es obvio, quedan a salvo en este caso los sujetos a quienes la ley protege de su propia incapacidad.

7) Algo más falta aún para llegar a la declaración de nulidad: se trata de una regla que rara vez se halla legislada, pero que surge obvia de la naturaleza misma de las cosas y, con mayor razón, en la aplicación del derecho. Partiendo de la base que la nulidad es similar a la nada, elementales razones de seguridad y orden permiten afirmar que toda declaración de nulidad es en sí misma disvaliosa y que sólo cabe llegar a ella en grado extremo y harto comprobado. De ahí que resulte preservable todo acto procesal y que la declaración de anulación deba reservarse para ser empleada como medio último ante la existencia de una efectiva indefensión. Por eso, *siempre que exista duda en el juez acerca de si cabe o no declarar la nulidad de un acto dado, debe optar por conservar o mantener su validez.* Así nace la regla de *conservación.*

8) Por último, para *que un acto sea nulo*, cabe destacar la vigencia de un presupuesto final: *la declaración judicial* pues no hay nulidad procesal sin sentencia que la declare.

Para terminar, si se acepta –como puro recurso docente– la factibilidad de formular matemáticamente el juego de los distintos presupuestos

positivos y negativos que he analizado hasta ahora, puedo sintetizar lo expuesto de la siguiente manera:



6. LOS MEDIOS PARA HACER INEFICAZ UN ACTO PROCEDIMENTAL

La declaración de ineficacia de un acto debe hacerse cumpliendo un procedimiento que varía según sea el sujeto que realiza la actividad que se reputa ineficaz. Así, la declaración respectiva puede ser instada por la parte interesada al efecto por distintas vías: a) *acción o excepción*: si el acto que se ataca fue realizado por la contraparte; b) *incidente*: si el acto que se ataca fue realizado por quien no es parte ni autoridad (juez o árbitro); c) *recurso*: si el acto que se ataca fue realizado por autoridad (juez o árbitro).

Este esquema, que se corresponde lógicamente con los que se han visto acerca del proceso, no es aceptado por ciertas legislaciones que confunden los medios de ataque, autorizando vías cuyo ejercicio no se compadece con lo expuesto. Claro está, el sistema codificado siempre es contingente y, para saber cómo opera en un lugar dado habrá que ocurrir a la ley respectiva. Otras legislaciones, por fin, autorizan también la

declaración oficiosa imponiendo al juez el deber de evitar la ineficacia del proceso o de la sentencia que se dicte a su término.

LECCIÓN 14

LAS EVENTUALIDADES PROCESALES

SUMARIO

1. Explicación previa
2. La convergencia y la divergencia procesal
3. Los incidentes procesales
4. Los accidentes procesales
5. El desplazamiento procesal
6. La sucesión procesal

1. EXPLICACIÓN PREVIA

Reiterando la necesidad de erradicar la confusión actual de doctrina y legislación sobre varios tópicos del derecho procesal, volvemos a mostrar el *desarrollo del proceso* como un procedimiento lineal y simple: la serie *normal...* se compone de cuatro fases cumplidas por las partes y concatenadas entre sí mediante varios actos de conexión efectuados por el juez. Pero esta simpleza procedimental no es la que se presenta habitualmente en el común de los pleitos. Antes bien, la experiencia indica que alrededor del procedimiento aceptado como normal –también llamado *principal* o *troncal* u *originario*– se desarrollan otros procedimientos que aparecen: a) *simultáneamente* y corren paralelos al proceso; o b) *antes* de la iniciación de la demanda; o c) *durante* el curso de la serie procesal; o d) *después* de la sentencia. En otras palabras: en la habitualidad procesal suelen darse procedimientos *simultáneos*, *anteriores* a la serie procesal normal, *interiores* de ella –que nacen en su seno e interfieren su desarrollo–, y *posteriores* a la sentencia.

Tantas cosas distintas –que integran una clara constelación procedimental– son denominadas desde siempre por todas las legislaciones y la doctrina mayoritaria con sólo una palabra: *incidente* (ver, p. ej.: el título que precede a Cpcsf, art. 326). Y así, al usarse una sola voz para designar a situaciones o cosas por completo diferentes, se genera otra vez (¡y van...!) el problema de la equivocidad.

Si se habla de *incidente de inhibitoria* y de *incidente de recusación* y de *incidente de arraigo* y de *incidente de* pobreza y de *incidente de acumulación de autos* y de *incidente de ejecución de sentencia* y de *incidente de sustitución de embargo* y de incidente innominado de *levantamiento de medidas disciplinarias* o de *levantamiento de embargo*, y de *incidente de libertad condicional*, por ejemplo, se advierte que la palabra *incidente* no alcanza a cubrir con adultez y seriedad tantos supuestos esencialmente diferentes entre sí.

Palabras más, palabras menos, se ha dicho hasta ahora que un incidente (o *artículo*) es *toda cuestión accesoria que acaece durante el curso de la instancia.* Y, de tal guisa, se menciona alegremente con esta palabra a todo lo que –es cierto– sobreviene en el curso de la instancia; pero también a toda irregularidad procedimental, a todo lo que debe ser resuelto previamente y/o al tiempo de sentenciar y/o después de ello, a todo lo que modifica transitoriamente a la serie procedimental, a todo lo que la interrumpe definitivamente, etc.

Y no se nos negará que con esto poco se ha dicho pues ya se ha visto que hay *incidentes* anteriores, interiores, posteriores y simultáneos que refieren –obviamente– a cosas muy diferentes entre sí, como luego quedará demostrado. Y esto sin tener en cuenta la finalidad de cada uno de tales *incidentes*...

Hay quien cree que la doctrina ya no resiste el peso de todo este fardo de confusión que, para colmo, genera legislación insuficiente y sólo atina a buscar salidas meramente literarias –no técnicas ni científicas– y a clasificar hasta el infinito para intentar –sin lograrlo– una mejor comprensión de todo el tema.

Asumiendo esa crítica, estamos seguros de que, al menos docentemente, hay que buscar una explicación del fenómeno que sea comprensible para todos y evite innecesarias confusiones al intérprete. Y en esa tesitura creemos que, para hacer un planteo que resulte congruente con el tenor de esta obra, cabe buscar tal explicación en la finalidad teleológica del proceso, que muestra siempre un mínimo de dos actitudes contrapuestas (una pretensión y una resistencia) (se vio en la Lección 12 que pueden ser muchas más) que desembocan normalmente –por falta de autocomposición– en la sentencia. De ahí también que toda la actividad de ambas partes deba desarrollarse en dos líneas –de *eficacia* y de *eficiencia*, ver la Lección 5– que apunten hacia esa sentencia que, a la postre, acogerá o rechazará la pretensión propuesta por el actor contra el demandado.

Si se tiene en miras el logro de esa actividad eficaz y eficiente, se concluirá en que en todo el cúmulo de procedimientos que integran la aludida constelación procesal hay planteos (anteriores, interiores y simultáneos, nunca posteriores) que son *convergentes* a la sentencia en tanto que otros (también anteriores, interiores y simultáneos) son *divergentes* de ella. En otras palabras: hay cuestiones que se relacionan sólo con el instar (y que, por tanto, influyen exclusivamente en el desarrollo de la serie procedimental), en tanto que otras se vinculan con la pretensión y con la efectivización de la respectiva prestación (y, por tanto, no interfieren para nada en el desarrollo de la serie procedimental).

Al margen de todo ello, ya adelantamos que existen cuestiones que también influyen en la línea de eficiencia y no en la de eficacia, que se presentan y tramitan en forma paralela al procedimiento principal –aquí se habla de *desplazamiento* de la discusión– y otras más que aparecen recién después de la sentencia –se trata de una *sucesión procedimental*– que se relacionan con la efectivización del cumplimiento de la pretensión o con su abatimiento. Sin perjuicio de explicar todo en su momento, como esta distinción entre convergencia, divergencia, desplazamiento y sucesión puede ser el punto de arranque para la explicación lógica del tema, nos ocuparemos seguidamente de ello.

2. LA CONVERGENCIA Y LA DIVERGENCIA PROCESAL

a) La idea de *convergencia* proviene de las matemáticas, donde significa *suma de unidades* (o, mejor aún, concurrencia acumulativa de datos para lograr un resultado). Aplicada a nuestro caso, cabe referir que la universal aspiración legislativa de *unificación de competencia judicial* se relaciona, precisamente, con este concepto de convergencia procesal: corresponde a un mismo y único juez el conocimiento de todas las cuestiones necesarias de tomar en cuenta para la decisión de un caso cualquiera.

En general, toda la convergencia apunta hacia la eficiencia de la serie en orden a la sentencia que se pretende. De tal modo, debe asegurar siempre la bilateralidad de la audiencia y la igualdad procesal. Y así, las cuestiones convergentes pueden presentarse en forma previa o anterior a la serie (son las llamadas *medidas preparatorias de juicio ordinario* y *de juicio ejecutivo* y la *investigación penal preparatoria*, en forma interior o contenidas dentro mismo de la serie (que interfieren su desarrollo, tal como una recusación con causa al juez actuante y negada por él y de modo simultáneo (como cualquiera cuestión prejudicial).

b) Cuando no se presenta tal suma de unidades se habla simplemente de *divergencia* (a la inversa de lo anterior, aquí los datos que coexisten no concurren acumulativamente para lograr un resultado). En otras palabras, es indiferente que concurran o no a ese resultado. Ocurre muchas veces que al tiempo que se litiga acerca de una pretensión en concreto, aparece o puede aparecer a su alrededor y antes, durante, después o paralelamente al desarrollo de la serie –con mayor o menor vinculación– un cúmulo de diversas pretensiones de las propias partes entre sí (p. ej.: modificaciones de cautelas procesales) o de alguna de ellas o de ambas con un número elevadísimo de las más variadas personas (representantes, sujetos procesales necesarios o eventuales, etcétera, p. ej.: honorarios) que deben ser también discutidas paraprocesalmente, aunque el resultado que se busque por quienes litigan al respecto nada tenga que ver con el acogimiento o rechazo de la pretensión principal. En otras palabras, ya no se trata, como en la convergencia, de dar a las partes una permanente audiencia bilateral

que asegure la igualdad procesal en orden a llegar rápida y eficazmente a una sentencia eficiente, sino de tramitar separadamente –antes, durante, después o simultáneamente con la serie procedimental– otras pretensiones de contenido cautelar, ejecutivo, etcétera, que tendrán vinculación con la pretensión, pero que nada tienen que ver con la *eficacia del instar.* Y así, cada una de tales cuestiones tendrá que contar con su propia serie procedimental.

Estas diferencias entre la convergencia y la divergencia permiten y aconsejan denominar con palabras distintas a los fenómenos casuísticos que aparecen en los distintos supuestos. Y en tren de respetar la convencionalidad del lenguaje, proponemos llamar *incidentes* a todos lo que ocurren dentro de la convergencia del instar y *accidentes* a todos los que acaecen dentro de la divergencia.

3. LOS INCIDENTES PROCESALES

También llamados *artículos*, *cuestiones procesales accesorias* y *pequeños juicios*, se forman por el planteo de toda pretensión meramente procesal que tiene *relación directa e inmediata* con el asunto principal y que interfiere de alguna manera (por ejemplo, *evitando* –incompetencia–, *suspendiendo* –recusación– o *interrumpiendo* –caducidad de la instancia–) la estructura lógica del desarrollo normal de la serie procedimental para asegurar que se llegue a su objeto –la sentencia– eficazmente.

Los incidentes pueden estar previstos o contenidos en la ley (así, son *determinados* o *especificados*) o no (así, son *indeterminados* o *no especificados*) y ser de necesaria resolución previa (*artículos de previo y especial pronunciamiento*) o no.

Ejemplos de incidentes determinados son:

a) *Con tramitación propia* (siempre prevista en la ley y que habitualmente se efectúa dentro del mismo expediente en el cual tramita la pretensión principal o al lado de él, *por cuerda separada* o, excepcional-

mente, ante otro juez): 1) el de recusación del juez o de los funcionarios actuantes; 2) el de planteamiento de la incompetencia del juzgador por la vía inhibitoria (se descarta así que la excepción de incompetencia sea un incidente); 3) el de acumulación o separación de procesos o de autos; 4) el de alegación de la inadecuada representación de un gestor procesal 5) el de unificación de personería, etcétera.

b) *Sin tramitación propia* definida previamente en la ley (o incidentes indeterminados): 1) el de suspensión de la serie procedimental por cualquier motivo que no sea la argución de una excepción previa; 2) el de fijación de viáticos a un testigo para que se desplace hasta la sede del juzgado donde debe declarar; 3) el de tacha al valor de la declaración de un testigo; 4) el de separación oficiosa de defensores; 5) el de la imposición de patrocinio letrado a un procurador; 6) el propio de todos los modos de terminación del proceso civil (desistimiento, allanamiento, transacción); así como 7) los que interrumpen definitivamente el proceso penal (por ejemplo, *amnistía*, *muerte del acusado*, *perdón* o *consentimiento del ofendido*).

Las características comunes a todos ellos son: a) valen y se explican sólo dentro del proceso y en función de la sentencia que las partes procuran obtener. En otras palabras: jamás los alcanza el efecto propio del caso juzgado; b) provienen siempre de una *actividad* (jamás de una *inactividad*) extraña a la bilateralidad del instar principal y constituyen en sí mismos una nueva instancia que, como tal, requiere su *propia necesaria bilateralidad.*

Finalmente, las pretensiones incidentales pueden surgir tanto respecto de la afirmada relación sustancial que ampara a la pretensión como de la relación procesal propiamente dicha.

4. LOS ACCIDENTES PROCESALES

Al contrario de lo que ocurre en el caso de los *incidentes*, cuando la actividad extraña a la serie procedimental principal, se relaciona de alguna

forma con ella, pero deja intocada la eficacia del instar bilateral –pues no interfiere en su normal desarrollo–, parece claro que debe emplearse otra palabra a fin de mencionar el respectivo fenómeno: a ese fin se ha propuesto el nombre de *accidente procesal*. El ejemplo más simple de esta figura se encuentra en todo lo *cautelar*, que no afecta el desarrollo normal de la serie procedimental.

Para mayor claridad: el *levantamiento de un embargo preventivo*, por ejemplo, no puede constituir un incidente procesal porque no interfiere con el accionar y sólo se relaciona conexamente con la eficiencia del pretender. Otro tanto puede decirse de cualquier pretensión de un tercerista de intervenir tangencialmente en proceso pendiente defendiendo la propiedad de una cosa o un mejor derecho a percibir su crédito. Lo propio puede afirmarse respecto de las pretensiones de modificación, morigeración y cese de la prisión preventiva al igual que todos los planteos de *libertad* y *rehabilitación* en materia penal.

En este orden de ideas, parece evidente que todo accidente procesal debe contar con una tramitación propia que asegure –en algún momento y siempre que la pretensión lo permita– una adecuada bilateralidad de las partes. Así, por ejemplo, si un embargo preventivo debe ser trabado necesariamente sin audiencia previa (y por eso *la traba de la cautela no es proceso, sino mero procedimiento*) su *levantamiento*, por ejemplo, requiere imprescindiblemente la audiencia previa del cautelante (y por eso todo lo relativo a la modificación, suspensión o eliminación de las cautelas constituye siempre *verdadero proceso*).

Al igual que en el caso explicado en el número anterior, hay accidentes determinados (aunque generalmente son llamados con el nombre de *incidentes*), como el caso del *arraigo* (en puridad de verdad, no se trata de una excepción, sino de una cautela), el de todo lo relativo al *ejercicio del poder disciplinario* por el juzgador sobre las partes y los defensores.

5. EL DESPLAZAMIENTO PROCESAL

Existe *desplazamiento procesal* siempre que una o varias de todas las cuestiones planteadas ante un juez en un proceso principal deban ser resueltas en otro proceso principal y por diferente juez. Es lo que ocurre en todas las cuestiones prejudiciales, en las cuales el legislador privilegia la actuación de un fuero sobre la de otro. En tales casos un proceso corre antes o paralelo de uno cualquiera de ellos. Pero, en cualquier caso, la sentencia que se emita en uno –el que radica en el fuero privilegiado– tendrá efecto de caso juzgado en el otro, donde continuará el debate sólo respecto de las cuestiones pendientes.

También existe desplazamiento cuando es menester deducir un proceso en sede judicial para ejecutar un laudo arbitral o arbitratorio, toda vez que al árbitro y al arbitrador –por ser simples particulares– les está prohibido ejercer fuerza sobre personas o cosas.

6. LA SUCESIÓN PROCESAL

Existe *sucesión procesal* toda vez que: a) sea menester ejecutar en un proceso o en un procedimiento *ad-hoc* una sentencia de contenido declarativo de condena: se abre aquí un debate acerca de alguna cuestión ya litigada con anterioridad y cuya sentencia no fue cumplida espontáneamente por el perdidoso; b) se pretenda repetir lo indebidamente pagado como consecuencia de una sentencia de carácter ejecutivo (lo que habitualmente se denomina *juicio ordinario posterior*) por no haber podido el perdidoso defenderse antes de ella con suficientes medios de alegación, confirmación e impugnación; c) se impugna una sentencia que adquirió efectos propios del caso ya juzgado en tanto se afirme que fue emitida en fraude a alguna de las partes o a tercero afectado (ver Lección 24); d) se planteen cuestiones relativos a la ejecución o extinción de la pena, tales como la rehabilitación, la aplicación de la ley penal más benigna, la libertad condicional, e) se impugne la sentencia penal por medio del "recurso de revisión".

LECCIÓN 15

EL COSTE DEL PROCESO

SUMARIO

1. El problema
2. El coste del servicio
3. El coste de la defensa: criterios
   - 3.1. El criterio objetivo de imposición de costas
   - 3.2. El criterio subjetivo de imposición de costas
4. La condena en costas
   - 4.1. La condena en costas conforme con el criterio objetivo
     - 4.1.1. La regla general de imposición de costas: por su orden
     - 4.1.2. La excepción a la regla general: el vencimiento de una de las partes en el pleito
     - 4.1.3. Las excepciones a la excepción: otra vez costas por su orden
   - 4.2. La condena en costas conforme con el criterio subjetivo
   - 4.3. El contenido de las costas
   - 4.4. Los alcances subjetivos de la condena en costas
   - 4.5. La naturaleza de la obligación de pagar costas
5. El cobro de las costas

1. EL PROBLEMA

Ya adelantamos en la Lección 12 que el ideal de gratuidad del servicio de justicia, que se halla entronizado en el mundo moderno, no se corresponde con lo acaecido en épocas pasadas y con lo que ocurre en algunos de los países de Latinoamérica, particularmente en la Argentina: muchas veces se ha encarecido severamente el *acceso al proceso* como forma de disminuir un elevado índice de litigiosidad. Tal vez en la Argentina el tema no pase por ese meridiano, sino por el del enorme y permanente

apetito voraz del Fisco, que siempre encuentra un nuevo filón para alimentar sus arcas, a disposición de los caprichos de los políticos de turno.

Tan importante es el problema que gran número de constituciones políticas de la actualidad aseguran un efectivo servicio de justicia económico a fin de no vedar a los particulares el auxilio judicial por carencia del dinero necesario. Y es que una constatación incuestionable inicia cualquier planteo sobre el tema: *todo proceso insume gastos.* Y ello no puede evitarse jamás, como no puede soslayarse el coste de cualquier servicio brindado por el Estado a la comunidad. De ahí que el problema que genera el tema en estudio no pasa por determinar la mayor o menor onerosidad del proceso, sino por decidir de manera equitativa *quién debe hacerse cargo de ella.*

Por supuesto, la respuesta es también alternativa: los propios litigantes (beneficiarios directos del servicio) o el conjunto de la comunidad (beneficiarios eventuales). Para decidir al respecto, bueno es presentar diferenciadamente las dos aristas que se ven con facilidad sobre el tema: el coste del servicio y el de la defensa.

2. EL COSTE DEL SERVICIO

El mantenimiento del servicio tribunalicio insume importante erogación del Estado, en cuyo presupuesto se prevén anualmente las partidas correspondientes a la retribución de los servicios que prestan al efecto los jueces de todas las instancias y los funcionarios y numerosísimos empleados que los secundan en la realización de las tareas de procesar, sentenciar, cautelar y ejecutar lo sentenciado. Además, las previstas para solventar los gastos propios del normal funcionamiento de los tribunales: luz, teléfono, computadoras, máquinas, papel, lápices, etcétera.

Estas tareas y servicios deben ser solventadas *sólo* por el Estado que, en tren de cumplir el objetivo constitucional de *afianzar la justicia*, debe contar con presupuesto adecuado al efecto y no entorpecer el ingreso al proceso imponiendo para ello gabelas que resultan ser más altas cada año

que pasa. En este estado de cosas, el coste del ingreso al proceso es carísimo en muchas partes. Y es asaz claro que ello debe ser revertido para no hacer ilusoria la más importante garantía constitucional protectora de la libertad y de los demás derechos otorgados por la carta magna. Por si ello fuere poco, la norma contenida en el artículo 2 de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* impone a los Estados-Partes la obligación de adoptar en sus ordenamientos jurídicos internos las normas necesarias para hacer efectivos los derechos y garantías establecidas en ella: "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter" (art. 8 de la Convención).

Dejando de lado esta parte del coste tribunalicio, queda todavía otro muy importante y que es el que insume la defensa de los intereses particulares, máxime cuando el propio Estado exige –con muy pocas excepciones– la representación abogadil para litigar en juicio.

3. EL COSTE DE LA DEFENSA: CRITERIOS

Ya se dijo recién que un pleito requiere la presencia de abogados y procuradores que actúan percibiendo honorarios en concepto de retribución de sus servicios. Y, salvado el coste institucional a cargo del Estado, parece claro que tal retribución debe ser afrontada por el propio particular que busca la mejor defensa para sus intereses en litigio. En este orden de ideas, y sin perjuicio de lo que luego se dirá, adelantamos que se entiende por *costas* la suma de erogaciones que debe afrontar toda parte como consecuencia de intervenir en un proceso judicial o arbitral.

Aunque se discute cuál debe ser el contenido de esas *erogaciones*, habitualmente se incluye en ellas a los impuestos y tasas judiciales, a los honorarios de los abogados, procuradores y peritos coadyuvantes en la defensa de los intereses en litigio y todas las derivaciones económicas que

pueden surgir de la producción de los diferentes elementos de confirmación, etcétera. El problema que se plantea a partir de este concepto es el de saber si ese conjunto de erogaciones que cada parte debe abonar en pro de su defensa en juicio, puede ser repetido de quien originó la necesidad de acceder al proceso, cuando él ha resultado perdedor en la pretensión litigiosa. En otras palabras: parece claro –y en cuanto a la intervención de los letrados, por ejemplo– que si un abogado actúa como mandatario de la parte que litiga, ésta debe abonar la retribución que cubra adecuadamente el ejercicio del contrato de mandato. A la postre, esto es sólo el cumplimiento de elemental obligación de todo mandante: la de abonar al mandatario lo actuado en virtud del convenio.

Distinto es el caso cuando se trata de establecer si ese pago puede ser repetido de otro litigante, particularmente de quien ha perdido el pleito. Para ello, es menester *generar en él una obligación civil* que no tiene su origen en el *contrato*, sino en otras fuentes de las obligaciones: o la propia *ley* o la *culpa* o el *dolo* (incardinando el tema en fuente que no es el contrato ni la ley: delito o cuasidelito). Y eso es, precisamente, lo que hace todo juzgador (los jueces de cualquier grado o instancia, los conjueces, los árbitros y los arbitradores) cuando *impone costas*: genera una obligación inexistente hasta ese momento, y que muestra un deudor, un acreedor y una prestación de dar suma de dinero que se establecerá al tiempo de regular los honorarios del caso. Además, y esto es obvio, debe tener una *causa*: y eso es, precisamente, lo que lleva a la consideración del punto que sigue.

Para establecer un *sistema de imposición de costas*, el legislador debe partir de una regla general obvia de toda obviedad: *cada parte procesal debe pagar de su peculio sus propias costas y la cuota proporcional que le corresponde en las comunes*[139]. A estos efectos, son *costas propias* las que

139 Ya se verá luego en el texto que no es esto lo que ha ocurrido, por ejemplo, en el Cpcn ni en los demás que lo han tenido como norte, en los cuales se establece que la *regla general* es la de que *el vencido paga las costas*. Con lo que el tema queda sin solución cuando, por ejemplo, no hay vencimiento, toda vez que no hay regla anterior a la cual ocurrir. Esto es claro ejemplo de una mala normación, que revela que el respectivo texto no fue escrito por un abogado en ejercicio...

se producen con motivo de la actuación individual de cada uno de los litigantes y son *costas comunes* las producidas por la actividad conjunta de ellos o del órgano judicial, cuando procede de oficio (por ejemplo, medidas para mejor proveer).

Y, ahora, para que el juez pueda efectuar la correspondiente imposición, el legislador normará el tema con criterios diferentes según la posición que muestre frente a la fuente de obligación que elija al efecto: ordenará la aplicación de un criterio que puede ser *objetivo* (las costas las paga siempre quien pierde pues así lo dispone la *ley*) o *subjetivo* (tal fuente es la *culpa* –o el dolo– como generadoras de la responsabilidad que explica el tema) y que, luego se verá, muestran diferentes contenidos y argumentos para sostenerlos. Pero lo que debe quedar en claro es que, sistémicamente, no pueden juntarse ambos criterios, pues son claramente antagónicos. Veamos seguidamente el tema.

3.1. El criterio objetivo de imposición de costas

Este criterio parte de la idea de *plena reparación* que preside toda indemnización de carácter civil (Ccc, art. 1738) y muestra un exacto y adecuado sentido de justicia: si quien debe litigar judicialmente para lograr la declaración o la constitución de un derecho y, a veces, la obtención de una condena a realizar alguna prestación, ha de hacer frente necesariamente a gastos para lograr el acogimiento de la respectiva pretensión, es razonable que obtenga la devolución de ellos. De otra forma no podría haber reparación *plena* ni se preservaría íntegro el derecho acordado en la sentencia dictada con motivo del proceso. Pero atención: este principio del derecho civil ostenta en el caso una clara naturaleza procesal, de momento que su imposición se genera en un proceso y como consecuencia de así disponerlo la ley. Y ello, conforme con antigua enseñanza de CHIOVENDA: "Debe impedirse en lo posible que la necesidad de servirse del proceso para la defensa de un derecho controvertido se convierta en daño para quien se ve constreñido a demandar o a defenderse en juicio para pedir justicia". Y eso es lo que se logra, precisamente, con la imposición de costas que debe soportar el vencido cual simple consecuencia del vencimiento.

Como se ve, se trata de un criterio puramente objetivo: *el que pierde paga*, no importando al efecto las razones que tuvo para resistir la pretensión, pues la regla no sufre ni puede sufrir influencias subjetivas que le harían perder su objetividad. Si bien se mira, es la regla más justa que puede ser imaginada y no deja margen alguno para imponer la arbitrariedad judicial tan en boga actualmente a partir de la actuación al margen de la ley de los jueces decisionistas que pululan por toda América al socaire de los códigos procesales. Claro está que la regla del vencimiento debe tener excepciones también objetivas que han de ser prolijamente establecidas en la ley a fin de evitar situaciones de injusticia notoria. Y con ello, como luego se verá, se arma un sistema coherente y hermético como el que se halla vigente en algunos pocos códigos procesales civiles.

3.2. El criterio subjetivo de imposición de costas

Este criterio parte de la idea de *sanción* que debe sufrir quien ha perdido un pleito, por el solo hecho de haberlo posibilitado, haciendo que el pretendiente necesitara ocurrir al tribunal para lograr la declaración o la prestación que le era negada en el plano de la realidad social y, también, que el resistente debiera hacer frente al litigio para permanecer con su estado de libertad incólume. Por eso es que ya no se habla de *reparación*, sino de *sanción* a quien ha mostrado dolo o al menos *culpa* en el mantenimiento del proceso, por haber actuado en la emergencia con imprudencia o negligencia en el cumplimiento de sus obligaciones.

De gran importancia fue la doctrina francesa del siglo XIX, que puso énfasis en la obligación de responder por los daños y perjuicios en el patrimonio del litigante; conforme con ello, la condena en costas toma cuerpo como resarcimiento basado en la idea de culpa o, mejor aún, en la presunción de culpa emergente de la pérdida del pleito. Con lo cual, nuevamente, no cabe hablar de *reparación*, sino de *sanción*. Y es el que preside la normación uruguaya, por ejemplo (ver su CGP, arts. 58, 59, 60).

Conforme con este criterio, la índole subjetiva del asunto se utiliza tanto *para eximir de costas al litigante vencido como para imponerlas al vencedor*. Fácil es advertir ahora que si la imposición de costas es una sanción que el juez hace a un litigante a base de un criterio puramente subjetivo, es posible que –razonando ahora a partir de su propia subjetividad– crea que el perdedor no merezca la sanción y, así, la obvie. En otras palabras, que *la perdone* y, a consecuencia de ello, no imponga costas al vencido. Con lo cual, los respectivos costes habrán de ser soportados por los diferentes interesados en calidad de mandantes y sin poder repetir de la contraparte lo que deban abonar al efecto por haber litigado. Y todo gracias a ese perdón judicial.

Cabe aclarar ahora que la eximición de costas al vencido sólo alcanza a las que corresponden a las de la parte vencedora, nunca a las propias, que siempre corren a su cargo. Aunque en el fondo subyace en esta tesitura un criterio de justicia que permite premiar, por ejemplo, la razón probable o plausible para litigar, el resultado adverso por un abrupto cambio jurisprudencial o por inusuales dificultades probatorias, etcétera, no puede ser aceptada desde una óptica puramente sistémica. Y es que todo lo que se aparta de la pura objetividad que hemos defendido con tenacidad en el curso de esta obra, facilita grandemente el ejercicio de la arbitrariedad que, entronizada desde hace años en la Justicia argentina, nos ha llevado a la caótica y cuasi terminal situación actual. Por eso es que el abandono del criterio objetivo debe hacerse excepcionalmente, con interpretación altamente *restrictiva* y, en todo caso, explicando adecuadamente el juez la razón por la cual ordena a su arbitrio la eximición de las costas del perdedor a favor del vencedor.

Por todo esto es que explicaremos seguidamente el tema desde la aceptación del criterio objetivo y a partir de la idea que muestra que no necesariamente en la *culpa* debe buscarse la fuente de la imposición de costas: la *ley* es también una de las *fuentes de las obligaciones* y con sólo mencionarla y adjudicarle esa naturaleza a las costas se obvia toda discusión acerca del tema.

4. LA CONDENA EN COSTAS

Ya se explicó antes que cuando el juez *impone* o *condena en costas* a una de las partes procesales, genera en su cabeza una verdadera obligación del derecho civil cuyo cumplimiento puede llegar a ser constreñido por su acreedor. Para lograr este efecto, *debe decirlo expresamente* en una sentencia o en resolución dictada a tal fin. Y para esto utiliza diversos sintagmas, diciendo *impongo las costas a...* o, más simplemente, *con costas.* Caso de no decirlo así, no se genera obligación alguna[140] y, a raíz de ello, cada parte debe soportar el pago de sus propias costas, conforme con la aplicación del contrato de mandato.

4.1. La condena en costas conforme con el criterio objetivo

De acuerdo con este criterio, las leyes que lo aplican establecen reglas y excepciones que no siempre han sido bien explicadas como para conformar plenamente al lector. Intentaremos hacerlo seguidamente.

4.1.1. La regla general de imposición de costas: por su orden

Lo recién dicho en el número anterior, justifica sin más que la *regla general* deba ser siempre la de que cada parte paga las propias costas y la proporción que le corresponda en las comunes, si las hay (Cpcsf, art 250). Para lograr esto, basta con que el juez guarde silencio respecto de la imposición de costas al momento de sentenciar o que exprese en la misma oportunidad uno de los siguientes sintagmas: *costas por su orden* o *sin costas.* Y esto opera siempre e irrestrictamente a menos que haya una primera y clara excepción: que una de las partes haya sido vencida en el pleito, cosa que explicamos a continuación.

---

140 Aunque alguna jurisprudencia piadosa haya sostenido que, si el Cpcn señala como regla general que el vencido debe pagar las costas, no hace falta mención alguna al respecto en razón de que existe una suerte de automaticidad entre los hechos de perder el pleito y de pagar costas. Por supuesto, y más allá de la buena voluntad de los jueces que esto han sostenido, tal tesis constituye un claro y craso error: no hay obligaciones *tácitas* (lo que no se expresa o dice formalmente, pero que se supone o acepta).

4.1.2. La excepción a la regla general: el vencimiento de una de las partes en el pleito

En los códigos que aplican el sistema objetivo antes explicado, siempre que una de las partes haya resultado perdedora en cualquier tipo de pleito, el juez debe imponerle las costas como consecuencia directa e inmediata de ostentar la calidad de *vencido*. Y esto como deber judicial de irrestricto cumplimiento, aunque no haya al respecto pedido alguno de la parte interesada[141]. Si así no lo hace, se abre –para el ganador interesado en conseguir esa condena a su adversario– la posibilidad de plantear una instancia de *aclaratoria* en razón de haberse omitido resolver el tema en la sentencia de que se trate.

Y atención: si así no lo hace y precluye el plazo concedido para ello, *no hay imposición de costas* y, en consecuencia, se aplicará sin más la regla general que enseña que cada parte paga sus propias costas. A estos fines, se entiende por *parte vencida* la que ha obtenido un pronunciamiento judicial totalmente adverso a su posición jurídica en el proceso (para el actor, ello opera cuando se rechaza su demanda; para el demandado, cuando se acoge aquélla integralmente). Y para la aplicación del concepto, no cabe tener en cuenta para nada la calidad que inviste la parte perdedora ni la índole de las cuestiones debatidas (no interesa para todo esto si la parte es menor o ausente o el Estado, etcétera).

Finalmente: una aplicación simple de esta regla es la que refiere a los vencimientos recíprocos de las partes en litigio: hay en el caso dos ganadores y dos perdedores. Y cada uno paga las costas del otro en la porción en que perdió, a menos que la reducción de las pretensiones de una de las partes sea relativamente insignificante, en cuyo caso procede la condena total de costas al adversario (la ley no enseña qué es *insignificante*, de donde retoma vuelo el *libre arbitrio* de los jueces...).

141 No siempre es así. Por ejemplo, Cpc de Paraguay, art. 222, exige el pedido expreso de la parte. De donde resulta coherente la frase habitual de *pedir costas en caso de oposición*, la que no se explica en otras leyes.

4.1.3. Las excepciones a la excepción: otra vez costas por su orden

Es posible que, no obstante, mostrar una parte procesal la clara *calidad de vencido*, el juez se abstenga de imponerle costas. A raíz de ello, se aplicará nuevamente la regla general ya varias veces aludida: costas por su orden.

El caso especificado en la ley para que ello ocurra es que la parte vencida se allane oportuna, real, incondicionada y total y efectivamente a la pretensión deducida en la demanda, en cuyo caso se aplica la regla general de costas por su orden, a menos que: a) el allanamiento se produzca luego de haberse configurado *la mora del deudor* allanado, en cuyo caso se aplica la regla del vencimiento y el allanado paga las costas no obstante su allanamiento oportuno, etcétera; o b) que el allanado *haya dado lugar a la reclamación* a la cual se allanó, en cuyo caso se aplica la misma regla del vencimiento. Y todo esto es suficiente para que el sistema funcione y bien. Como se verá, nada queda sujeto a la voluntad ni a eventual capricho del juez: la situación especificada en la ley se presenta o no. Y de ello depende que se aplique una regla o la otra. Así de fácil.

4.2. La condena en costas conforme con el criterio subjetivo

Presentado ya el contenido de la condena en costas conforme con el criterio objetivo, único que tolera construir un verdadero sistema al respecto, toca ahora explicar, aunque someramente, lo que ocurre en el mismo tema cuando se aplica el criterio subjetivo que permite la *eximición de costas.* Para ello se han pergeñado algunos estándares jurídicos que dicen todo y nada dicen. Como de costumbre en estas cosas. Por ejemplo, se estila desde antaño eximir de costas cuando el juez considera que hubo en el caso: a) una *razón plausible para litigar*; b) *extrema complejidad en la cuestión jurídica*, o por inexistencia de precedentes adecuados en la jurisprudencia acerca de la materia de que se trate, o por la existencia de fallos contradictorios sobre el tema, o por la novedad del caso planteado, o por no estar resuelto expresamente en la ley, etcétera; c) *cuestiones fácticas complejas* que pueden inducir a error a los litigantes o que son de

difícil prueba o d) *existencia de una verdadera temeridad* en la conducta de alguna de las partes, por lo cual debe ser sancionada, etcétera.

Si se analiza cada uno de los supuestos y se piensa en un ejemplo cualquiera alrededor de todos ellos, se encontrará que siempre se halla alguna de tales circunstancias en la casi totalidad de los pleitos que se libran en los tribunales. De ahí que, una vez más, quepa apartar todo criterio subjetivo de la materia de costas para obviar el caos jurisprudencial que existe en la actualidad y que es imposible desconocer apenas se repare en el contenido de cualquiera colección jurisprudencial. En este orden de ideas, y yendo más allá en el criterio sancionatorio, hay veces que los mismos códigos disponen la imposición de costas al propio *vencedor*. Claro es que esto ocurre en excepcionalísimas situaciones, tal como el caso de *pluspetición*, legislado habitualmente en todos los códigos y algunos otros casos muy puntuales que, por no ser corrientes, consignaremos luego en el texto.

Incurre el actor en *pluspetición* al demandar el cumplimiento de una prestación de dar cantidades de cosas o de dinero, cuando pretende más de lo que le corresponde percibir conforme con el derecho que alega. Pero, al menos en doctrina, no basta esta sola circunstancia objetiva para que quepa sin más la condena en costas al actor, aunque gane por la porción a la cual tiene derecho. Por lo contrario, es menester que el demandado –al contestar– se allane al pago de la suma de dinero que, a la postre, coincida con la otorgada al actor mediante la sentencia, salvo que el valor de la condena dependa legalmente del arbitrio judicial (determinación del valor del daño moral, por ejemplo), o de dictamen de peritos, o de rendición de cuentas a hacerse oportunamente o, finalmente, que la reducción por la sentencia de la pretensión deducida sea inferior a un vigésimo de lo reclamado.

No todas las leyes siguen estrictamente con este más que razonable patrón: por ejemplo, Cpc de Paraguay no exige la importantísima circunstancia del allanamiento del demandado y de su correlación con el monto acordado por la sentencia. Y como ello genera numerosas y gravísimas

injusticias, alguna jurisprudencia ha intentado paliar el problema, aunque con relativo éxito pues se sabe que una golondrina no hace verano.

Cabe hacer final referencia a casos muy puntuales en los cuales invocadas y defendidas razones de justicia hacen que el ganador del pleito deba asumir el pago de las costas. Los supuestos son: a) iniciación tardía de pretensión de repetición de lo pagado en juicio ejecutivo; b) allanamiento del demandado a la demanda *anticipada* de juicio de desalojo sin estar vencido aún el plazo contractual; c) el de la defensa del perdedor en juicio de usucapión seguido contra propietario desconocido. La circunstancia apuntada hace menester la designación de un defensor *ad hoc* del propietario rebelde que, por carecer de toda posibilidad de recibir instrucciones al respecto, debe cumplir el deber legal de negar puntualmente todos los hechos fundantes de la pretensión a fin de provocar el contradictorio y la producción de la prueba que los confirme. Dentro de ese mismo deber, tendrá que recurrir toda resolución adversa a los intereses de su representado, generando así más honorarios. Ello motivó que el maestro COUTURE se ocupara del tema y generara una categoría diferente de imposición de costas: en razón del *beneficio obtenido con el resultado del proceso.* Hoy creo que la idea, aunque eventualmente justa, no puede integrar un sistema objetivo cual el del vencimiento. Que el ganador deba adelantar los gastos de la defensa del ausente, es cosa diferente a que deba oblarlos exclusivamente y sin más en lugar de éste que, a la postre, ha dado lugar al juicio con su propio desinterés por la cosa usucapida; d) el del *jus superveniens*: promediando los años '70 se puso de moda en el país una tendencia jurisprudencial con fuerte basamento doctrinario llegado desde Italia. A la sazón, se encontraba vigente la corriente que enseñaba que el contenido de la sentencia no debía apartarse ni un ápice de la *litis contestatio* porque precisamente ella formaba la relación sustancial que debía ser objeto del juicio. De tal forma, el debate quedaba conformado en ese momento y las circunstancias fácticas aparecidas posteriormente no podían alterarlo. Esta tesis, que se aplicaba irrestrictamente tanto a la legitimación en la causa como al interés para obrar, perdió vigencia a partir de la aceptación de actuar el juez en la sentencia un *derecho sobreviniente.*

Empezó a aceptarse, entonces, la existencia de un *jus superveniens* para indicar que, si andando el pleito y por acontecimiento sobrevenido después de la traba de la *litis* se modificaba una situación de hecho vigente al tiempo de la contestación de la demanda, también quedaba modificada y sin más la correspondiente situación de derecho (por ejemplo, la muerte o incapacidad sobreviviente del sujeto).

Detallándolo concretamente, se decía que "la aplicación rigurosa del principio de que la ley debe actuarse siempre como si fuese en el momento de la demanda llevaría a dos consecuencias prácticas: a) que el juez no debería tener en cuenta los hechos extintivos del derecho, posteriores a la presentación de la demanda y b) que no debería tener en cuenta los hechos constitutivos del derecho y de la acción posteriores a la demanda. De este rigor en ambas aplicaciones hay huellas en el Derecho Romano clásico. En el Derecho Moderno, tal rigor se encuentra sin embargo amortiguado por el principio de la economía de los juicios. Consecuentemente, el juez falla tanto si: a) absuelve al demandado si el derecho se ha extinguido durante el litigio. En este caso, no pudiéndose declarar infundada la demanda, la absolución está motivada por la extinción de la materia de discusión y b) acoge la demanda si el hecho se ha verificado durante el litigio (*jus superveniens*). En este caso, es necesario, sin embargo, que no se trate de demanda nueva según los principios de la identificación de las *acciones*" (debe leerse *pretensiones* en la terminología de la moderna doctrina procesal): la prohibición, por consiguiente, de cambiar la demanda durante el transcurso del litigio y, por lo tanto, de cambiar la *causa petendi*, no excluye que pueda ser hecha valer una causa *superveniens*, cuando ésta sea o se relacione directamente con el mismo hecho jurídico que fue afirmado existente en la demanda judicial y que en aquel momento no existía todavía; así: en la reivindicación, la posesión del demandado; en la acción hereditaria, la muerte del *de cujus*; la necesidad en la demanda de alimentos y casos semejantes. En todos estos supuestos, las costas del litigio deben recibir una regulación especial".

Aplicando tales conceptos, se acogió jurisprudencialmente la tesis –aún vigente– que enseña que "si una pretensión resulta admisible

a causa de un hecho ocurrido con posterioridad a la contestación de la demanda, debe ser acogida, pero las costas han de imponerse de acuerdo con el estado de la *litis* al momento de su traba".

Muchas de estas ideas se presentan, por ejemplo, en el Cpcsf, pero sólo excepcionalmente, que consagra minuciosamente reglas que pueden ser consideradas aceptables pues si bien actúan en función de *costas sanción* y no de *costas reparación*, lo hacen en supuestos muy puntuales y en modo alguno toleran que el juez pueda eximir de costas a su omnímoda voluntad. Las vemos a pie de página[142].

142 Armonizando el sistema de imposición de costas que surge no sólo del título del caso, sino también de diversas normas que refieren a ellas y que se encuentran dispersas en el Cpcn, pueden formularse las siguientes reglas que considero útil de mostrar al lector:
1ª regla (general): Las costas se soportan por su orden; salvo
2ª regla: que haya un vencido, en cuyo caso las soporta éste; salvo
3ª regla: que el vencido se allane idóneamente, en cuyo caso se aplica la 1ª regla; salvo
4ª regla: que el allanamiento sea inidóneo (por extemporáneo), en cuyo caso se aplica la 2ª regla. Sin embargo, el allanamiento extemporáneo puede ser idóneo si se funda *exclusivamente* en documentos presentados tardíamente por el actor, en cuyo caso se aplica la 1ª regla; salvo
5ª regla: (sólo respecto de la 3ª regla, no de la 4ª) que el allanado estuviera en mora *antes* de la iniciación del proceso o diera lugar a la *reclamación*, en cuyo caso se aplica la 2ª regla; salvo
6ª regla: que el allanamiento sea en juicio ejecutivo, donde para ser idóneo requiere ser *efectivo* (pagando lo reclamado), en cuyo supuesto se aplica la 1ª regla.
7ª regla: Aun sin ostentar *carácter de vencido* (o, a veces, la calidad de parte procesal) el Cpcsf establece diferentes imposiciones de costas en varios casos particulares. Así, v. texto de los arts. 42, 43, 58; 137, 155, 185, 198, 229, 251, 3), 241, 286, 325, 497, 506, 559, 612, 684 y 685.
8ª regla: Aun ostentando el carácter de *vencedor*, el actor carga con las costas en casos especiales: a) cuando incurre en plus petición al demandar (se pide más de lo que corresponde), con la condición precisa de que el contrario se allane a la reclamación hasta el límite establecido en la sentencia, salvo que el valor de la condena dependa *legalmente* del arbitrio judicial, de dictamen de peritos, de rendición de cuentas o que la reducción de la pretensión sea inferior a un vigésimo (5 %), en cuyo caso se aplica la 2ª regla; b) cuando repite lo pagado en virtud de sentencia ejecutiva, si incoa la demanda después de cuatro meses de ejecutoriada aquélla; c) cuando el demandado se allana tempestivamente en demanda anticipada de desalojo.
9ª regla: Caso de *vencimientos recíprocos*, las costas se compensan o se distribuyen proporcionalmente al éxito obtenido salvo que la reducción de una pretensión vencida sea relativamente insignificante, en cuyo caso se aplica la 2ª regla.

4.3. El contenido de las costas

No todas las leyes procesales establecen cuál es el posible contenido de la condena en costas, con lo cual el tema es nuevamente contingente y librado a la elaboración de la jurisprudencia. Como es obvio, con ello se carece de toda seguridad jurídica en cuanto al tema, que muestra obvia importancia: se trata, nada menos que de saber con precisión qué es lo que debe ser abonado al vencedor en pleito *cuando el vencido debe pagar las costas.*

Algunos códigos diferencian el posible contenido de la condena y lo clasifica en *costas* y *costos*. Por ejemplo, CGP de Uruguay, artículo 56, establece lo siguiente: "La sentencia definitiva impondrá condenación

---

10ª regla: Por no haber *vencimiento objetivo*, las costas se distribuyen por su orden (1ª regla) en: a) la declaración de perención de la primera instancia; b) el incidente de arraigo, cuando el demandado desiste de su incidencia después de rendida la prueba de la solvencia del actor; c) el incidente de pobreza, cuando el demandado no se opone a la pretensión del actor; d) el juicio oral, cuando ambas partes no concurren sin justificación a la audiencia de vista de causa...

11ª regla: En caso de *declaración de nulidad* las costas las carga el sujeto (partes o juez) que la causó.

12ª regla: El Cpcsf reitera el sistema del vencimiento (1ª regla) especialmente en: a) el caso de que el condenado a no hacer quebrante su obligación, respecto del coste necesario para reponer las cosas a su estado anterior; b) el caso de que el condenado a hacer o a escriturar no lo haga tempestivamente, respecto del coste necesario para la recepción de la obligación o el otorgamiento de la escritura; c) el caso de acreedores que iniciaron o continuaron el trámite de declaratoria de herederos cuando triunfan en sus pretensiones contra la masa.

13ª regla: No obstante, la exención de pago de gastos judiciales que tiene todo establecimiento público de beneficencia, personas jurídicas que se dedican a obras de caridad y quienes han obtenido carta de pobreza, deben abonar las costas en caso de ser condenados si tienen *bienes con qué hacerlo*. Si el pobre vence en el pleito debe pagar las costas causadas por su defensa hasta la concurrencia de la tercera parte de los valores que reciba, al igual que si caduca su calidad.

14ª regla: Los funcionarios del ministerio público no responden personalmente por las costas causadas por su intervención.

15ª regla: Aunque el Cpcsf no refiere al tema, tanto la doctrina como la jurisprudencia son uniformes en cuanto a la condena en costas en caso de convalidación del derecho, operada después de la demanda (*jus superveniens*) o de extinción del derecho, en las mismas condiciones (*omnia indicia esse absolutoria*): se imponen conforme con la situación jurídica imperante al momento de demandar.

en costas, en costas y costos o declarará no hacer especial condenación, según corresponda, con arreglo a lo dispuesto por el Cc, artículo 688[143]. Se consideran *costas* todos los tributos, incluido el del pago de la vicésima, así como los honorarios de los peritos, depositarios, tasadores y demás auxiliares del tribunal. Se consideran *costos* los honorarios de los abogados y de los procuradores".

En forma diferente, Cpcn, art. 77 legisla al respecto: "La condena en costas comprenderá todos los gastos causados u ocasionados por la sustanciación del proceso y los que se hubiesen realizado para evitar el pleito mediante el cumplimiento de la obligación. Los correspondientes a pedidos desestimados serán a cargo de la parte que los efectuó u originó, aunque la sentencia le fuere favorable en lo principal. No serán objeto de reintegro los gastos superfluos o inútiles. Si los gastos fueren excesivos, el juez podrá reducirlos prudencialmente [...]".

Más allá de una excesiva subjetivación que la ley hace respecto del tema y de la inédita y constante fuente de nuevos litigios que desde ya genera su contenido, lo cierto es que parece razonable la amplitud de trato que le otorga, aunque con las salvedades que acabo de criticar.

4.4. Los alcances subjetivos de la condena en costas

Parece obvio recalcar que todo lo hasta aquí explicado acerca de la condena en costas alcanza exclusivamente –y así debe ser– a las partes que litigan (no importa si son principales o permanentes y accesorias o

143 Que dice: "*Art. 688. CC Uru.* El juez, en el caso de juzgar contra el demandante, debe de absolver al poseedor; y si juzga contra éste, debe mandar que restituya la cosa que es objeto de reivindicación con sus frutos y accesiones. Puede el Juez no hacer condena especial en costas o imponerla al vencido y aun condenarlo en costas y costos, según estime que aquél litigó con alguna razón o por culpable ligereza o por malicia que merezca la nota de temeridad, sin perjuicio de lo que dispone la ley procesal. Se consideran costas todos los tributos, incluido el del pago de la vicésima, así como los honorarios de los peritos, depositarios, tasadores y demás auxiliares del tribunal. Se consideran costos, los honorarios de los abogados y de los procuradores" (Redacción hecha por ley 16.603 del 19.10.94. para adaptar el texto original al *Código General del Proceso*).

transitorias) y no a otras personas que no revisten la exacta calidad de demandante o de demandado: particularmente quienes actúan como representantes legales, abogados, procuradores, defensores de oficio o funcionarios judiciales a quienes les toca una actuación promiscua. Este concepto de *litigante* comprende ajustadamente a los integrantes del Ministerio Fiscal cuando actúan como partes principales y no como adjuntas. No hay razón alguna para eximir de costas a un Fiscal cuando se rechaza su pretensión punitiva mediante, por ejemplo, la absolución del imputado.

Volviendo a las partes procesales: no importa si se utiliza al efecto el criterio de *reparación* o el de *sanción*; siempre es un litigante que repara a otro o uno que es sancionado por el mal que le causó al otro. No obstante esta obviedad, alguna de las leyes inquisitoriales que nos gobiernan desde antaño, dando una vuelta más de tuerca respecto de la obligación de litigar con buena fe, ha extendido la condena en costas a los abogados de las partes (Cpcn, art. 52).

Cosa similar ha hecho alguna jurisprudencia que no tendría que repetirse y, en ciertos casos, extendiendo la posibilidad de condena en costas a peritos que han defendido su peritaje ante la impugnación de una de las partes o a un testigo que ha pretendido una reparación de sus gastos de traslado al tribunal al cual debía concurrir para declarar.

4.5. La naturaleza de la obligación de pagar costas

Comenzamos el tema recordando que, civilmente y entre otras clasificaciones que no sirve citar a estos efectos, las obligaciones pueden ser *principales* o *accesorias*.

Antigua jurisprudencia ha otorgado a la *condena en costas* la misma exacta naturaleza de la *condena al pago de intereses*, con lo cual ha sostenido invariablemente su accesoriedad respecto de la obligación principal de pagar una suma de dinero. Y no se ha reparado en que, por ejemplo, cuando recae una condena en costas respecto de una pretensión constitutiva o meramente declarativa, no hay obligación alguna a la cual la

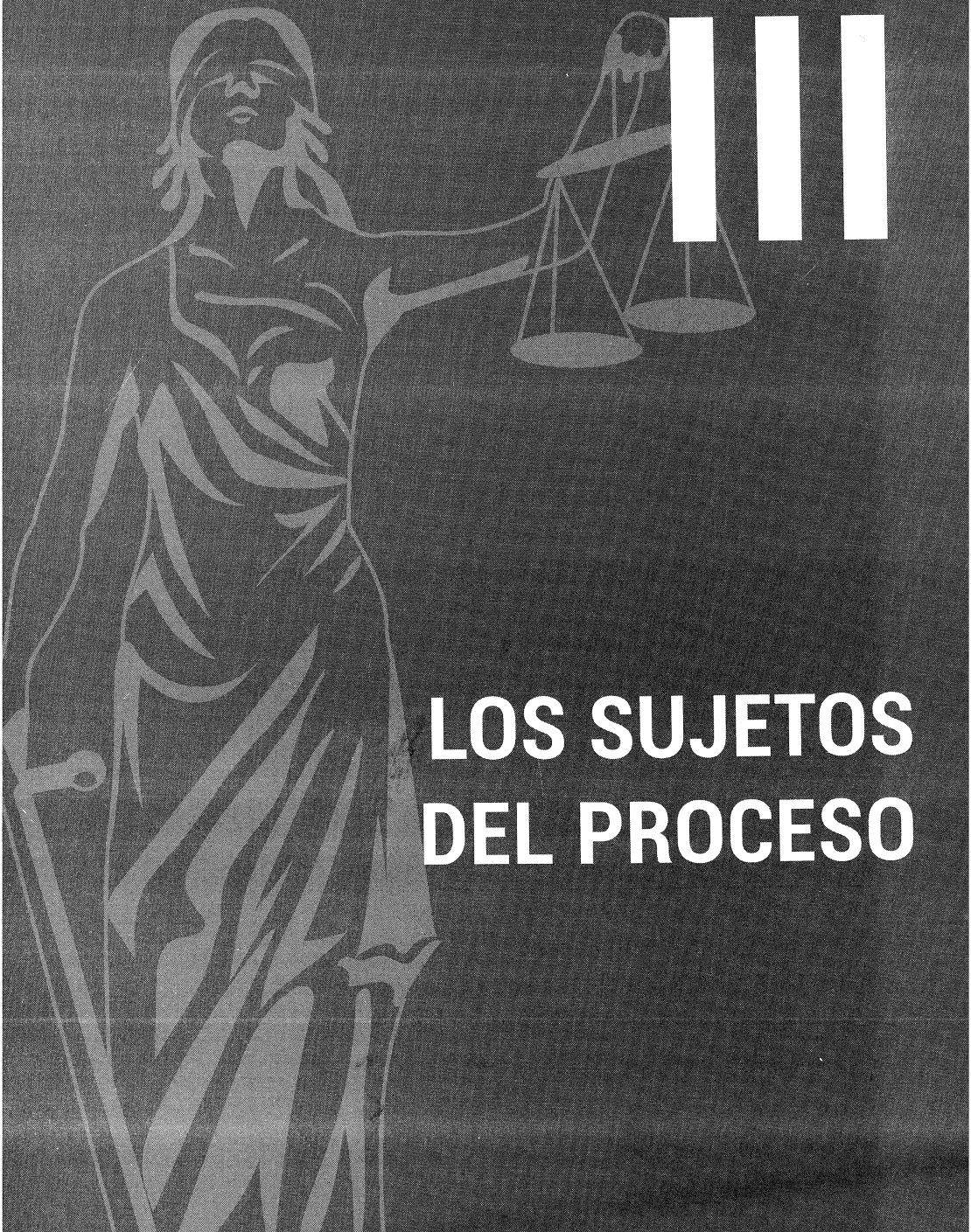
obligación de costas pueda acceder. Lo que, por sí solo, debe abatir esta tendencia interpretativa. Todo esto no surge de la ley, sino de alguna corriente jurisprudencial que se ha convertido en mayoritaria con el correr de los años.

El tema se vincula estrechamente con la posibilidad de apelar una imposición de costas contenida en sentencia que es intrínsecamente inapelable, por así disponerlo la ley pues, de ser las costas *accesorias de lo principal*, ellas devienen también en inapelables por simple aplicación lógica de los conceptos. Pero esto es grave error que, a más de reñir con elemental sentido de justicia, produce daños que muchas veces son definitivos por irreparables: cuando ha mediado error en la condena o se han regulado honorarios excesivos que no hay norma alguna que los autorice, el nuevo deudor a causa de la condena en costas carece de toda oportunidad de que un tribunal controle lo actuado al efecto por el juez inferior. Y, por cierto, contra expresas disposiciones de pactos internacionales que reclaman siempre la posibilidad de tal control en cuanto a los hechos y al derecho. En nuestra vida judicial nos ocupamos del tema y, por supuesto, propiciando la apelabilidad de toda suerte de imposición de costas, por no aceptar la posibilidad jurídica de que puedan ser consideradas *accesorias* de nada.

5. EL COBRO DE LAS COSTAS

En la Lección 26 se verá que la liquidación de costas puede ser percibida por la vía de apremio o de la de ejecución de sentencia.

UNIDAD III



LOS SUJETOS DEL PROCESO

LECCIÓN 16

LAS PARTES PROCESALES

SUMARIO

1. El concepto de *parte procesal*
2. Las calidades esenciales del concepto de *parte*
3. La capacidad de la parte procesal
4. La clasificación de las partes procesales
5. La legitimación de las partes procesales
6. Las modificaciones en la posición de parte
   - 6.1. La transformación en la posición de la parte
   - 6.2. El reemplazo de los sujetos que ocupan o que deben ocupar la posición procesal
     - 6.2.1. La sucesión procesal
     - 6.2.2. La sustitución procesal
7. La pluralidad de partes y el fenómeno que origina
8. El litisconsorcio
   - 8.1. El concepto
   - 8.2. La clasificación del litisconsorcio
     - 8.2.1. La relación litisconsorcial
       - 8.2.1.1. El concepto
       - 8.2.1.2. Los efectos de la relación litisconsorcial
     - 8.2.2. La relación litisconsorcial necesaria
       - 8.2.2.1. El concepto
       - 8.2.2.2. Los efectos de la relación litisconsorcial necesaria
9. La representación procesal
   - 9.1. La representación legal o necesaria
     - 9.1.1. La representación legal o necesaria de las personas jurídicas
     - 9.1.2. La representación legal o necesaria de las personas humanas
   - 9.2. La representación convencional o voluntaria
10. La gestión procesal
11. Los sujetos del procedimiento y del proceso penal
    - 11.1. Los acusadores
      - 11.1.1. El ministerio público fiscal

11.1.2. El querellante
11.2. El acusado, reo o imputado penal
11.3. El defensor técnico
11.4. Los juzgadores
11.4.1. El juez
11.4.2. El jurado de conciencia
11.5. La víctima
11.6. El actor civil
11.7. El tercero civilmente demandado
11.8. El asegurador

1. EL CONCEPTO DE *PARTE PROCESAL*

El concepto de *parte procesal* ha variado notablemente en el tiempo, acompañando la evolución doctrinal del derecho procesal. La idea que tradicionalmente se tuvo sobre el tema era correlativa del concepto de *acción procesal* concebida como un *derecho concreto* (v. Lección 5), no desvinculado del derecho material que, por medio de su ejercicio, se hacía valer o se discutía en pleito. De tal forma, para la antigua concepción, el vocablo procesal *parte* configuraba un concepto equivalente al de *parte de la relación jurídica material litigiosa.* Tan antigua idea debió ceder a poco que se tipificara a la acción como un derecho *abstracto* (por oposición a *concreto*), sin vinculación alguna con el derecho material cuya existencia se pretendiera en el proceso. Y es que la vida jurídica enseña que no siempre quien litiga es titular del derecho material cuyo señorío afirma.

Para advertir la veracidad de este postulado, suponga el lector que Juan ha vendido una cosa a Pedro y que éste no saldó su precio. Juan pretende el pago y Pedro lo resiste: se ha configurado el *conflicto* en el plano de la realidad social. Como no existe solución autocompositiva al respecto, ahora Juan demanda judicialmente a Pedro, afirmando que éste le debe el precio de la compraventa: ya se ha visto en la Lección 1 que esto constituye el *litigio.* Si bien se mira, los *sujetos-partes del conflicto* (Juan vendedor-Pedro comprador) coinciden con los *sujetos-partes del litigio* (Juan demandante- Pedro demandado); en otras palabras, y a tenor de

lo que sostiene la doctrina generalizada, las *partes de la relación material* se han convertido ahora en *partes de la relación procesal.* Pero la experiencia jurídica enseña incontrovertiblemente que Juan puede creer –de buena fe– que le vendió a Pedro cuando ello no ocurrió en la realidad. De tal modo, el conflicto no ha aparecido en el plano de la realidad[144]. Sin embargo, Juan puede afirmar su existencia en el plano del proceso. Y aún más: sabiendo Juan que carece de toda relación con Pedro, decide demandarlo afirmando, por ejemplo, la existencia de una compraventa incumplida: al igual que en el caso anterior, tampoco aquí existe conflicto y, sin embargo, en ambos supuestos *hay litigio.* De donde ya puede colegirse que existen relaciones nacidas con motivo del proceso que no se encuentran necesariamente precedidas por una relación material en estado de conflicto. En otras palabras, no siempre existe plena coincidencia entre los sujetos que litigan (partes procesales) y los sujetos de la relación cuya existencia se afirma en el proceso (partes materiales).

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

2. LAS CALIDADES ESENCIALES DEL CONCEPTO DE *PARTE*

El concepto vertido en el número precedente permite al lector advertir tres calidades esenciales de toda parte procesal: a) *en todo proceso las*

144 La existencia de un conflicto depende de un acto voluntarista que no depende de que *se tenga o no derecho*, pues también juegan en su aparición *intereses* encontrado, *juegos de poder* y las percepciones e interpretaciones que cada quien pueda tener sobre todo ello.

partes deben ser dos: el pretendiente y el resistente en el afirmado conflicto, el actor y el demandado (en el campo civil) o el acusador y el reo o imputado (en el campo penal). No importa a este efecto cuántas son las personas que actúan (una o varias en cada sector): siempre ocupan *dos posiciones* o *bandos.* Esta calidad se conoce doctrinalmente con la denominación de *dualidad* del concepto de parte y es la consecuencia natural de la idea *de acción procesal*, que *siempre* es una instancia *necesariamente bilateral*; b) en *todo proceso las posiciones duales deben hallarse enfrentadas, exhibiendo un claro antagonismo entre los sujetos* (*gente o ente*) *que las ocupan*: esta característica es propia y, además, natural consecuencia de la idea lógica de proceso ya explicada largamente en la Lección 12. Recuérdese que no hay ni puede haber proceso cuando varios sujetos están inicialmente de acuerdo entre ellos; c) *en todo proceso las partes deben hallarse en pie de perfecta e irrestricta igualdad.* A esta calidad ya nos hemos referido en la Lección 12, correspondiendo ahora insistir particularmente en idea ya varias veces sostenida en esta obra: por ser el proceso el objeto al que tiende la acción procesal y, a su turno, por tratarse ésta de una instancia necesariamente bilateral, las partes deben ser *siempre duales* , *antagónicas* e *iguales* pues de lo contrario no se presenta en el caso la idea lógica de proceso y, por ende, se estará ante un simple procedimiento incapaz de lograr los efectos propios de aquél. De esta característica se extrae que a ambas partes ha de acordarse siempre la posibilidad de hacer valer las afirmaciones, negaciones, confirmaciones y alegaciones que sean menester en orden al litigio operado entre ellas, a fin de que una pueda contradecir a la otra. Tal es la razón por la cual se conoce doctrinalmente a esta calidad con la denominación de *contradicción*, a la cual ya se ha mencionado como regla procesal en la Lección 13.

Resta agregar que, conforme a diversos criterios (el tipo de procedimiento adoptado para procesar una pretensión, o las contingencias procedimentales de alguna de las etapas del proceso, o el contenido de la materia litigiosa), es habitual denominar a las partes con otros nombres corrientes en la jerga forense: *ejecutante* y *ejecutado*, *recurrente* y *recurrido*, *apelante* y *apelado*, *embargante* y *embargado*, *incidentista* e *incidentado*,

deudor y *acreedor*, etcétera. Pero cabe dejar en claro que ninguna de tales contingencias procesales puede alterar la posición originaria (de actor o de demandado) asumida en el proceso, que no se pierde nunca.

3. LA CAPACIDAD DE LA PARTE PROCESAL

Toda persona que desea actuar procesalmente debe ostentar una *capacidad* que admite ser analizada desde tres ángulos diferentes:

a) *capacidad jurídica para ser parte procesal*

El tema ya ha sido desarrollado en la explicación de los presupuestos de la acción procesal. Sin embargo, cabe reiterar aquí que *toda persona* humana o jurídica tiene este tipo de capacidad por el sólo hecho de serlo. En rigor, el tópico en cuestión analiza la idoneidad o aptitud jurídica que debe tener cualquiera persona para revistar en calidad de parte procesal (o sea, para ser *titular* de los derechos, deberes, obligaciones y cargas que surjan como consecuencia del proceso). Se desprende de lo expuesto que las personas de existencia visible ostentan tal capacidad desde su concepción y hasta su muerte comprobada o declarada, y que las jurídicas (de derecho público o privado) lo son de acuerdo con la reglamentación vigente en cada lugar (habitualmente desde el otorgamiento de la personalidad por acto de autoridad hasta su disolución). Además de lo expuesto, y como simple forma de posibilitar el ejercicio del derecho de defensa en juicio, también ostentan este tipo de capacidad algunos entes que no son propiamente *personas jurídicas* (sociedades irregulares o de hecho) y otras más que ni siquiera son *personas* (una *masa* o *conjunto de bienes* que pueden ser titulares de una relación jurídica litigiosa: herencia vacante, masa del concurso o quiebra). Por supuesto, la actuación de estos entes se encuentra regulada legalmente, estableciéndose que quien litiga por ellos es una persona física legitimada al efecto: curador, síndico, etcétera;

b) *capacidad procesal para actuar personalmente y por sí mismo en un proceso*

El tema fue desarrollado en la explicación de los presupuestos de la demanda judicial (ver la Lección 7). Sin embargo, cabe reiterar aquí que el tópico en cuestión se vincula con la aptitud que debe tener el sujeto (gente o ente jurídicamente capaz) que asume el carácter de parte procesal *para ejercer por sí mismo* los derechos, deberes, obligaciones y cargas que genera todo proceso (la *capacidad de ejercicio*).

De acuerdo con ello, son *incapaces de ejercicio* y, por tanto, *incapaces procesales*: 1) las personas por nacer; 2) las personas que no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente (menores, salvo supuestos de edad y madurez); 3) las personas con capacidad restringida, en la medida de la restricción; 4) las personas incapaces; 5) los condenados a más de tres años de prisión, sin perjuicio de tratarse de norma de interpretación restrictiva y declarada inconstitucional por varios tribunales; 6) los fallidos, para litigar acerca de bienes de la masa, aunque pueden solicitar medidas conservatorias, formular observaciones en el procedimiento de verificación de créditos y hacer presentaciones relacionadas con la actuación de los órganos del concurso.

Por el contrario, son *capaces de ejercicio* y, por tanto, *capaces procesales*: 1) los menores que por su edad y grado de madurez realizan actos permitidos por el ordenamiento; 2) los adolescentes mayores de 16 años por decisiones atinentes a su propio cuerpo; 3) los emancipados (matrimonio antes de los 18 años); 4) los menores con título profesional; 5) las personas con capacidades restringidas; 6) los inhabilitados (sólo por prodigalidad), que actúan con *asistencia* de un *apoyo*.

Adviértase que haciendo jugar al mismo tiempo ambas capacidades ya vistas –la jurídica y la procesal– resulta que todos los recién enunciados están legitimados para ser partes procesales, pero no lo están para actuar por sí mismos en los respectivos procesos (ya que carecen de aptitud para contraer obligaciones). De ahí que el legislador deba superar normativamente tal antinomia, cosa que hace al instituir la *representación necesaria*. Basta recordar que cada incapaz de ejercicio tiene *siempre* un representante necesario que actuará por él en el proceso: los *padres* por el

hijo, el *tutor* por el menor a quien faltan sus padres o ambos son incapaces o están privados o suspendidos de la responsabilidad parental, el *apoyo* por la persona con capacidad restringida, el *curador* por el *incapaz* o el *condenado*, el *síndico* por el fallido, etcétera;

c) *capacidad procesal para postular por sí mismo en un proceso*

El tema fue desarrollado en la explicación de los presupuestos de la demanda judicial (ver la Lección 7). Sin embargo, cabe recordar aquí que, aunque una persona sea *jurídicamente capaz* –y, por ende, pueda ser parte procesal– y *procesalmente capaz* –y, por tanto, pueda litigar por sí misma, sin que sea menester contar con un representante necesario *ad-hoc*– muchas veces las leyes le niegan el derecho de *postular directamente* ante la autoridad, a fin de asegurarle desde la propia norma un correcto ejercicio del derecho de defensa en juicio. Y así, en numerosas ocasiones se exige la asistencia de un *letrado* en calidad de *patrocinante* (o director de la defensa) o de *representante convencional* (mandatario judicial), quien es a la postre el que realiza cualquier exposición técnica ante el juzgador.

Los ordenamientos vigentes que imponen asistencia letrada otorgan: 1) el *pleno* derecho de postulación a quien ostenta título de *abogado*; 2) un derecho *menos pleno al procurador* (que aun cuando puede actuar solo en ciertas ocasiones, precisa de un patrocinio abogadil en muchas otras); y e) excepcionalmente, a la propia parte con capacidad procesal o a su representante necesario.

La nómina de casos que integran estas excepciones es relativa y varía de una legislación a otra; a simple título ejemplificativo, recordamos entre otros a los siguientes: 1) la propia parte puede postular para solicitar la concesión del beneficio de litigar sin gastos, o 2) para lograr alguna medida precautoria, o 3) para contestar requerimientos de carácter personal, o 4) para solicitar el libramiento de orden de pago y recibirla, o el imputado en el caso en que ello no resulte un perjuicio evidente para la defensa, o la víctima para ejercer los derechos de su condición excepto la promoción de querella, etcétera. Cada uno de los casos se explica por sí mismo.

Para terminar este tópico, resta agregar que las remisiones recién efectuadas envían a temas que aparentemente se hallan vinculados sólo con la persona del actor. Sin embargo, lo dicho en tales lugares resulta extensivo al demandado (ver al respecto, la Lección 10).

4. LA CLASIFICACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES

A pesar de su apariencia de simple interés docente o académico, el tema ostenta una clara importancia práctica en razón de que además de las partes que *esencialmente* deben intervenir desde el inicio mismo de todo proceso (actor, demandado y demandado por el reconviniente[145], en lo no penal; acusador público, querellante, imputado o reo, en lo penal), pueden concurrir a éste diversos sujetos con una propia relación vinculada a la litigiosa por el objeto o por la causa o por ambos elementos a la vez, a raíz de lo cual exhiben un *derecho* o *un interés legítimo* para intervenir en el curso procedimental del litigio. En otras palabras: sin ser partes del proceso, pueden llegar a serlo. Pero, además, una parte procesal puede circunscribir su actuación a ciertas y limitadas etapas procedimentales, y tener mayores o menores facultades en orden a la pretensión litigiosa. De ahí que la doctrina admita desde siempre que las partes procesales pueden ser clasificadas en: a) *originarias* e *intervinientes* o *posteriores*. Las primeras son el actor, el demandado y el demandado por el reconviniente. Las segundas son todos quienes concurren voluntaria, provocada o necesariamente a un proceso ya pendiente, sin haber sido siquiera mencionados en la demanda o en la contestación (v. Lecciones 7 y 10); b) *principales* o *primarias*, *accesorias* o *secundarias* y *adjuntas*. Las *principales* o *primarias* son aquellas que sostienen una pretensión propia e independiente de toda otra: actor, demandado, demandado por el reconviniente y ministerio público actuando como parte autónoma, querellante. Las partes *secundarias* o *accesorias* son aquellas que actúan en ayuda de una parte principal, pero sin pretensión propia: tercero asistente (Cpcsf, art. 303). Las *adjuntas* son las que actúan por mandato legal en un proceso ya

145 Adviértase que es persona diferente a la del reconvenido.

pendiente, resguardando el interés social que eventualmente puede estar comprometido en toda cuestión calificada por la ley con el carácter de *orden público*: ministerio fiscal, defensor general en actuación promiscua (*complementaria*, ministerio pupilar; c) *permanentes* y *transitorias.* Las primeras son las que ostentan el carácter de parte durante todo el curso del proceso: actor, demandado y demandado por el reconviniente. Las segundas, también llamadas *incidentales*, son quienes intervienen sólo en determinadas actuaciones procedimentales con un fin preciso e interés limitado a ese fin: terceristas; d) *necesarias* y *voluntarias.* Las primeras son quienes indispensablemente deben participar en un proceso para que éste pueda obtener su objeto y resulte útil para la composición del litigio: actor, demandado, demandado por el reconviniente y tercero interviniente necesario. Las voluntarias son quienes se vinculan espontáneamente al proceso por ostentar una propia relación conexa con la litigiosa: tercero interviniente con pretensión excluyente; e) *simples* y *plurales.* En las primeras, la posición de parte se halla formada por un solo sujeto actuando en el respectivo bando litigante. En las segundas, la posición de parte está integrada por varios sujetos.

5. LA LEGITIMACIÓN DE LAS PARTES PROCESALES

Ya se ha visto en # 1 ["El concepto de *parte procesal*"] de esta Lección que el carácter de *parte* procesal (en rigor, *parte del litigio*) es puramente formal y se adquiere como simple consecuencia de asumir un sujeto el papel de actor o de ser demandado, con total prescindencia de que ostente o no, al mismo tiempo, la calidad de parte material (en rigor, *parte del conflicto*) afirmada como existente con anterioridad en el plano de la realidad social.

Obviamente, para que la sentencia que se emita luego del proceso resulte *esencialmente justa*, lo que allí decida el juzgador acerca del litigio (por simple aplicación de la regla de la congruencia, ver la Lección 12) debe coincidir exactamente con lo acaecido en el conflicto. De tal modo, si éste no existió o no se confirmó su existencia o si quien demandó o fue

demandado es o son personas distintas a las que hubieron de demandar o ser demandadas, la decisión del juzgador debe ser adversa a la pretensión del actor. Resulta así de la mayor importancia saber –en algún momento– si quien adoptó voluntariamente el carácter de parte (actor) o éste le fue impuesto (demandado) es la misma exacta persona que se encuentra en el conflicto llamado a ser heterocompuesto. Como puede apreciarse, no se trata aquí de investigar si el actor o el demandado tienen capacidad jurídica para ser parte procesal, sino si uno o los dos son las personas ante las cuales cabe emitir útilmente la sentencia. A esta cuestión –quién debe ser parte procesal (en rigor, quién debe sufrir o gozar de los efectos de la sentencia de mérito)– en un caso concreto se la denomina desde antiguo *legitimación para obrar* (o *legitimatio ad causam*).

La mayoría de los doctrinarios analiza el tema como vinculado o perteneciente sólo al derecho de fondo –y no al proceso–, por cuya razón lo estudia siempre como un *presupuesto de la sentencia de fondo y mérito* y no como uno de la acción o de la demanda, lo que tiene su obvia importancia. En rigor de verdad, se vincula estrechamente con la deducción útil de una *pretensión*; pero como la decisión al respecto debe ser adoptada en la sentencia, luego de tramitado todo el proceso, se enuncia a este presupuesto como propio de aquélla. Sin embargo, algunas legislaciones muy modernas se apartan de estas líneas de interpretación y autorizan un tratamiento auténticamente procesal al darle el carácter de excepción previa siempre que resulte ser *manifiesta*, es decir que pueda afirmarse sin duda alguna desde el inicio mismo del proceso: que quien demanda no es la persona del acreedor que puede hacerlo o que quien es demandado no es la persona del deudor.

El problema se presenta a menudo: supóngase que Juan demanda a Pedro por el cumplimiento de un contrato creyendo que es su deudor cuando en realidad es un subcontratista de Diego, verdadero deudor. En otras palabras: según la relación jurídica sustancial generadora del conflicto, sólo Pedro está legitimado para demandar y sólo Diego está legitimado para ser demandado, pues ambos son los *titulares del derecho litigioso.* Claro es que podrá demandar Pablo y, por tal razón, será parte procesal

del litigio, pero como no es el auténtico acreedor no está legitimado para obtener una sentencia a su favor (ya que él no fue parte del conflicto).

El problema se complica en extremo a raíz de que en numerosas ocasiones las leyes legitiman a ciertas personas para demandar o ser demandadas a pesar de *no ser los titulares del derecho*: por ejemplo, es obvio que la titularidad del derecho para demandar la nulidad de un matrimonio pertenece a los cónyuges, legitimados al efecto como simple consecuencia de ostentar tal titularidad. Sin embargo, algunas leyes autorizan a que otras personas (por ejemplo, los ascendientes) demanden dicha nulidad y, a veces, a otras más (los descendientes) para intervenir en el respectivo proceso alegando la validez del vínculo. Este ejemplo muestra un tipo de legitimación *extraordinaria* que se conoce con la denominación de *legitimación por categorías*: todos quienes están en la misma *categoría* (de socio, de pariente, de ascendiente, etcétera) pueden actuar procesal y útilmente a pesar de no ostentar en sus personas la titularidad del derecho, que pertenece a otro sujeto. Son, simplemente, *titulares del interés para obrar*.

El tema no es pacífico en la doctrina y los autores le brindan diferentes tratamientos que dan a las palabras usadas en este texto un alcance distinto al que ya les hemos otorgado.

Pero algo queda en claro para el lector: como consecuencia de la enorme amplitud con la cual cabe admitir a la acción procesal, cualquiera puede demandar si afirma en la demanda la existencia de un conflicto en el plano de la realidad social.

Esto no quiere decir que la pretensión aneja a la acción sea estimada sin más al momento de la sentencia, en cuya oportunidad el juzgador debe analizar, por ejemplo, si quien dijo ser acreedor realmente lo es. Y como esta tarea se cumple sólo en la sentencia (salvo que la falta de legitimación sea manifiesta, en el supuesto de las legislaciones que aceptan su tratamiento dentro del proceso) y allí se hace mérito de la calidad jurídica invocada, parece razonable aceptar que el tema no corresponde a la materia procesal, cual lo afirma importante doctrina. Volveremos sobre este tópico al explicar la Lección 23.

6. LAS MODIFICACIONES EN LA POSICIÓN DE PARTE

Habitualmente, actor y demandado permanecen ocupando sus respectivas posiciones antagónicas desde el inicio mismo del proceso y hasta la total ejecución de la sentencia que se emite acerca de la pretensión procesal. Pero el curso del tiempo entre ambos actos –presentación de la demanda y ejecución del bien de que se trate– así como diversas relaciones que vinculan a las partes con ciertos terceros, generan muchas veces varios cambios de sujetos en la posición ocupada por alguno de ellos. Y así es que cabe hablar del tema relativo a este tópico, dividiéndolo en dos supuestos: *transformación* y *reemplazo* de los sujetos que integran la parte procesal.

6.1. La transformación en la posición de la parte

Existe *transformación* en la posición de parte cuando ésta ha sido ocupada inicialmente por un solo sujeto (parte simple) y con posterioridad pasa a ser ocupada por varios (parte compleja) o viceversa.

El primer supuesto se presenta cuando a una de las partes originarias (actor o demandado) se le suma en el curso procedimental por lo menos un sujeto (tercero interviniente coadyuvante) que ostenta una propia relación con alguna de aquéllas que es conexa por la causa con la que se halla litigiosa. Del mismo modo, cuando a base de una relación jurídico-material inescindible no han demandado o no se ha demandado a todos los sujetos que necesariamente deben ocupar la respectiva posición de parte procesal para que la sentencia a dictar sea de cumplimiento *posible* y *útil*. El caso inverso –de compleja a simple– se presenta cuando varios sujetos han demandado o sido demandados conjuntamente y, por una de varias razones posibles, algunos de ellos se retiran del proceso dejando la posición de parte ocupada por un solo sujeto (por ejemplo, algunos coactores desisten del derecho litigioso y uno solo de ellos decide permanecer litigando). La importancia del tema es obvia: cuando varios sujetos se encuentran colitigando en una determinada posición procesal a base de un mismo hecho (supuestos de conexidad causal y de afinidad, ver la Lección 6) existe entre ellos un especial vínculo que hará que ostenten siempre

una *suerte común* respecto del hecho (caso de relación litisconsorcial, ver el # 8.2.1 de esta Lección) o de la conducta que el juzgador les imponga eventualmente cumplir después de sentenciar el litigio (caso de relación litisconsorcial necesaria, ver el # 8.2.2 de esta Lección). De tal modo, el juzgamiento no es igual en los distintos supuestos y eso debe ser tenido en cuenta por el juzgador al momento de sentenciar. El tema se comprenderá luego de conocer los efectos de la relación litisconsorcial (como género y como especie, ver el # 8 de esta Lección ["El litisconsorcio"]).

6.2. El reemplazo de los sujetos que ocupan o que deben ocupar la posición procesal

Durante el curso procedimental o aun para iniciar el proceso, puede ocurrir que el sujeto que se halla ocupando o que debe ocupar originariamente una de las posiciones procesales sea reemplazado por otro u otros a raíz de razones varias que se explicarán luego. En orden a tales razones corresponde tratar el tema desde una doble óptica: la *sucesión procesal* y la *sustitución procesal.*

6.2.1. La sucesión procesal

Existe *sucesión procesal* siempre que el sujeto que ocupa efectivamente una de las posiciones procesales originarias es reemplazado por otro u otros, a consecuencia de un acto entre vivos o por causa de muerte que transmite los derechos litigiosos –con la consiguiente pérdida de legitimación– y convierte al reemplazante en el nuevo legitimado para obtener una sentencia de mérito. La sucesión puede ser a título *universal* o *singular* y ambas tienen origen en los dos supuestos recién mencionados e implican la natural consecuencia en el proceso de la transmisión genérica o particular de los derechos sustanciales.

a) Existe *sucesión procesal* a *título universal* cuando se opera la transmisión de una *universalidad de bienes* y alguno de los que la componen se halla en litigio. Este tipo de sucesión puede ser: 1) *por fallecimiento* (*mortis causa*) *real o presunto de una persona humana.* A raíz de ello, se transmiten

sus bienes en favor de sus herederos y legatarios de cuota. Inmediatamente después de que esto ocurre, el carácter de *sucesor* es asumido por *todos* los herederos y legatarios –como masa representada por un administrador (ver el # 3 en esta Lección ["La capacidad de la parte procesal"])– hasta que se realiza la división de la herencia y se aprueba la partición; desde allí en más permanecerá como parte procesal sólo aquel heredero o legatario de cuota a quien se adjudicó la cosa que se halla en litigio. Resta agregar aquí que esta figura sucesoria no se presenta en todos los supuestos justiciables, pues hay casos en los que la muerte de la parte procesal determina sin más la extinción del respectivo proceso, sin posibilidad de que participen en él eventuales sucesores (por ejemplo, muerte del presunto incapaz estando pendiente el juicio de declaración de incapacidad); 2) *por extinción o disolución de personas jurídicas.* En este caso ocurre algo similar al del fallecimiento de persona física, debiendo suceder en la posición de parte procesal quien actúe en calidad de *liquidador.* Sin embargo, algunas legislaciones (como la argentina) establecen que este supuesto no implica la pérdida de la personalidad jurídica –solución por cierto contingente– la cual se reputa que continúa al solo efecto de concluir las operaciones sociales y de liquidar el respectivo patrimonio; 3) *por fusión* y *escisión de sociedades.* Ambos casos implican una necesaria transferencia de patrimonio. A raíz de ello, y de hallarse en litigio algún bien perteneciente a los primitivos entes (sociedad absorbida o sociedades escindidas), la calidad de parte procesal será sucedida a las nuevas sociedades.

b) Existe *sucesión procesal a título singular* cuando se opera la transmisión de un derecho litigioso. Esta sucesión puede ser: 1) *por actos entre vivos.* Por ejemplo, compraventa, donación, permuta, cesión, etcétera, del objeto controvertido en un litigio. Este tipo de sucesión ostenta disímil regulación en los diferentes ordenamientos procesales: en tanto algunas leyes permiten sin más la presencia en el proceso pendiente del comprador, cesionarios, etcétera, con la consiguiente extromisión (alejamiento) de la parte originaria (vendedor, cedente, etcétera), muchas otras no autorizan la extromisión o, a lo sumo, la sujetan a la aceptación de la contraparte. En este supuesto, el sujeto que continúa actuando en la respectiva posición

procesal pasa a ostentar la calidad de sustituto procesal (ver el número siguiente); 2) *por causa de muerte.* Como consecuencia del fallecimiento de una persona, su legatario puede sucederla en el proceso donde se discute acerca de la cosa legada. El supuesto no debe ser confundido con el expuesto precedentemente bajo el # 6.2.1.a ya que aquí no se trata de un legatario de cuota y, por tanto, la transmisión se reduce a un bien determinado y no a una universalidad. Como se desprende de lo explicado antes, en todos los supuestos tratados existe el reemplazo material de un sujeto por otro en virtud de haber cambiado la legitimación para actuar en el proceso en orden a obtener una sentencia que heterocomponga útilmente el litigio. De tal modo, no existe sucesión procesal cuando el reemplazo se produce sin cambio de legitimación, lo cual ocurre, por ejemplo, cuando se producen variantes en la capacidad procesal de la parte: quien es capaz pierde su aptitud de litigar personalmente por sentencia de incapacitación o, a la inversa, cuando quien es incapaz (menor de edad) adquiere capacidad (por ejemplo, llega a la mayoría de edad). En ambos casos existe un desplazamiento de personas: en el primero aparecerá el representante legal a suplir la inactividad de la parte; en el segundo, la propia parte desplazará a quien hasta entonces la representaba. Pero adviértase bien que el carácter de parte (en cuanto a la legitimación) no ha variado en absoluto: *la parte es siempre la misma.*

6.2.2. La sustitución procesal

Ocurre algunas veces que la ley o el contrato *legitiman* a ciertos sujetos para actuar en un proceso dado aun cuando, en puro derecho, ostenten la calidad de *terceros* respecto de una relación jurídica. Por ende, no son ni pueden ser sin más partes ni sucesores singulares o universales de ellos en la relación material para intervenir en su discusión procesal en razón de tener una propia vinculación con alguna de las partes originarias gracias a la cual pueden ejercitar un derecho conferido por la ley, o deben asumir una obligación de garantía legal o contractual.

Cuando tal tercero decide actuar en un proceso, adopta la denominación tradicional de *sustituto* y pasa a ocupar la posición procesal de la parte

sustituida. Tal cosa puede hacerse respecto: a) del *actor*: el tercero lo sustituye *siempre voluntariamente* a fin de incoar el proceso (quien demanda es el propio sustituto) en razón de que la ley lo legitima para demandar directamente al deudor de su deudor: es el caso de la llamada *acción subrogatoria*; b) del *demandado*: el tercero lo sustituye voluntariamente o provocado al efecto por el propio demandado en el proceso ya pendiente, en razón de que le adeuda –legal o contractualmente– una obligación de garantía respecto de la pretensión litigiosa: es el caso de la *citación en garantía*, que explicaré en la Lección 19. Allí volveremos sobre el tema.

Para la cabal comprensión de la figura cabe compararla con la *sucesión* y la *representación* (ver el # 6.2.1 y 9 de esta Lección): a) en la sucesión hay siempre un *cambio* de persona legitimada para intervenir en la relación jurídico material y, por ende, para actuar procesalmente, a raíz de lo cual un sujeto (por ejemplo, el cesionario) puede pasar a ocupar en el proceso el mismo exacto lugar de otro (por ejemplo, el cedente). A consecuencia de ello, el sucesor (porque *continúa* a la persona del causante) carece de facultades para deducir defensas personales propias frente a la contraparte (aunque alguna legislación, contingentemente, disponga lo contrario). En la sustitución se presenta un *nuevo legitimado* al lado del legitimado primitivo; por tanto, no hay cambio alguno en el régimen de legitimación, sino una *suma* de sujetos que pueden actuar útilmente. En consecuencia, el sustituto –que no *continúa* a la persona de causante alguno, pues no lo hay– puede deducir defensas personales propias frente a su contraparte; b) en la representación (como se verá luego en # 9 de esta Lección), el representante actúa siempre a *nombre de un tercero* (el representado) y carece de todo interés propio respecto de la relación litigiosa. En la sustitución, en cambio, el sustituto actúa siempre a *nombre* e *interés propio,* aunque utilizando al efecto una relación jurídico material ajena, a la cual se encuentra indirectamente vinculado por la ley o por el contrato. Además, los efectos propios del caso juzgado afectan por igual a sustituto y sustituido, pero nunca alcanzan al representante.

Hasta aquí hemos descrito el fenómeno puro, con prescindencia –al igual que en el resto de la obra– de una concreta legislación acerca

del tema. Pero debo advertir al lector que cada normativa vigente regula dicho fenómeno en forma harto disímil. De ahí que muchas veces exista confusión doctrinal respecto de las figuras de sucesión y sustitución, lo que se agrava en demasía cuando no se permite la extromisión del sustituido o del causante en la sucesión singular.

Una cabal comprensión del tema exige el estudio detenido de la legislación de fondo y de forma de que se trate.

7. LA PLURALIDAD DE PARTES Y EL FENÓMENO QUE ORIGINA

Adelantando aquí lo que diremos textualmente en la Lección 19, remarcamos que es natural que *un* procedimiento judicial sea el continente de *un* proceso originado en *una* pretensión demandada por *un* sujeto contra otro *un* sujeto. Sin embargo, la realidad jurídica enseña que un sujeto puede pretender un objeto de uno o varios sujetos o, a la inversa, que varios sujetos pueden pretender de un sujeto uno o varios objetos y, finalmente, que varios sujetos pueden pretender uno o varios objetos de varios sujetos. Cuando ello acontece, las normas procesales permiten configurar lo que la doctrina llama *proceso acumulativo* (en rigor, se trata *de procesos acumulados*) entendiendo por tal a aquel procedimiento que sirve para la satisfacción de por lo menos dos pretensiones.

El tratamiento puntual del tema se hará cuando toque estudiar la parte especial de la asignatura, al tratar la *acumulación procesal.* Por ahora, interesa destacar –cual lo adelantamos al clasificar el concepto de *parte*– que una o las dos posiciones procesales pueden ser ocupadas por más de un sujeto: resulta de ello que hay una *parte plural* que está constituida por lo menos por dos sujetos que reúnen, originaria o sucesivamente, sus pretensiones o resistencias por mediar entre aquéllos una especial vinculación originada por una conexidad objetiva, una conexidad causal, una conexidad mixta objetivo-causal o una afinidad (ver sus conceptos en la Lección 6).

Ya se hizo notar en el # 6.1. de esta Lección que el fenómeno de la pluralidad ostenta una singular y obvia importancia, toda vez que la tarea de juzgar es diferente cuando se trata de sentenciar acerca de una sola pretensión o de varias acumuladas. Para poder comprender esta afirmación y el fenómeno procesal que se deriva de ella, cabe poner especial atención en el vínculo existente entre los diversos sujetos que se hallan colitigando en la misma posición procesal (actora o demandada) y no con la contraparte. Los ejemplos del caso ya fueron expuestos en la Lección 6: a) cuando entre las diversas pretensiones existe una *conexidad objetiva* hay siempre un interés concurrente de por los menos *tres sujetos.* Aquí cabe distinguir dos supuestos: 1) la *conexidad objetiva es por identidad del objeto pretendido.* Caso del desalojo intentado por el propietario de un fundo ocupado parcialmente por un locatario y parcialmente por un usurpador; 2) la *conexidad objetiva* es *por incompatibilidad de las diferentes pretensiones que versan sobre un mismo objeto.* Caso de dos personas que pretenden excluyentemente ser titulares de un mismo predio que posee otra; 3) cuando entre las diversas pretensiones existe una *conexidad causal* o una *conexidad mixta objetivo-causal* o una *afinidad*, existe siempre un interés concurrente de por lo menos *dos sujetos* (adviértase que el número mínimo imprescindible de interesados es diferente en los supuestos 1 y 2). Como en todas las hipótesis planteadas hay más de una persona ocupando la posición de parte procesal, y reiterando idea recién expuesta, corresponde investigar siempre si existe algún vínculo entre ellas y, en su caso, determinar cuáles son los efectos que derivarán de esto respecto de los sujetos plurales. La doctrina no es pacífica acerca del tema; más aún: confunde al intérprete y al propio legislador, haciéndole emplear vocablos cuyo uso no se adecua con lo que acaece en la realidad.

Varios son los métodos que permiten explicar docentemente el fenómeno: desde hablar de la existencia de *una parte* integrada por varios sujetos hasta mencionar la coexistencia de *tantas partes* como sujetos se hallan litigando. En anteriores trabajos utilizamos uno de esos métodos; hoy utilizaremos el otro, considerando que posibilita una mejor comprensión del tema: 1) Cuando entre las diversas pretensiones existe una *conexidad*

objetiva, cada uno de los sujetos que litiga asume el papel de parte procesal *absolutamente independiente* de las demás que *ocupan su misma posición* (caso de conexidad por identidad del objeto) y, con mayor razón, de las que se hallan ocupando posiciones antagónicas (caso de conexidad por incompatibilidad de pretensiones sobre un mismo objeto); 2) cuando entre las diversas pretensiones existe una *conexidad causal* o una *afinidad*, cada uno de los sujetos que litiga asume el papel de parte procesal que actúa no independiente, sino *coordinadamente* con las demás, en razón de que *siempre* existe un mismo y único *hecho causal* como basamento de todas las pretensiones. Y, claro está, tal hecho debe ser juzgado *unitariamente* de modo que se acepte su existencia o su validez frente a todos o frente a ninguno, toda vez que no resulta lógicamente posible que el juez lo tenga por válido respecto de un litigante y como inválido en cuanto al otro que ocupa la misma posición. Esta circunstancia origina el fenómeno de la *relación litisconsorcial* que explicaré luego; 3) cuando entre las diversas pretensiones existe una *conexidad mixta objetivo-causal*, cada uno de los sujetos que litiga asume un papel idéntico al recién señalado; por tanto, en razón de que aquí también el *hecho causal* es único y el mismo respecto de todas las pretensiones, su juzgamiento debe ser unitario e igual para todos los litigantes que ocupan la misma posición. Pero hay algo más: como la conexidad es mixta, la solución que se brinda al litigio no sólo debe ser idéntica respecto del *hecho causal*, sino también en cuanto al *objeto pretendido*. Esta circunstancia origina el fenómeno de la relación *litisconsorcial necesaria*, que explicaremos seguidamente.

8. EL LITISCONSORCIO

8.1. El concepto

Etimológicamente, la palabra *litisconsorcio* deriva de la expresión latina *lis* (*litis*), que puede ser traducida por *litigio*, y *consortio* (*onis*), de *cum* y *sors*, que significa *suerte común*. Resulta de ello que, técnicamente, la voz *litisconsorcio* refiere a un *litigio con comunidad de suerte* entre las diversas personas que integran una de las posiciones procesales de actor o demandado.

Como ya se dijo en el número precedente, ello no puede ocurrir siempre en *todo* supuesto de existencia de varios sujetos integrando un mismo bando procesal, sino sólo cuando entre los colitigantes media una propia vinculación jurídica de tal entidad que requiere una *decisión judicial uniforme* para todos. Por eso es que se ha dicho que entre los conceptos de *pluralidad de partes* y de *litisconsorcio* hay una relación de género a especie: todo litisconsorcio supone una pluralidad de partes, pero no ocurre lo propio a la inversa (esto, que lógicamente es definitivo, no surge del texto expreso de la ley, que en forma inexplicable confunde figuras inconfundibles). También se dijo en el número anterior que esta particular vinculación se presenta sólo en tres casos: cuando entre las distintas pretensiones que se sustentan en un mismo pleito hay *conexidad causal*, *conexidad mixta objetivo-causal* y *afinidad* (adviértase que en los tres supuestos el vínculo común es el mismo *hecho causal*). Quedan así absolutamente descartados todos los supuestos de *conexidad objetiva* en los cuales podrá haber pluralidad de partes (absolutamente independientes), pero nunca litisconsorcio. Por no haber advertido esta circunstancia tan obvia, la doctrina generalizada ha confundido al legislador y confunde hoy al intérprete hasta el punto que sigue hablándose de *litisconsorcio impropio* cuando ello no es litisconsorcio. Se entenderá mejor la crítica luego de leer el punto siguiente.

8.2. La clasificación del litisconsorcio

Tradicionalmente, la doctrina acepta cuatro criterios clasificatorios respecto del tema:

a) según que la pluralidad de sujetos consista en la actuación de varios actores frente a un demandado, de un actor frente a varios demandados, o de varios actores frente a varios demandados, el litisconsorcio se denomina, respectivamente, *activo*, *pasivo* y *mixto*. Este tipo de clasificación sólo se concreta a mostrar la *posición procesal* en la cual se halla colocada la relación litisconsorcial, cosa que nada agrega o quita al concepto y que, de consiguiente, carece de toda relevancia técnica. Por tanto, es aconsejable prescindir definitivamente de ella;

b) según que la pluralidad de sujetos, actores o demandados, aparezcan *desde la iniciación* del proceso (casos de acumulación subjetiva de pretensiones conexas por la causa o afines y de acumulación subjetiva de pretensiones conexas por el objeto y por la causa, ver la Lección 7 o se verifique durante su *posterior desenvolvimiento* (casos de sucesión procesal sin extromisión, integración de litigio, acumulación de procesos –ver la Lección 19– e intervención adhesiva autónoma o coadyuvante, ver la Lección 19), el litisconsorcio puede ser *originario* o *sucesivo*. Al igual que el caso anterior, este criterio clasificatorio carece de todo sentido técnico y constituye sólo un método para la presentación académica del tema;

c) según que entre los sujetos que forman la posición con pluralidad de partes exista o no una verdadera vinculación jurídica que los haga seguir o no una suerte común, el litisconsorcio se clasifica en *propio* (una de sus variantes es el *necesario*) e *impropio*. En razón de que este criterio clasificador sólo produce confusión en el intérprete, toda vez que –en rigor de verdad– el llamado litisconsorcio impropio *no es litisconsorcio* (no hay *suerte común* entre los diversos colitigantes), proponemos dejarlo definitivamente de lado;

d) según que la constitución del litisconsorcio obedezca a la libre y espontánea voluntad de las partes o se halle impuesta por la ley o por la naturaleza inescindible de la relación o situación jurídica que constituye la causa de la pretensión procesal, se distingue el litisconsorcio *facultativo* del *necesario*. Este criterio clasificatorio obedece a la grave confusión conceptual que existe en la doctrina y en el propio texto de algunas leyes procesales, que denominan *litisconsorcio facultativo* a casos de *pluralidad de partes emergentes de supuestos de pretensiones conexas por el objeto* (recuérdese que allí son *siempre* independientes y, por tanto, *nunca* requerirán ostentar una *suerte común*). Pero además, la palabra *facultativo* parecería indicar que la formación del litisconsorcio queda librada a la *exclusiva voluntad* del actor, cosa que es manifiestamente inexacta aun cuando la pretensión se base en relación jurídica *escindible*, toda vez que si alguien demanda en procesos separados (por ejemplo, a sus codeudores solidarios) las pretensiones *deben ser acumuladas* aun contra la voluntad

del actor para que sean juzgadas en pronunciamiento único a fin de que puedan operar los efectos específicos de esta peculiar relación (ver el # 8.2.1.2 de esta Lección). Por tanto, se trata de una clasificación errónea que crea confusión en el intérprete y que, por ende, conviene también dejar de lado.

Por las razones expuestas, y no siendo aceptable *ninguno* de los criterios clasificatorios vistos precedentemente, dado que son inútiles o que confunden al lector, sólo cabe hablar de *litisconsorcio* (como género) para referir a la vinculación que existe entre varios sujetos ligados por una relación jurídica *escindible* y *litisconsorcio necesario* (como especie del género) para referir a la vinculación entre varios sujetos ligados por una relación jurídica *inescindible*.

8.2.1. La relación litisconsorcial

8.2.1.1. El concepto

El *género litisconsorcio* existe cuando entre diversas pretensiones se presenta un vínculo de conexidad causal o de afinidad. De tal forma, el litisconsorcio surge entre *varios sujetos* que son *cotitulares de una relación jurídica escindible* (ver el ejemplo en la Lección 5) o *afines* (ídem), que ocupan una *misma posición procesal* y que deben tener *comunidad de suerte* en cuanto es idéntico el *hecho causal* de las respectivas pretensiones.

Esta *escindibilidad* es la que torna facultativo para el acreedor (he aquí otra de las razones que ha generado el error legislativo de denominar *litisconsorcio* a los supuestos de conexidad objetiva, en los cuales siempre hay independencia de actuación) el demandar, v. gr., a uno o a otro de sus deudores o a ambos: el caso se presenta paradigmático en el supuesto de deuda solidaria, en el cual el acreedor puede elegir de entre sus varios deudores a la persona que demandará y percibir de ella el total de su acreencia. Pero debe quedar en claro que tal facultad es *relativa*, toda vez que ello no significa dejar librada a la exclusiva voluntad del actor la formación del litisconsorcio so pretexto de que lo hace con fundamento en una relación escindible y de que nadie puede obligarlo a demandar a

quien no quiere, ya que si demanda a sus diversos deudores en procesos separados éstos *deben ser acumulados* para su juzgamiento en pronunciamiento único que contenga igual solución para todos respecto del hecho causal. Y ésta es, precisamente la diferencia fundamental que existe entre la *relación litisconsorcial* (casos de conexión causal, de conexión objetivo-causal y de afinidad) y la *simple acumulación subjetiva de pretensiones* (casos de conexidad objetiva, ver las Lecciones 6 y 19) ya que esta última se caracteriza por ser verdaderamente *facultativa* para el actor en razón de que aquí es factible procesar y sentenciar por separado a cada pretensión y, aún más, separarlas después de haber sido incoadas conjuntamente. De ahí que se diga desde antaño que en la relación litisconsorcial *no hay absoluta independencia* en la actuación de cada litisconsorte, sino una clara *coordinación de intereses*, lo que se ve en sus *efectos*, aunque en el terreno de lo fáctico pueden presentar posiciones personales contradictorias (lo que se aprecia con facilidad en el caso de litisconsorcio necesario).

La necesidad de un pronunciamiento único es lo que hace que el fundamento de este instituto se halle en los principios jurídicos de *certeza* y de *seguridad* y que nada tengan que ver con el tema las reglas procesales de *economía* y *celeridad*.

8.2.1.2. Los efectos de la relación litisconsorcial

Dado que este tipo de relación se genera respecto de pretensiones *escindibles* entre los distintos sujetos –de ahí su no necesariedad– la *suerte común* de los diversos litisconsortes alcanza *exclusivamente* a la declaración de existencia o inexistencia, o a la validez o invalidez del *hecho común* que sustenta la conexidad causal o la afinidad, con lo cual se diferencia nítidamente del litisconsorcio necesario (que se explicará luego).

En razón de que todos los colegitimados (litisconsortes) gozan de plena autonomía de gestión dentro de un procedimiento único y salvada la uniformidad de la decisión judicial que recaiga sobre el hecho común, la sentencia que se dicte sobre los procesos acumulados *podrá ser distinta* respecto de los litisconsortes en orden a las diversas *defensas*

personales que ellos hayan podido esgrimir. Así, si al ser demandados dos codeudores solidarios uno de ellos prueba la nulidad de la obligación cuya prestación se pretende, la respectiva declaración alcanzará al restante litisconsorte, aunque nada haya alegado al efecto o, aún más, se haya allanado a cumplirla, pues se trata de la *validez del hecho común.* En cambio, declarada la existencia y validez de la susodicha obligación, la sentencia podrá considerarla prescrita para uno y no para otro o aceptar una espera para uno y no para otro, etcétera. De allí la trascendencia de anterior afirmación: si el litisconsorcio no se forma inicialmente y el actor demanda por separado a quienes pudo demandar conjuntamente y no lo hizo, los procesos *deben ser acumulados* pues en orden al *hecho común* se requiere un *pronunciamiento judicial único* realizado en un *mismo acto de juzgamiento* a fin de asegurar la uniformidad de aquel respecto de todos los litisconsortes.

8.2.2. La relación litisconsorcial necesaria

8.2.2.1. El concepto

La especie *necesaria* del *género litisconsorcio* existe cuando entre diversas pretensiones se presenta un vínculo de *conexidad mixta objetivo-causal* (ver ejemplo en la Lección 6). De tal forma, el litisconsorcio necesario surge entre *varios sujetos* que son *cotitulares* de una relación jurídica *inescindible*, que ocupan una *misma posición procesal* y que deben tener *comunidad de suerte* respecto de las dos pautas de conexidad: en cuanto al *hecho causal*, por ser *relación litisconsorcial*, y en cuanto a la *declaración o condena judicial* que recaiga sobre el objeto, por ser *necesaria.*

La *inescindibilidad* surge de la *conexidad mixta objetivo-causal*, que exige la *necesaria citación* de todos los legitimados en el litigio que se genera con motivo de aquélla, pues la eficacia y utilidad de la sentencia que se dicte se encuentra subordinada a la circunstancia de que la respectiva pretensión sea propuesta por varias personas o frente a varias personas o, simultáneamente, por y frente a varias personas. Se desprende de ello que el fundamento último de este instituto se encuentra en la *seguridad jurídica*

y que nada tiene que ver aquí la *economía procesal.* En otras palabras, y como lo sostiene la mejor doctrina, el litisconsorcio necesario debe existir siempre que, por hallarse en tela de juicio una relación o estado jurídico que es *común* e *indispensable* con respecto a la pluralidad de sujetos, su modificación, constitución o extinción no tolere un tratamiento procesal por separado y sólo pueda lograrse por medio de un pronunciamiento judicial único para todos los litisconsortes.

Como lo que distingue al litisconsorcio necesario de la relación litisconsorcial es la *inescindibilidad* de la relación jurídica, conviene recordar ahora que ésta puede provenir: a) de *la propia ley.* Por ejemplo, Ccc, art. 582, conforme al cual la demanda por reconocimiento de filiación matrimonial debe entablarse *conjuntamente* contra el padre y la madre; y b) de la *propia naturaleza de la relación controvertida.* Es el caso de la división de condominio o de la partición de herencia que, aun cuando la ley nada diga al respecto, deben ser propuestas frente a todos los condóminos o coherederos; o de la pretensión de declaración de simulación de un acto jurídico, que debe dirigirse contra todas las partes que lo realizaron; o de la pretensión de nulidad de un acto jurídico, que debe ser demandada contra todos sus otorgantes; o de la impugnación de paternidad por parte de un tercero que debe ser dirigida contra el padre, la madre y el hijo, etcétera.

8.2.2.2. Los efectos de la relación litisconsorcial necesaria

En razón de tratarse en el caso de la *especie* del *género* litisconsorcio, el *necesario* tiene los mismos efectos ya vistos precedentemente en el # 8.2.1.2. Pero como aquí se trata de una relación inescindible en virtud de existir conexidad mixta objetivo-causal entre las pretensiones litigiosas, este tipo de relación produce otro efecto que es propio de su *necesariedad*: *también debe ser común la suerte que corran todos los litisconsortes en cuanto al objeto pretendido.* En otras palabras, la sentencia que se emita respecto de todos los colitigantes no sólo debe ser única e *idéntica* en cuanto al *hecho causal*, sino también en cuanto a la *declaración jurídica que contenga o en orden a la conducta que imponga cumplir.* Un ejemplo ayudará a esclarecer la idea. Ya se ha mencionado antes que el Ccc, art.

582 establece que la pretensión de filiación matrimonial debe ser incoada *conjuntamente* contra el *padre* y la *madre.* Lógica y congruentemente con ello, la decisión final que recaiga en la causa estimará o desestimará la demanda, pero *contra ambos litisconsortes*, toda vez que no es factible concebir racional ni jurídicamente un hijo matrimonial que lo sea del padre y no de la madre, o viceversa. Resulta así –y como se verá más específicamente luego– que nada de lo que haga un litisconsorte (v. gr., reconocimiento del derecho) podrá ser opuesto al otro y, lo que es más importante, que ninguna relevancia tendrá ello si el otro litisconsorte obtiene la demostración de la inexistencia de tal derecho. Simplificando la idea: si la madre se allana a la demanda en el ejemplo dado, su allanamiento no tendrá influencia alguna sobre el litigio del padre; pero, es más, si éste logra salir triunfante en su defensa, arrastrará con ella a la madre, no obstante su allanamiento.

Por supuesto, el ejemplo puede multiplicarse: si la madre consiente la sentencia inferior que le otorga tal carácter y el padre la impugna y logra finalmente la revocación, el pronunciamiento inferior quedará sin efecto para el padre que la recurrió y también para la madre que lo consintió. Otro tanto ocurre, v. gr., en el supuesto de intentarse demanda pretendiéndose la declaración de nulidad de una compraventa (en cuyo caso no es razonable que la sentencia declare la nulidad para el comprador y no para el vendedor o viceversa) o en la división de condominio (cuya respectiva pretensión exige, también razonablemente, que la cosa se divida o mantenga en común, pero frente a todos, etcétera). De lo expuesto se desprende que el litisconsorcio necesario debe efectuarse siempre *originariamente* y que, si así no se hiciere, por obvias razones de utilidad procesal, el juez debe ordenar (actuando la voluntad de la ley y aun contra la voluntad de las partes) la adecuada e inmediata *integración del litigio.*

9. LA REPRESENTACIÓN PROCESAL

En # 3 de esta Lección, al explicar la *capacidad de la parte*, adelantamos que puede ser *jurídica* (para ser parte), *procesal* (para actuar

personalmente y por sí misma en el proceso) y *postulatoria* (para instar directamente ante la autoridad). Interesa ahora la segunda, que refiere a la *legitimatio ad processum.*

Reiterando lo antes expresado, cabe recordar que toda persona (gente o ente) por el solo hecho de serlo tiene capacidad jurídica para ser parte procesal. Empero, es obvio que todas las personas jurídicas no pueden actuar de hecho por sí mismas: al igual que ciertas personas humanas, carecen de capacidad civil para obligarse personalmente (personas por nacer, por ejemplo).

Para obviar en el proceso esta antinomia que existe entre ambas capacidades –y al igual que lo que ocurre en el derecho en general–, todos los ordenamientos legales aseguran el derecho de defensa de tales personas (que son jurídicamente capaces para ser partes, aunque procesalmente incapaces para actuar por sí mismas) mediante otra figura que corresponde explicar ahora: la *representación.* Pero el concepto no se detiene en lo expuesto: conocido es que toda persona tiene plena libertad para *apoderar* a un tercero a fin de que lo represente en ciertos actos por simple aplicación del principio de libertad inherente a ella. Por tanto, cabe entender aquí por *representación* la actuación que cumple en el proceso un tercero ajeno al litigio sosteniendo la defensa del derecho o del interés de la parte procesal que no puede o no quiere actuar por sí misma (Lopjsf, art. 318). Surge de ello que la representación admite ser clasificada en *legal* o *necesaria* y *convencional* o *voluntaria.*

9.1. La representación legal o necesaria

Es la que requiere *toda persona jurídica* y *todo incapaz civil de ejercicio* para poder asumir efectivamente la calidad de parte procesal, supliendo así la imposibilidad fáctica para hacerlo de las primeras y la propia incapacidad para obligarse de las segundas, con lo cual se asegura el derecho de defensa en juicio de ellas.

9.1.1. La representación legal o necesaria de las personas jurídicas

Las personas jurídicas (o morales o de existencia ideal) pueden ser de carácter *público* (el Estado, la Provincia, el Municipio, las entidades autárquicas, la Iglesia Católica en ciertos países, los estados extranjeros, etcétera) o *privado* (las sociedades, las asociaciones civiles, las simples asociaciones, las fundaciones, las iglesias, confesiones, comunidades o entidades religiosas, las mutuales, las cooperativas, el consorcio de propiedad horizontal, etcétera). Todo ente –público o privado– actúa de hecho y necesariamente por medio de personas físicas humanas a quienes las leyes o estatutos otorgan el carácter de *representantes* para adquirir derechos y contraer obligaciones a nombre del *representado*.

Respecto de las personas de carácter público, la designación del representante legal está efectuada exclusivamente por la ley y ello es materia harto contingente (por ejemplo, respecto del Estado nacional lo es el presidente o el Procurador General del Tesoro, etcétera; de las provincias, el Gobernador o el Fiscal del Estado, etcétera; de los municipios, el Intendente, etcétera).

En cuanto a las personas de carácter privado cabe estar a lo que disponga cada estatuto de creación, de conformidad con la ley que las regula (puede ser representante el presidente, el gerente, varios gerentes en actuación conjunta, el fundador, el director, etcétera).

Lo que importa destacar, finalmente, es que quien actúa en carácter de *representante* –legal o convencional–, y salvo que la propia ley disponga lo contrario (caso del padre respecto del hijo en algunas legislaciones), debe acreditar la representación asumida en el tiempo y la forma que cada ordenamiento establezca al respecto.

9.1.2. La representación legal o necesaria de las personas humanas

Las *personas humanas* (o de *existencia visible* o *físicas* o *naturales*) pueden ser civilmente *capaces* (es la regla), con *capacidad restringida* (respecto de ciertos y determinados actos), o *incapaces* (es la excepción) en atención a diversas razones tenidas en cuenta por el legislador en cada caso.

La incapacidad jurídica (y, por ende, procesal), deriva exclusivamente de la ley, razón por la cual la enunciación de los incapaces es contingente y siempre debe ser hecha a partir de un ordenamiento concreto. En la Argentina, por ejemplo, la incapacidad es de *ejercicio* o de *derecho.*

Procesalmente, sólo interesa la primera y entre quienes la padecen cabe mencionar personas por nacer; a las personas que no cuentan con la edad y grado de madurez suficiente (menores, salvo supuestos de edad y madurez); a las personas con capacidad restringida, en la medida de la restricción; a las personas incapaces; a los condenados a más de tres años de prisión, sin perjuicio de tratarse de norma de interpretación restrictiva y declarada inconstitucional por varios tribunales; a los fallidos, para litigar acerca de bienes de la masa, aunque pueden solicitar medidas conservatorias, formular observaciones en el procedimiento de verificación de créditos y hacer presentaciones relacionadas con la actuación de los órganos del concurso, y a los ausentes, en algunos casos y para ciertas actuaciones.

Por supuesto, cada incapaz tiene su representante necesario preestablecido por la ley: de la persona por nacer, sus padres, o sus curadores a falta o incapacidad de aquéllos; de los menores, sus padres o tutores; de los incapaces, ausentes y condenados, los curadores designados; del fallido, el síndico; etcétera.

En caso de ser necesaria la concurrencia al proceso en el cual es parte el incapaz, lo hará el respectivo representante asumiendo a nombre de aquél el papel de actor o demandado.

9.2. La representación convencional o voluntaria

En general, es la que puede otorgar la parte que, siendo capaz para actuar por sí misma en un cierto proceso, prefiere que lo haga un tercero a su nombre. A tal efecto, debe extender *un poder* (*general* o *especial*) o *mandato judicial* ante autoridad competente para certificar el acto.

Algunas legislaciones –en rigor, la mayoría– imponen que dicho tercero sea *letrado* (procurador, abogado, licenciado en derecho, etcétera) que esté habilitado para postular judicialmente. Otros ordenamientos, en cambio, van más allá: *exigen imperativamente* la representación convencional de un letrado (de donde resulta que ésta pierde el carácter de *voluntaria*) en todo proceso, so pretexto de que así se posibilita una mejor y más adecuada defensa de los derechos litigiosos. Cuando esto ocurre, la respectiva ley es congruente: otorga al letrado el pleno derecho de postulación (v. las Lecciones 7 y 10) y lo restringe severamente respecto de la propia parte.

Rige aquí en toda su extensión la afirmación final hecha en el # 9.1. de esta Lección: el representante convencional debe siempre acreditar fehacientemente el carácter que dice ostentar en el proceso, dentro del plazo y en la forma que establezca cada ley al respecto. Y esto es de la mayor importancia para lograr que la sentencia a dictar sea útil para heterocomponer el litigio y, de consiguiente, puedan extenderse a la parte (representada) los efectos emergentes del caso juzgado.

Cuando la representación –legal o convencional– no se acredita idóneamente, existe en el representante una *falta de personería* (incorrectamente denominada a veces *falta de personalidad*) que habilita a la contraparte a deducir la correspondiente excepción ya explicada en la Lección 10 (# 4.3.2).

10. LA GESTIÓN PROCESAL

La mayoría de las legislaciones –que no todas– permite que, en caso de ausencia del lugar del juicio de una parte procesal, un tercero (generalmente un pariente) que no es su representante, actúe a nombre del ausente en el proceso al cual éste no puede concurrir y es urgente que lo haga. El tercero que así actúa recibe el nombre de *gestor procesal* y su gestión está sujeta a diversos requisitos que las leyes establecen contingentemente: prestación de fianza, ratificación por la parte de lo actuado

por él durante su ausencia, sujeción a que esto ocurra en cierto plazo, cumplimiento de algunas cargas específicamente determinadas en cada caso, invocación de una razón de urgencia, etcétera, todo bajo pena de ser anulada la gestión y cargarse las costas correspondientes al propio gestor.

11. LOS SUJETOS DEL PROCEDIMIENTO Y DEL PROCESO PENAL

La pretensión punitiva pública se caracteriza porque el Estado hace suyo y monopoliza el poder de perseguir los delitos para castigar las ofensas inferidas a toda la sociedad, tanto por las causadas con daño *inmediato* (si la repercusión del delito ha agredido a la autoridad o a las personas o a derechos o bienes de ellas) como con daño *mediato*, si la ofensa causada al individuo o al ambiente han consternado y atemorizado a los ciudadanos.

En el Cpe argentino, se reguló la llamada *acción penal* estableciendo su persecución pública de oficio o dependiente de instancia privada, y cediendo unos pocos delitos a la persecución (acción) privada.

En ese marco, y tal como se verá luego, la víctima no tenía ningún tipo de injerencia, no era considerada parte, no tenía ningún tipo de derechos y, además de víctima del delito, era víctima del proceso.

Las principales notas distintivas de esa pretensión punitiva pública son: a) la *oficialidad*, por la cual el Estado la reserva sólo para sí y la ejerce a través de un órgano creado al efecto; b) la *oficiosidad*, por la que el Estado debe actuar sin necesidad de impulso o excitación externa (*actuación de oficio*). Dentro del marco de un proceso acusatorio como el nuestro, el Ministerio Público Fiscal es quien debe ejercitarla mediante acción procesal para ponerla en movimiento, evitando así que se proceda de oficio por el juez (propio de los sistemas inquisitivos); c) la *legalidad sustancial* (sólo pueden perseguirse las conductas implícitamente prohibidas[146] por la ley penal); y d) la *legalidad procesal*, en oposición a la *oportunidad* (tanto

146 Adviértase que el Código Penal no prohíbe matar, pero pune al que mata. De donde resulta claro que existe prohibición implícita...

discrecional como reglada) que permite al Ministerio Fiscal prescindir total o parcialmente del ejercicio de la pretensión punitiva y, por tanto, puede abstenerse –a su criterio– de acusar en caso concreto.

En este esquema de poder, y partiendo de la diferencia ya conocida entre las ideas de *proceso* y *procedimiento*, en materia penal cabe diferenciar cuatro etapas: a) una que técnicamente es *proceso* (el juicio propiamente dicho) y otras que son puro *procedimiento*: b) la *investigación preparatoria*, c) la *etapa intermedia* o de *control de la acusación* y d) la posterior *ejecución de la pena*. A la suma de todo ello, la doctrina asigna desde antaño la denominación de *proceso penal*, y ello no condice con la garantía constitucional y convencional de toda persona que resiste una pretensión punitiva del acusador ante juzgador (como tercero imparcial).

Todo lo que aquí se explique de ahora en más tiene vigencia siempre y cuando el sistema de enjuiciamiento penal de que se trate sea el *acusatorio* y no el *inquisitivo* que, como se ha visto en la Lección 4, tiene como figura estelar al juez, empoderado hasta límites insospechados, y en el cual tanto el reo cuanto su defensor son literalmente *nadie*. O mejor aún: la quincuagésima persona después de nadie...

En el desarrollo de las cuatro etapas intervienen diferentes sujetos esenciales y eventuales que pueden tener distintas facultades, derechos, obligaciones o cargas según la función que ejerzan en ellas.

Así, frente a una hipótesis de comisión de hecho delictivo de persecución penal, en el proceso que se abra al efecto intervendrán *necesariamente* varios *sujetos esenciales*: a) el *acusador público* (el *fiscal*, que interviene siempre como único funcionario estatal legitimado al efecto de pretender punición por delito de persecución pública) o el *acusador privado* (el *querellante*) en delitos de instancia privada, b) el *reo* o *imputado* o *acusado*, c) su *defensor técnico* (público o privado); y c) el *juez* (tercero imparcial que ejerce funciones de control y garantía durante la investigación previa, la dirección del debate en la etapa de juicio y que emite la sentencia que corresponda (absolución, sobreseimiento o condena) según el caso.

También pueden intervenir *sujetos eventuales*: a) quien ha padecido los efectos del delito (*víctima*), incluso asumiendo el rol de parte procesal (*querellante*), o bien ejerciendo una pretensión resarcitoria o reparatoria (*actor civil*); b) el *tercero responsable civilmente demandado* y c) el *asegurador* (*citado en garantía*) del imputado demandado junto con el del tercero civilmente demandado. Los vemos seguidamente.

11.1. Los acusadores

Como tales, son sujetos *esenciales* del proceso penal: a) en los delitos de *persecución pública*, el fiscal (*ministerio público fiscal*); b) en los delitos de *persecución penal pública, pero dependiente de instancia privada*, el fiscal; c) en los delitos de *persecución* (*acción*) *privada*, el querellante. Los vemos seguidamente.

11.1.1. El Ministerio Público Fiscal

De tanta importancia es todo lo que rodea su figura, que le hemos dedicado una Lección completa para estudiarlo. A este efecto, remitimos al lector a la Lección 20. Cabe agregar acá que, en el ejercicio de sus funciones persecutorias, los fiscales deben actuar con *objetividad*, no con *imparcialidad*, cual lo pregona desde antaño conocida doctrina nacional[147], propendiendo a la paz social, sosteniendo el bien común y aceptando que la punición es la última *ratio* del proceso. Con ese objetivo en la mira, deben desarrollar su función respetando las garantías que emanan del sistema internacional de derechos humanos, asegurando a las víctimas del

147 La Escuela Procesal Cordobesa, nacida a mediados del siglo pasado y con enorme repercusión en toda la América Latina, con el inolvidable maestro Alfredo Vélez Mariconde a la cabeza, acompañado por quienes se erigieron por derecho propio en ilustres procesalistas y autores de importantes obras que todavía hacen doctrina seria en la Argentina (Jorge Clariá Olmedo, Jorge Zinny, Julio Maier, Fernando y Jorge de la Rúa, por ejemplo), trabajando ideas unánimemente aceptadas en su tiempo produjo importante literatura específica sobre la materia en la cual se postulaba que el fiscal era la *parte imparcial del proceso penal*, instalando así una *contradictio in terminis* en la doctrina que, a nuestro juicio, recién se ha superado en el país con la instalación del método de enjuiciamiento acusatorio.

delito y al imputado el ejercicio de sus derechos durante la investigación, y propendiendo al logro de una eficiente persecución penal.

En la etapa de investigación deben reunir las evidencias necesarias para determinar la existencia del hecho y sus circunstancias, así como la individualización de los autores y demás partícipes y sus condiciones personales, establecer las circunstancias agravantes o atenuantes y las que eximan de responsabilidad penal al imputado, determinar la extensión del daño ocasionado a los fines de una correcta graduación de su pretensión punitiva y, en su caso, poner fin a la persecución penal (por ejemplo, archivando la investigación), o actuar a favor del reo (v. gr., solicitando su sobreseimiento) ya que el fiscal debe ir a juicio sólo cuando tiene certeza de obtener una sentencia condenatoria, con lo que tendrá éxito en su acusación.

Esta es una novedad introducida en los códigos procesales acusatorios, ya que antes se exigía al fiscal que mantuviera una postura incriminatoria aun en caso de duda.

11.1.2. El querellante

La jurisprudencia de la CorteIDH ha sostenido[148], sintéticamente, que existe un derecho de las víctimas a un *debido proceso* y a la *inviolabilidad de la defensa en juicio de sus derechos*, que emanan de los arts. 8 y 25 de la Convención Americana de Derechos Humanos (el Pacto), al garantizar la protección judicial y el derecho a un recurso rápido y sencillo, lo que ha llevado a preguntar si tales normas garantizan un derecho constitucional a querellar de las víctimas.

Ello se ha aceptado en la Argentina, donde existe la figura del querellante, que algunas veces es parte procesal *esencial* (puede actuar

148 Entre numerosas causas, puede mencionarse el caso *Bulacio*, donde la CIDH sostuvo que el Estado argentino debe garantizar a la víctima el acceso a la justicia. Del mismo modo, en la causa *Barrios Altos* (2001) reconoció el derecho a la verdad. Y en el Informe 28/92 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, estableció que el derecho a querellar en Argentina es un derecho fundamental del ciudadano.

solo en los delitos de acción privada) y *eventual* otras (a la par del fiscal, para ejercer pretensión punitiva en delitos de persecución pública y de instancia privada), con facultades, deberes y cargas procesales que varían en uno y otro caso.

Doctrinalmente, el querellante puede actuar en forma: 1) *Principal*: ejerce la persecución cuando se trata de delito de acción privada, siendo el único legitimado al efecto ya que el Estado carece de legitimación e interés en ello. Por eso es que le está vedada al fiscal su participación en el caso. 2) *Subsidiaria*: ejerce o continúa la persecución iniciada por el fiscal cuando él no la realiza (p. ej.: por aplicación al caso de un criterio de oportunidad, o por desestimación de denuncia o por archivo de ella). 3) *Conjunta*: ejerce *junto* al fiscal con una pretensión propia y amplias facultades para proponer diligencias y recursivas. 4) *Adhesiva*: ejerce *coadyuvando* al fiscal, pero en forma accesoria, sin llegar a ser parte procesal. 5) *Autónoma*: ejerce en soledad cuando el fiscal abandona la persecución, por la razón que fuere.

El querellante como sujeto eventual. Mucho se ha discutido acerca de si el querellante, como sujeto procesal eventual, sólo tiene derecho a colaborar con el Fiscal o si, en cambio, se lo faculta para acusar, probar, alegar y obtener una sentencia que resuelva el conflicto, más el derecho a la doble instancia aun contra la pretensión absolutoria del fiscal.

Por un lado, es innegable la conveniencia de su intervención procesal, toda vez que favorece la *individualidad* del caso al sacarlo de la *generalidad delictiva*, ya que su actuación personal permite que un simple caso de *robo*, por ejemplo, tenga las características particulares que padeció la persona que lo sufrió, con nombre y apellido, causado por otra persona individual, también con nombre y apellido y, respecto de ambas partes, que se profundice y preste más atención a sus circunstancias personales, culturales y sociales, así como también a las consecuencias posteriores y derivadas del hecho en sí mismo.

En esta actual interpretación extensiva, además del *ofendido* que sufrió personalmente el hecho, se admitió también en su lugar –en el caso

de su muerte– a los herederos forzosos. Igualmente, se admitió la participación de Organizaciones No Gubernamentales (ONG) que protegen intereses difusos o colectivos (hay expresa autorización en el Cppsf).

Por cierto, esto se agrava procesalmente cuando son muchas las víctimas del delito, por ejemplo en la causa *Cromagnon* de Buenos Aires, donde cientos de querellantes actuaron acusando a cada uno de los involucrados con relatos de hechos y atribuciones jurídicas dispares (aun cuando se agruparon sus representaciones en una menor cantidad de acusaciones que, a la postre, igualmente resultaron muy numerosas). A su vez, en otros casos la jurisprudencia extensiva autorizó también al propio Estado a intervenir como querellante a través de la Oficina Anticorrupción, Fiscalía de Investigaciones Administrativas, AFIP, Aduana, Secretaría de Derechos Humanos, etcétera, haciendo más profundo el cuestionamiento que provoca esta inflación de partes colitigando y entorpeciendo el normal y veloz desarrollo del proceso, en virtud que ya se hallaba representado el interés estatal a través del Ministerio Público Fiscal, volviendo nuevamente a la situación que afligía a mediados del siglo pasado y que determinó su desaparición normativa. Como se ve, siempre hay un *corsi e ricorsi* de las cosas: se eliminó –¿y se eliminará?– la querella por impedir la normalidad del trabajo judicial.

11.2. El acusado, reo o imputado penal

Es la persona a quien, generalmente con base en conjeturas, el acusador público o privado considera como autor o causante de un supuesto hecho con apariencia de delito, independientemente de su posterior imputación[149] formal en sede judicial. De donde resulta la relatividad del concepto, toda vez que se adquiere sólo por atribución exterior, proveniente de actividad estatal (a veces puede ser particular) que dirige la persecución penal en su contra.

149 Una de las acepciones que la palabra *imputar* tiene en lengua castellana es la de atribuir a una persona la responsabilidad de un delito.

Se han establecido criterios restringidos y amplios del concepto de *imputado*. De acuerdo con los primeros, con base estrictamente técnica, se adquiere tal calidad cuando se formaliza la imputación penal en la audiencia imputativa, o en la indagatoria, o en la audiencia de formalización de cargos, todo en sede judicial. Los segundos, con base en la realidad histórica, entienden que el imputado o reo lo es a partir de la sospecha o de la denuncia en su contra. Más aún: desde que la prensa oral o escrita se ocupa del caso...

Constitucionalmente, lo importante es que se garantice el ejercicio de los derechos legales del imputado a toda persona que padezca un acto persecutorio (Cppn, art. 72) pues, de lo contrario, si se asume la postura restringida, solo podría intervenir en la investigación en su contra o designar abogado a partir del acto formal de atribución de hechos (imputación o indagatoria) y no antes. Lo que es un dislate y contraría toda la normativa internacional sobre el tema.

En el sistema acusatorio que nos rige, el imputado o reo es *sujeto incoercible* de la persecución penal y persona a cuyo favor se instituye históricamente el proceso[150]. En el sistema inquisitivo que rigió desde siempre en la Argentina –y hasta hoy en varias provincias– se lo concibe como *objeto* de persecución penal (no *persona* y, por tanto, carece de derechos). Cosa que no sólo es inconstitucional, sino, sobremanera, contraria al orden natural de las cosas.

Como sujeto –¡y vaya su importancia!– que es, entonces, asume desde que es *sospechado* –con mayor razón desde que es *imputado*– la calidad de *parte procesal esencial*, pudiendo ejercer su defensa material, haciendo de manera personal su propio discurso con relación a la atribución penal efectuada en su contra, expresando allí todo aquello que considere en favor de su defensa.

150 Recuérdese que ya se ha dicho varias veces en el curso de la obra que la idea de proceso nació como *límite al poder*...

No obstante, a efectos de garantizar acabadamente sus derechos de asistencia, asesoramiento y representación, se le reconoce el derecho a contar con un abogado defensor y a conferenciar con él aun estando incomunicado (CADH, art. 8.2.d). Lo que nos introduce en el tema siguiente.

11.3. El defensor técnico

En la filosofía constitucional y de los pactos internacionales, todo ciudadano sospechado de la comisión de un hecho aparentemente delictivo se encuentra en situación de inferioridad al tener que enfrentarse al poder punitivo ejercido por el Fiscal, que cuenta con toda la fuerza legítima del Estado.

Por ser la parte más débil de la relación procesal, el imputado debe contar con las herramientas necesarias para enfrentar en situación de paridad la persecución penal y la acusación, a efecto de satisfacer el principio procesal de la igualdad de partes (o igualdad de armas). Y ello porque el proceso penal no es parte de la política criminal del Estado[151] toda vez que ya no se lo considera un instrumento al servicio de la persecución penal estatal, sino que es una coraza que permite al acusado enfrentar al acusador de manera igualitaria, equiparando fuerzas, por lo que se constituye en una garantía a favor del imputado que le pone límites al poder punitivo del Estado.

Dentro de este proceso penal acusatorio, toda persona inculpada de un delito es sujeto incoercible que tiene el derecho a ser oído, a contradecir la imputación, a ser tratado como inocente, a controlar la prueba de cargo y rendir la de descargo, alegar y recurrir. Obviamente, todo ello sólo alcanzará plena efectividad si puede contar con un defensor técnico

151 Así lo consideran encumbrados penalistas argentinos y, obviamente, quien diseñó la malla curricular de las asignaturas propias de la carrera de Derecho en la Universidad de Buenos Aires, donde no se dicta *Derecho Procesal Penal* desde 1983, pues todo su contenido ha pasado a integrar las dos últimas bolillas de Derecho Penal II (parte especial). Lo que entraña suma gravedad, ya que ello ha contribuido a la desaparición de la especialidad en gran parte del país, con los efectos que fácilmente pueden imaginarse.

(público o de confianza), que permita lograr la mentada igualdad de armas jurídicas entre el imputado y su/s acusador/es. Es por ello que se ha considerado que la defensa técnica configura un presupuesto de validez del procedimiento y de la sentencia y que, así, se erige en derecho irrenunciable para el inculpado (CADH, art. 8, e).

Esa defensa técnica puede ser ejercida por un defensor particular y de confianza, cuya labor ha de ser retribuida con el pago de un honorario; pero en la situación de no contar con los medios suficientes para abonarlos o en caso de querer no designar uno, el Estado debe proveérselo de manera gratuita (defensa pública).

En el derecho comparado, la defensa provista por el Estado se realiza a través de funcionarios estatales pertenecientes al Poder Judicial o al Ministerio Público (que perciben un sueldo del Estado), o bien a través de turnos de oficio (ej. en España, donde abogados particulares se inscriben para ejercer esas defensas, por las que se les abona un monto preestablecido). También hay sistemas privados a través de licitaciones (ej. en Chile) donde los particulares se postulan para ejercer determinadas defensas bajo el control estatal, que pueden convivir con el sistema de defensa pública a través de funcionarios.

En algunos lugares también existe la posibilidad de realizar convenios entre la defensa pública y los colegios de abogados para proveer el Servicio de Prestadores Privados a personas con capacidad económica limitada.

En esa línea de pensamiento, para hacer realidad esta garantía de inviolabilidad de la defensa en juicio, el Estado debe asegurar al imputado el poder contar con defensor técnico y, además, gozar de las oportunidades suficientes para una defensa efectiva.

11.4. Los juzgadores

En la generalidad de los sistemas de procesamiento y juzgamiento vigentes en la Argentina, los juzgadores pueden ser dos: a) el *juez de dere-*

cho, actuando en las diversas etapas del procedimiento y del proceso con diferentes funciones, y b) el *jurado de conciencia*. Los vemos seguidamente.

11.4.1. El juez

Tanta importancia filosófica, política, jurídica y técnico-procesal tiene su figura en el caso, que le hemos dedicado íntegramente la Lección 17, a cuyo texto remitimos.

Caber añadir acá que el juez actúa en calidad de: a) *juez de garantías*, en la etapa de instrucción penal preparatoria y en la etapa intermedia; b) *juez de juicio y sentencia*, en la etapa de juicio propiamente dicha, donde preside la audiencia de prueba y, llegado el caso, dicta la sentencia de mérito sobre el fondo del asunto; c) *juez de ejecución*, en la etapa de ejecución de la pena.

Sus diferentes tipos de actuaciones se explicarán en la parte especial de la asignatura.

11.4.2. El jurado de conciencia

La institución del jurado se remonta a 1215, cuando Juan Sin Tierra –rey de Inglaterra[152]– abdicó de ejercer la función de juzgar personalmente a los Barones sajones sobre los cuales reinaba, prometiéndoles en su carta magna[153] de ese año que sólo "podrán perder su vida, su libertad o sus bienes mediante un *juicio de veinticinco pares* decidiendo al efecto por unanimidad...". Con ello les otorgó importante reaseguro de *libertad*, ya que dejó en sus propias manos toda decisión al respecto y, además, con la exigencia de *unanimidad* para lograrlo, cosa que es muy difícil de conseguir, particularmente en nuestros países de raíz latina en los que priva muchas veces una necia obcecación.

152 Que como rey soberano *hacía la ley*, la *administraba* y *decidía qué hacer cuando alguien la incumplía*...

153 Que no fue una Constitución, como alguien lo afirma con insistencia, sino tan sólo un pacto de convivencia entre el rey y sus súbditos.

La institución –de clara esencia republicana– fue tomada por la Constitución de los Estados Unidos de América, que derivó al juicio unánime de doce personas comunes la determinación de la existencia de un hecho delictivo y el establecimiento de su autoría, *más allá de toda duda razonable*. Hecho ello, toca al juez de derecho imponer la pena de caso.

La Constitución argentina de 1853[154] adoptó la figura como método de juzgamiento, en manda que permaneció incumplida durante más de ¡ciento cincuenta años...!, gracias a la tenaz oposición que los jueces inquisidores opusieron a su adopción, so capa de los más variados argumentos.

En las últimas décadas, la pertinaz insistencia de doctrinarios de fuste logró que la institución fuera recibida en varias provincias argentinas, aunque no todas adoptaron el régimen de la unanimidad. Y así, se encuentran jurados que se integran desde un mínimo de siete hasta un máximo de doce miembros, pudiendo resolver con diferentes mayorías, simples o calificadas y, para colmo del exotismo nacional, estableciendo más diferencias numéricas tanto para absolver como para condenar.

Excede el contenido de esta obra el considerar aspectos puntuales del procedimiento del juicio por jurados. Pero queremos detenernos en tres circunstancias que tienen dividida a la opinión nacional sobre el tema.

La primera, la necesidad de contar o no con unanimidad de opiniones entre todos sus miembros, sin importar al efecto el número de integrantes del jurado; la segunda, en cuanto a la falta de motivación de sus veredictos; la tercera, acerca de la posibilidad de impugnarlos.

Comenzamos con la falta de motivación: es de total obviedad que si el jurado es popular y se prohíbe desde la propia ley que pueda integrarse con letrados, es absolutamente imposible exigir fundamentación

154 *Artículo 118.* "Todos los juicios criminales ordinarios, que no se deriven del despacho de acusación concedido en la Cámara de Diputados *se terminarán por jurados, luego que se establezca en la República esta institución.* La actuación de estos juicios se hará en la misma provincia donde se hubiera cometido el delito; pero cuando éste se cometa fuera de los límites de la Nación, contra el derecho de gentes, el Congreso determinará por una ley especial el lugar en que haya de seguirse el juicio".

fáctica y jurídica de la decisión que contiene el veredicto. Y ello lleva de la mano a vincular el tema con la unanimidad de opiniones, pues precisamente ésta es la que suple la ausencia de motivación. Bien sabido es que la esencia misma de la tarea de los miembros de un jurado es la de *deliberar* en conjunto. Y más que conocido es que resulta asaz difícil lograr unanimidad entre muchas personas (cuantas más son, más difícil es. De ahí que siempre consideramos apropiado el número de doce)[155].

Por último: si el recurso de apelación se vincula con lo que puede opinarse acerca de la *justicia o injusticia* de un pronunciamiento judicial, es de toda obviedad que el veredicto no puede ser apelable por carecer de toda fundamentación que explique el por qué se falló en un sentido y no en otro. Pero lo que sí cabe es cualquier impugnación por *ilegalidad*, ya que ella se mide siempre con criterio puramente objetivo (sobre el tema, v. Lección 24).

11.5. La víctima

Es cierto que cuando acaece un hecho con apariencia de delito afecta a la comunidad entera porque altera la paz social y produce una

155 Para entender en su real dimensión esta opinión, vale la pena ver el filme norteamericano *Twelve angry men*, conocido en la Argentina como *12 hombres en pugna*: excepcional película sobre un juicio por homicidio que permite analizar en profundidad el concepto de *duda razonable* y que examina la relevancia del trabajo deliberativo que realizan los miembros de un jurado. Son magistrales las interpretaciones de sus doce protagonistas, componentes de un jurado que se retira a deliberar sobre lo que parece un sencillo y claro caso de asesinato (un chico ha matado a su padre). Cuando parece que no van a tardar demasiado en decidir un veredicto, uno de ellos no lo tiene tan claro y aduce tener *duda razonable*, aquella que si surge es necesario e imprescindible dictaminar que el acusado es inocente (su vida depende de la decisión de estos doce hombres). Expone sus argumentos y pide nueva votación para ver si alguien más así lo ha pensado. Poco a poco la duda comienza a surgir y los jurados empiezan a variar su voto inicial. Con gran intensidad dramática pone sobre la mesa los riesgos y los valores de esta institución, planteando cuestiones jurídicas relativas a la valoración de la prueba, la noción de duda razonable, la subjetividad de los testimonios, la presunción de inocencia... Además de los actores, lo mejor de la película es ver cómo va mutando paulatinamente la opinión de los jurados a tenor de la necesidad de exposición y motivación detallada de los hechos y pruebas que apoyan la lógica condenatoria para el culpable y la convierten en absolutoria del no culpable.

fuerte sensación de inseguridad. Pero, por sobre eso, sus efectos atañen directamente a la propia víctima, pues es quien sufre, en su persona y en sus derechos, las consecuencias de la conducta delictiva. No obstante ello, desde siempre ha sido ignorada en todos los regímenes legales cuyos orígenes se remontan a las leyes procesales de la Europa continental, cuyos sistemas penales la marginaron por completo. A tal punto que, luego de padecido el hecho delictivo, ella debió seguir sufriendo las consecuencias propias de la ineficaz actuación estatal en la persecución penal.

Esto se conoce como *revictimización*, pues el sujeto que ya sufrió en carne propia las secuelas directas del delito debe ahora denunciar el hecho, declarar como testigo, participar en careos con su victimario, reconocer personas y cosas, enfrentarse al imputado durante las audiencias del procedimiento preparatorio y del juicio y en todo otro acto que el Estado estime necesario durante ese trámite. Si bien estos actos son indispensables en toda investigación y constituyen una carga pública para la víctima, la experiencia indica que generan padecimientos que van más allá de lo razonable, pues se le hace perder horas y horas de vida en los tribunales, se presentan graves problemas de seguridad (a veces la víctima realiza el acto heroico de colaborar con la investigación a pesar de las amenazas de sufrir un mal actual o futuro) y, en general, no se le provee de la información mínima sobre el estado, avance y resultado de la causa y, muchos menos, mínima asistencia legal, psicológica o humana.

Ante tal situación, y descartada desde hace siglos la posibilidad de la venganza privada, es asaz claro que toca al Estado la función de asistirla, acompañarla, asesorarla, protegerla y darle atención para sobrellevar esa difícil situación.

A partir de comprender ello, las legislaciones comenzaron a considerarla recién a partir de los años '60[156] y con la posterior incorporación

156 Coincidió con la aparición de la singular obra *Victimología: estudio de la víctima*, del mexicano Luis Rodríguez Manzanera, utilizando al efecto el término acuñado en

de normas sobre los derechos de las víctimas y testigos que, si bien son loables en su intención, evidencian el destrato que se les infligió por parte del Estado.

Al respecto, cabe destacar que algunas normas procesales exigen que se les *dé un trato digno y respetuoso*, lo que podría entenderse innecesario ya que todo sujeto merece esa consideración sólo por ser *persona.* En realidad, como ello no se cumplía, en una cultura jurídico-tribunalicia altamente exegética debió imponerse a los operadores a través de una norma expresa.

Al mismo tiempo, comenzaron a aparecer organismos estatales para la defensa de sus derechos, su asistencia, acompañamiento interdisciplinario y asesoramiento letrado a través de algunos *vigías de la ley*, como el *Ombudsman* o *Defensor del Pueblo* con relación a las víctimas de la actuación de la administración pública, y el *Centro de Asistencia a las Víctimas* frente a la afirmada comisión de delitos.

Desde otro punto de vista, los sistemas procesales inquisitivos heredados del derecho continental europeo contenían ese *desprecio* por la situación de la víctima y mantenían al Estado (a través del Juez de Instrucción y del Ministerio Público Fiscal) como único sujeto con roles de persecución penal, a partir de haberle confiscado el conflicto a aquélla, haciéndolo propio con exclusividad.

Ello contradecía la realidad porque si bien el delito afecta a toda la comunidad, ofende más a la víctima. Por ello, con el tiempo y siguiendo los lineamientos de las constituciones liberales y los tratados internacionales en la materia, comenzó a humanizarse y constitucionalizarse el procedimiento penal incorporando la ideología del paradigma acusatorio.

1949 por Frederick WERTHAM, psiquiatra estadounidense que refirió al tema en su libro *El espectáculo de la violencia*, definiendo con ello a todo quien sufre la comisión de una conducta antisocial, aunque no sea el titular del derecho vulnerado. En nuestra opinión, surge allí el tercer estadio del derecho penal: el primero, con la mirada puesta en el *delincuente* (Cesare LOMBROSO), el segundo, en el *tipo penal* (Luis JIMÉNEZ DE ASÚA) y el tercero, en la *víctima* (Luis RODRÍGUEZ MANZANERA). Como es sencillo de comprender, son tres visiones absolutamente diferentes...

En ese camino, el Estado empezó a asistir, atender y acompañar a la víctima para disminuir los perjuicios padecidos, revalorizando su participación y la reparación del daño sufrido, tratando de evitar que la *víctima del delito* fuera también *víctima del proceso*. De ahí que en la actualidad ostente claramente la calidad de potencial sujeto procesal a tenor de lo expresamente dispuesto en Cppsf, art. 9,[157] respecto de su posible actuación en la investigación penal preparatoria y, posteriormente, en el juicio.

A esta altura de la exposición, cabe distinguir adecuadamente entre tres conceptos diferentes: *víctima*, *ofendido* y *damnificado*:

Desde el derecho penal se ha concebido de manera amplia el vocablo *víctima* para señalar a todo aquel que ha sufrido un daño por hecho punible. Por su parte, en el sistema interamericano se ha acuñado un concepto amplio de *víctima de violaciones a los derechos humanos*, como puede verse en la resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985 de la Asamblea General de las Naciones Unidas sobre "Los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder", donde se la definió así: "1. Se entenderá por *víctimas* a las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso del poder. 2. Podrá considerarse víctima a una persona, con arreglo a la presente Declaración, independientemente de que se identifique, aprehenda, enjuicie o condene al perpetrador e independientemente de la relación familiar entre el perpetrador y la víctima. En la expresión *víctima* se incluye además, en su caso, a los familiares o personas a cargo que tengan relación inmediata con la víctima directa y a las personas a cargo que

157 "Artículo 9. *Derechos de la víctima*. Para quien invocara verosímilmente su calidad de víctima o damnificado o acreditara interés legítimo en la Investigación Penal Preparatoria, se le reconocerá el derecho a ser informado de la participación que puede asumir en el procedimiento, del estado del mismo, de la situación del imputado y de formular las instancias de acuerdo a las disposiciones de este Código".

hayan sufrido daños al intervenir para asistir a la víctima en peligro o para prevenir la victimización. Y con respecto a las *víctimas de poder*: se entenderá por víctimas las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que no lleguen a constituir violaciones del derecho penal nacional, pero violen normas internacionalmente reconocidas relativas a derechos humanos".

Como puede advertirse, el sistema interamericano amplía el concepto de víctima y es a esos sujetos a los que los códigos de procedimientos reconocen expresamente una serie de derechos.

Hay autores que distinguen los conceptos de víctima (a la que definen como el sujeto pasivo del delito) y de *ofendido* (el titular del bien jurídico protegido por el tipo penal que ha sido lesionado o puesto en peligro por el ofensor) resaltando que, generalmente, coinciden; pero que pueden presentarse situaciones donde víctima y ofendido son personas diferentes.

También se sostiene que *ofendido* es el sujeto que porta, en el contexto concreto, el bien jurídico protegido por la norma penal infringida, y como tal puede ser admitido como querellante quien no sea titular de ese bien jurídico; pero que, sin embargo, haya sido afectado real y directamente en un bien jurídico individual, situación que con bastante frecuencia se da en los delitos de ofensa compleja.

También sucede que hay hechos *pluriofensivos*, que encuadran en tipos penales que protegen más de un bien jurídico. Ejemplos de ello serían el hurto o robo (Cpe, arts. 162, 164 y ss.), donde el sujeto pasivo es la persona a quien se le sustrae con o sin violencia un bien, pero éste es de propiedad de un tercero (titular del bien jurídico propiedad); o en el secuestro extorsivo (Cpe, art. 170), donde se afecta la libertad ambulatoria del sujeto retenido o sustraído, pero también el patrimonio y la libertad de aquel a quien se le requiere el pago del rescate.

Ello lleva a sostener que *ofendido* es el titular del bien jurídico protegido por el tipo penal, y en los casos de tipos penales de protección múltiple, tanto principal como secundaria o implícita, se debe incluir en aquel concepto a los *demás sujetos que se ven alcanzados por dicha protección.*

Por otra parte, se designa bajo el concepto de *damnificado* a todo aquél a quien el delito ha irrogado un daño en un bien jurídico que le pertenece. Ello merece dos aclaraciones: 1) que es damnificado aquel que sufre las consecuencias inmediatas del hecho (persona lesionada en un accidente de tránsito), pero también quien sufre las consecuencias mediatas y remotas (el titular registral del vehículo siniestrado no culpable o el titular del mobiliario del espacio público que resultó dañado). 2) Que el damnificado puede ser *directo* (quien sufre la lesión), pero también *indirecto* por imperio de la ley o disposiciones contractuales (v. gr., el titular registral del vehículo conducido por el autor de las lesiones o la aseguradora que reparan los daños causados y se subrogan en los derechos patrimoniales del sujeto pasivo).

Por ello, puede concluirse en que *todo ofendido es damnificado,* pero *no todo damnificado es ofendido.* Pero, además, *todo ofendido es víctima,* pero *no toda víctima es ofendido.*

11.6. El actor civil

Es la víctima que pretende civil y no punitivamente contra el imputado, cual sí lo hace el querellante.

Si bien depende de la normativa procesal, puede ser actor civil en proceso penal quien ha sufrido daño por un hecho con apariencia de delito. Ello implica que el sujeto (persona física o jurídica) que se considera damnificado directo por el hecho investigado puede solicitar su participación dentro de esa causa, demandando por las resultas del daño sufrido a quienes las leyes de fondo adjudican responsabilidad civil: autores del hecho (responsabilidad por dolo o culpa), dueño, guardador o poseedor de la cosa con la cual se dañó y empleador del autor del delito

(responsabilidad objetiva, inclusive por el riesgo de la cosa), y contra la aseguradora (mediante su citación en garantía).

Es decir, se contemplan tres tipos de responsables: el/los imputado/s condenado/s, el/los tercero/s civilmente responsable/s y la citada en garantía. Los dos primeros con responsabilidad de naturaleza directa civil y el último por estar cubierto el riesgo con un contrato de seguro.

Su intervención le permite postular medidas investigativas durante la investigación, impugnar resoluciones judiciales que lo agravian, demandar civilmente, ofrecer, producir y controlar la prueba, alegar y recurrir el fallo, todo con relación al aspecto civil de los hechos ventilados.

Respecto de contra quién se pretende, en el acto de instar la constitución como actor civil debe indicarse contra quién se formula o "contra todos los imputados incluso aquellos que fueron tales con posterioridad a la constitución", pero al demandar deberá precisar exactamente quién/es es/son los sujetos pasivos de su pretensión a los fines de una correcta traba de la litis.

La pretensión concreta que puede ejercer es la de reclamar la restitución de la cosa objeto del hecho, o la reparación o indemnización de los daños causados. Es decir, que en ese procedimiento penal se ejercerán dos pretensiones: la del fiscal y el querellante (penal) a los fines de obtener la aplicación de la pena que establezca el Código Penal para el delito que se trate; y la del actor civil (civil), para que se lo indemnice, repare o restituya la cosa.

¿Qué facultades tiene el actor civil? Instar autónomamente el procedimiento penal en pos de la recolección de las pruebas necesarias para acreditar el hecho y sus responsables. Si bien el actor civil no puede ejercer pretensiones penales (no acusa, no abre la investigación por sí mismo, no pide pena, etcétera), las pruebas y medidas que solicita para determinar la responsabilidad civil se dirigen también a establecer la responsabilidad penal. Ello surge de la doble consecuencia que genera un hecho con apariencia de delito: aplicación de una pena (responsabilidad penal) y reparatoria (responsabilidad civil).

En los supuestos en los cuales el Fiscal asume una postura desincriminante, no puede suplirlo pues no ejerce pretensión penal. Por ello es aconsejable asumir el rol de querellante y de actor civil conjuntamente (si la norma procesal lo habilita), a los fines de una intervención más eficaz.

11.7. El tercero civilmente demandado

Tal como lo referimos anteriormente, se trata del dueño de la cosa, del empleador, del tutor, del guardador, del poseedor y del asegurador, todos responsables de resarcir, que pueden ser demandables conjuntamente por el actor civil a base de la existencia de una situación de *afinidad* procesal (v. *supra*).

11.8. El asegurador

Se trata del caso especial de la figura denominada *citación en garantía* por la ley argentina en materia de seguros.

Aunque el tema es esencialmente ajeno al que se desarrolla en esta Lección, debemos mencionarlo pues el asegurador es parte eventual del proceso penal y existe enorme confusión, tanto en doctrina cuanto en jurisprudencia, respecto de la figura que, utilizando la denominación de otra, ha creado el legislador argentino.

Establece la Ln 17418, art. 118, que "*El damnificado puede citar en garantía al asegurador* hasta que se reciba la causa a prueba... La sentencia que se dicte hará cosa juzgada respecto del asegurador y será ejecutable contra él en la medida del seguro. En este juicio o en la ejecución de la sentencia, el asegurador no podrá oponer las defensas nacidas después del siniestro. También el *asegurado puede citar en garantía al asegurador* en el mismo plazo y con idénticos efectos". Dos instituciones claramente distintas coexisten en la norma recién mencionada: la *citación en garantía por el demandado* (la cual encuadra acabadamente en la descripción hecha precedentemente) y la "*citación en garantía*" *por el actor*, que nada tiene que ver con aquélla.

La doctrina ha intentado definir a tan anómala figura jurídica (recuérdese que, según se ha dicho, la *citación en garantía* es un fenómeno que *sólo puede provocar el demandado*) con las explicaciones más dispares y, algunas, verdaderamente extravagantes: así se ha dicho que es una citación en garantía igual a la del medio técnico procesal ya explicado, que es un supuesto de intervención forzosa por litisconsorcio necesario (?), ídem por ser un litisconsorcio impropio (!), que es una simple citación para actuar como coadyuvante autónomo, que es una acción directa autónoma y, finalmente, que es una acción directa no autónoma. Como se ve, un verdadero dislate interpretativo...

Como son diferentes las soluciones procesales a dar en cada uno de los casos concretos que originan tan disímiles explicaciones, puede comprenderse la razón de la existencia de un caos interpretativo doctrinal que, por la influencia que siempre tienen los autores de nota sobre la formación de la jurisprudencia, hace que ésta no sea uniforme. La consecuencia natural de ello es innegable: la anarquía jurisprudencial ha generado un profundo desconcierto en los abogados y en los justiciables en general, pues no conocen –y, lo que es peor, no pueden conocer– los pasos procedimentales que deben recorrer con exactitud para obtener la satisfacción de un derecho litigioso.

No es del caso hacer en esta obra un desarrollo minucioso que por su extensión excedería el propio marco de cada una de tales explicaciones y las razones que demuestran la incorrección técnica de los argumentos que las sustentan. Pero a fin de que no queden confusiones en el lector, cabe sólo decir que la figura de que se trata constituye una *verdadera acción* (pretensión) a la cual se la califica indebidamente con la palabra *directa* (que procesalmente nada dice por sí misma) que debe ser entendida como la contrapartida de la *acción subrogatoria.* De tal modo, se trata simplemente de una *legitimación extraordinaria* que el legislador ha puesto en cabeza de la víctima y del asegurador de su victimario para que aquélla pueda demandar a éste sin pasar *previamente* por una demanda contra el causante del daño (asegurado).

También excede el marco de esta obra la tarea de explicar cuáles fueron las razones políticas y económicas que exigieron tal solución del legislador, cosa que se ha hecho ya en otros trabajos[158].

La víctima, de no constituirse como particular damnificado, no es parte procesal.

158 Ver Palacio, Lino Enrique y Adolfo Alvarado Velloso, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989, t. III, pp. 453 y ss.

LECCIÓN 17

EL JUEZ Y SUS AUXILIARES

SUMARIO

1. El juez
   - 1.1. El concepto de *juez*
   - 1.2. Los requisitos para ser juez
   - 1.3. Los sistemas para la designación de jueces
   - 1.4. Las incompatibilidades de los jueces
   - 1.5. Las garantías y los derechos de los jueces
   - 1.6. Los deberes de los jueces
     - 1.6.1. Los deberes funcionales
       - 1.6.1.1. Los deberes funcionales esenciales
       - 1.6.1.2. Los deberes funcionales legales
     - 1.6.2. Los deberes procesales de dirección
     - 1.6.3. Deberes judiciales de resolución
     - 1.6.4. El deber judicial de ejecución
   - 1.7. Las facultades de los jueces
     - 1.7.1. Las facultades ordenatorias
     - 1.7.2. Las facultades conminatorias
     - 1.7.3. Las facultades sancionatorias
     - 1.7.4. Las facultades decisorias
   - 1.8. La responsabilidad de los jueces
2. Los auxiliares del juzgador
   - 2.1. El secretario
   - 2.2. Los oficiales y los auxiliares subalternos
   - 2.3. Los técnicos
   - 2.4. Los defensores letrados

1. EL JUEZ

Ya se dicho con insistencia en todo el curso de esta obra que el *proceso es* una figura inconfundible en el mundo jurídico pues deben

intervenir en su realización, *esencial y contemporáneamente*, tres sujetos determinados: quien pretende, quien resiste (que puede ser indeterminado –caso de los NN en materia penal–) y quien está convocado por la ley o por el acuerdo de las propias partes para heterocomponer el litigio operado entre ellas. De ahí que el *juzgador* sea siempre un *sujeto esencial* y, por ende, necesario en la formulación conceptual lógica de todo proceso. También hemos advertido en la Lección 8 acerca de la exacta similitud que en las tareas de procesar y de resolver el litigio existe entre los posibles juzgadores: *juez* y *árbitro*. Salvado ello, y dado el alcance de este *Manual...*, nos ocuparemos seguidamente sólo del juez de derecho, en lo que toca a una teoría general, dejando el resto para ser explicado en la parte especial.

1.1. El concepto de *juez*

Aunque la palabra *juez* se utiliza en el idioma corriente para denominar a personas que realizan muy distintas actividades, técnicamente refiere sólo al funcionario público que integra el Poder Judicial y que tiene como misión específica la de *procesar* y *resolver* los litigios presentados a su conocimiento (y, en su caso, *ejecutar* lo resuelto). Por tanto, de acuerdo con lo sostenido en la Lección 8, salvo el caso de *juicio político*[159] y de algún otro que eventualmente pueda existir en una legislación determinada, es el único funcionario público con aptitud para ejercer actividad jurisdiccional. Con tal conceptuación, la figura del juez difiere fundamentalmente de la del otro posible juzgador (el árbitro), ya que éste no es funcionario público, no integra el Poder Judicial (aunque alguna ley procesal aislada así lo acepte) y carece por completo de aptitud para ejecutar lo resuelto

159 En la Argentina, es el que hace la Cámara de Senadores (integrada por representantes de las *provincias*) de la Nación a ciertos funcionarios políticos y por responsabilidad de la misma naturaleza, que han sido acusados ante ella por la Cámara de Diputados (integrada por representantes del *pueblo* de la Nación), con lo cual se ve claramente –otra vez– a las tres personas que deben concurrir conjuntamente para hacer un verdadero proceso (en el caso, y para que no haya confusión: los representantes de las provincias, que hacen de juzgador; los representantes del pueblo, que hacen de acusador; y el funcionario acusado).

por él mismo. Pero con esto no terminan las diferencias existentes entre los conceptos de *juez* y de árbitro.

En un Estado de derecho que muestre un orden jurídico esencialmente justo, todo juez ostenta los siguientes caracteres:

a) Su designación es *permanente*, por todo un lapso que puede variar en su extensión, pero que siempre es dilatado; y ello porque los textos constitucionales modernos y contemporáneos prohíben el juzgamiento por *comisiones* o *tribunales especiales.* De esta cualidad se deriva otra no menos importante: para que un juez pueda actuar como tal respecto de un determinado asunto, es menester que el cargo respectivo haya sido creado y la competencia atribuida con *anterioridad* a la existencia del hecho que genera el proceso (esta afirmación es norma expresa en todas las constituciones modernas y contemporáneas).

b) El carácter de permanencia se halla íntimamente vinculado con otro que constituye su natural consecuencia: el juez es *inamovible*, lo que significa que dentro del lapso para el cual fue designado no puede ser destituido sin un previo juzgamiento al efecto que sólo puede versar acerca de su incapacidad física o mental o de su inconducta adecuada a un hecho típico (ético o penal) previsto con anterioridad por la ley. Volveremos luego sobre el tema al tratar los *derechos* del juez.

c) De modo habitual, la función del juez es cumplida en la *sede de su asiento*, fijado previamente por la ley. De allí que en doctrina se afirme que el juez es *sedentario* por oposición al sistema en el cual es *itinerante* y, por ende, debe desplazarse de continuo desde un lugar a otro.

d) En la mayoría de los ordenamientos americanos los jueces son *técnicos*, toda vez que la posesión de título de abogado (o similar) constituye generalmente un requisito esencial para la designación.

e) Por último, el juez es *remunerado* siempre por el Estado (y así debe ser).

f) Resta agregar una cualidad más, que hemos dejado para el final pues no resulta definidora y propia del concepto específico de juez, ya que

también debe ostentarla el árbitro. En otras palabras: es cualidad propia del concepto de *juzgador*, comprensivo del de juez y del de árbitro.

Al definir la esencia de la actividad jurisdiccional, hemos explicado en las Lecciones 8 y 12 que, para lograr la vigencia plena del *concepto lógico de proceso*, el juzgador debe ser *impartial*, *imparcial* e *independiente*. Corresponde ahora insistir acerca de esta última adjetivación que se refiere a su *independencia*.

Parece claro para todo razonamiento que cuando dos partes que se hallan en conflicto acuerdan la designación de un árbitro determinado, existe en ellas una expresa conformidad y creencia en la calidad de *auténtico tercero* de éste respecto del litigio y, además, media entre ambos interesados un control recíproco y conjunto acerca de la independencia del juzgador luego de su designación como tal (repárese especialmente en que el árbitro es designado de consuno *por las dos partes en litigio*). Pero ese control no puede mantenerse sin restricciones cuando se trata de un juez, toda vez que su designación no proviene de las partes en litigio, sino de otra autoridad, tal como se verá en el punto siguiente (repárese acá en que el juez es designado *por ninguna de las partes en litigio*). De ahí que –desde siempre– la mejor doctrina quiera preservar al juez de toda suerte de influencia política y, por supuesto, de compromisos con intereses partidarios. Se insiste entonces en la adopción de un sistema de designación de jueces que permita a cada uno de ellos y al conjunto que integra y forma parte del Poder Judicial, actuar en cada caso justiciable con absoluta independencia y con total prescindencia de la voluntad de la facción política que ejerce el poder en un momento dado.

1.2. Los requisitos para ser juez

Casi todas las Constituciones del continente o, en su defecto, las leyes orgánicas de los poderes judiciales contienen normas expresas que regulan las distintas exigencias para acceder al cargo de juez.

Generalmente, pueden computarse los siguientes requisitos: a) *ciudadanía* del respectivo país (o provincia en los Estados de organiza-

ción federal), predominando los ordenamientos que requieren que sea *nativa* y no por *naturalización*; b) una *edad mínima* que, aun dentro de cada sistema legislativo, varía entre los distintos grados de conocimiento judicial. Por ejemplo, en algunas provincias argentinas se exigen veinticinco años de edad para ser juez de primer grado y treinta para serlo de segundo o ulterior grado; c) *título universitario de abogado* (o su similar en ciertos países, por ejemplo, licenciado en derecho) y, a veces, *expedido por universidad oficial*; d) una *antigüedad mínima* en el ejercicio de la profesión de abogado que, al igual que la edad, también varía respecto de los diferentes grados de conocimiento. Por ejemplo, en algunas provincias argentinas se exigen cuatro y seis años para ser juez de primer y segundo grado, respectivamente; e) una *residencia inmediata* por un cierto tiempo relativamente prolongado en el lugar en el cual se ejercerá la función judicial. En general, las leyes que establecen este requisito lo relacionan con quien no es nativo de dicho lugar; f) posesión de una *renta* determinada que demuestre la solvencia patrimonial del aspirante al cargo de juez. En la Argentina, este requisito es de carácter constitucional, aunque de hecho –como tantas otras cosas– no se cumple habitualmente; g) *dignidad y decoro de vida*, demostrados en el escrupuloso control de los actos públicos y privados; h) con relación al punto anterior, también se exige del aspirante a juez que no ostente alguna causal de *inhabilidad* para acceder al cargo judicial. Tales causales son contingentes en las distintas legislaciones, pero pueden ser sintetizadas en las que se hallan generalmente aceptadas como tales: no pueden ser jueces quienes se encuentran procesados penalmente por delito doloso, ni los condenados judicialmente por delito doloso (casi siempre por un plazo igual al de la condena y otro tanto) ni los quebrados, mientras no sean rehabilitados. Finalmente, y por otras razones de fácil comprensión, algunas leyes establecen que los abogados jubilados son inhábiles para ingresar a la judicatura, que no pueden desempeñar funciones en un mismo fuero (ver la Lección 9), los cónyuges, aunque estén divorciados y los parientes dentro de un cierto grado de consanguinidad y de afinidad; i) *prestación de juramento* para el ejercicio de la función. Recién a partir de tal acto el designado juez puede desempeñar el cargo respectivo.

1.3. Los sistemas para la designación de jueces

Varios y disímiles son los sistemas adoptados por las Constituciones o por las leyes para la designación de jueces. Como es obvio, todos ellos responden a filosofías políticas diferentes, algunas de las cuales intentan lograr un adecuado y armonioso equilibrio e intercontrol de los Poderes del Estado, en tanto que otras apuntan a la sujeción de un Poder (el Judicial) a otro (el Ejecutivo o el Legislativo). El lector advertirá esta circunstancia luego de repasar los sistemas vigentes en el mundo. En general, puede afirmarse la existencia de dos sistemas netamente diferenciados para la designación de jueces: el que la hace depender de una *elección* y el que exige un *nombramiento* de alguna autoridad. Los veremos seguidamente.

a) *Elección mediante sufragio popular.* Adoptado como sistema actual en algunos Estados de los Estados Unidos de América y de la ex Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, es teóricamente el más puro y perfecto que pueda imaginarse, pues el juez accede a su cargo por la voluntad de la mayoría de los ciudadanos que creen y confían en él. Además, es el único modo de designación que *legitima originaria, directa y democráticamente al magistrado*, ya que todos los restantes sistemas operan por *legitimación indirecta* (no lo designa el pueblo, sino sus representantes). Sin embargo, la elección presenta un grave inconveniente, obvio en razón de la función que ha de cumplir el juez: para llegar a serlo, todo aspirante debe efectuar actividad proselitista, para lo cual ha de contar con el apoyo de un partido político que lo promueva para ocupar el cargo; y ello puede generar irremediablemente ciertos compromisos ideológicos o partidistas que no son deseables en quien está llamado a juzgar a *todos* los miembros de una sociedad dada (y no sólo a quienes lo votaron). El sistema opuesto rechaza de plano toda posibilidad de elección popular y exige para el acceso al cargo de juez un método diferente.

b) *El nombramiento es realizado por una autoridad competente al efecto.* Atendiendo a que casi todos los regímenes constitucionales consagran la coexistencia de tres Poderes en la organización del Estado (Legislativo, Ejecutivo y Judicial), este sistema admite tantas variantes

como posibilidades de atribuir la respectiva competencia. Véanse ahora las soluciones que extraemos de la historia más o menos reciente y que no necesariamente se hallan en vigencia en la actualidad:

1) *el nombramiento lo efectúa exclusivamente el Poder Legislativo.* Es el caso de los jueces superiores en la Constitución de la ex URSS de 1977;

2) *el nombramiento lo efectúa exclusivamente el Poder Ejecutivo.* Es el caso de los jueces federales en la ex Alemania Federal, según cláusula constitucional de 1956. Estas dos variantes –que otorgan a uno solo de los Poderes del Estado la facultad absoluta de nombramiento judicial– no son aceptadas de buen grado por la mejor doctrina en aras de lograr una auténtica independencia funcional de juez, ya que la unilateralidad de la decisión puede someter al juzgador, por lo menos, a una clara dependencia ideológica de quien ejerce el poder político. Para evitar la crítica recién apuntada, se acuerda el siguiente modo de designación;

3) *el nombramiento lo efectúa exclusivamente el Poder Judicial.* Es el caso de los jueces inferiores en Uruguay, según la Constitución de 1951.

El sistema se conoce en doctrina con la particular denominación de *cooptación* y quienes lo pregonan afirman que procura lograr la más completa independencia del Poder Judicial y su absoluta y definitiva separación del Poder Ejecutivo (del cual aquél emergió históricamente) y, por ende, de sus intereses de sector. De allí que en la eterna lucha por el derecho, se ha dicho –y con cierta razón, frente a los nefastos resultados de los otros sistemas– que resulta el método más conveniente políticamente para lograr una plena independencia –al menos, ideológica– del Poder Judicial y, por ende, un adecuado intercontrol del ejercicio del poder; por la misma razón, se dice que con este método puede obtenerse la prestación de un adecuado y eficiente servicio a todo justiciable. Sin embargo, la cooptación pura presenta otros riesgos que parecen tan temibles como los de los otros sistemas que implican lógicamente una cierta dependencia: ya desde antaño se arguye que este método de designación permite y prohíja la formación de un *espíritu de casta* que, a la postre, deriva seguro en un *gobierno de los jueces*, razonablemente temido desde siempre después de

la experiencia francesa de la Revolución de 1789, de la cual fue una de sus importantes concausas. La crítica es válida. Los países que han adoptado el sistema de la cooptación exhiben una clara concepción elitista del poder con una correlativa ineficiencia en la actuación del sistema de justicia. Para posibilitar la existencia real de la deseada independencia, se han instrumentado otros tipos de actos.

4) *Actos complejos de designación*, exigiéndose la concurrencia al acto de, por lo menos, *dos Poderes* del Estado. Y conforme a ello, se dan las siguientes posibilidades: A) *el nombramiento lo hace el Poder Ejecutivo a propuesta del Poder Judicial.* Es el caso de Bélgica, según la Constitución de 1831; B) *el nombramiento lo hace el Poder Legislativo a propuesta del Poder Judicial.* Es el caso de los jueces superiores de Uruguay, según la Constitución de 1951. Estos dos sistemas se presentan como una variante atenuada del de la cooptación; C) *el nombramiento lo hace el Poder Ejecutivo con intervención previa del Poder Legislativo, el cual presta su acuerdo o conformidad para la designación.* Es el caso de la Argentina donde, según la Cn de 1853, los jueces de la Nación son nombrados por el Presidente con acuerdo del Senado; también es el caso de la provincia de Santa Fe, donde el nombramiento lo efectúa el Gobernador con acuerdo de la Asamblea Legislativa compuesta por los miembros de las Cámaras de Diputados y de Senadores.

Las tres variantes señaladas –y muy particularmente la última– coinciden y terminan habitualmente en una cierta politización del Poder Judicial, ya que sus integrantes son designados por el poder político de entre quienes son obviamente sus seguidores. Muestra acabada y paradigmática de esta afirmación se encuentra en muchos países de Sudamérica, de los cuales puede afirmarse sin equivocaciones que no hay Justicia en ellos.

Para apartarse de los sistemas antes mencionados que encomiendan a uno o más Poderes del Estado la designación de los jueces, se ha generado otro que otorga la respectiva competencia a un órgano que no depende jerárquicamente de ninguno de dichos Poderes y que, por ende, se supone *apolítico.* Es el caso de los llamados:

5) *Consejos Judiciales* o *Consejos de la Magistratura.* Al principio existentes, por ejemplo, en Francia (Constitución de 1946), Italia (Constitución de 1948) y España (Constitución de 1978).

El caso de España es el que por obvias razones nos toca más de cerca: allí se ha instaurado un *Consejo General del Poder Judicial* concebido como órgano máximo y de plena autoridad en el Poder, destinado a asumir gran parte de las atribuciones antiguamente conferidas al Ministerio de Justicia y con la afirmada finalidad de garantizar la plena independencia de la función judicial.

No obstante la pureza de la intención del constituyente, al derivar al legislador la reglamentación del sistema, fue desvirtuado por éste toda vez que la composición del Consejo la efectúa el Rey a propuesta del Congreso de Diputados y del Senado (de entre sus propios miembros, entre abogados y entre jueces de todas las categorías que se hallan en servicio activo). Con lo cual continúa el problema que intentó evitarse, pues todo lo que ha ocurrido es un simple desplazamiento del sujeto que designará al juez: antes lo hacía el poder político; ahora, quienes han sido nombrados al efecto por el poder político. Y esto es puro gatopardismo.

Desde la Constitución de 1993, Paraguay también ha instaurado un Consejo de la Magistratura concebido –en rigor– para otros fines: no permitir que sea el poder político de turno el que pueda efectuar las designaciones. Con lo que se ha entregado la respectiva facultad a representantes de las más diversas entidades cuya ideología política final no puede prever el constituyente.

6) Un último sistema –vigente en el Brasil por expresa cláusula constitucional– es el fruto de la combinación de los anteriores. Allí el ingreso se hace por concurso, pero respetando *diversas procedencias de los concursantes.* Aquí, el ingreso a la judicatura –salvo la excepción que luego mencionaré– se hace siempre e ineludiblemente por el *primer grado de conocimiento* y depende también de un concurso de oposición (y no de meros antecedentes) organizado por el Superior Tribunal de Justicia con la colaboración del respectivo Consejo Seccional de la Orden de los

Abogados. A partir del ingreso en la carrera de la magistratura, los ascensos sucesivos deben hacerse *necesariamente* de un grado de conocimiento a otro *inmediatamente* superior mediante la aplicación de dos criterios que operan alternadamente: la *antigüedad* y el *merecimiento* (con lo cual se descarta el simple concurso para acceder, por ejemplo, a una Cámara de Apelación).

Cuando corresponde el primer criterio (de antigüedad), asciende *necesariamente* el más antiguo en el correspondiente escalafón salvo que su designación sea rechazada por las tres cuartas partes del total de los jueces superiores en votación efectuada al efecto. En tal caso, se repite la votación con quien sigue en el orden escalafonario. Cuando, a su turno, corresponde el ascenso por el segundo criterio (de merecimiento), ha quedado librado a la reglamentación de cada Estado el modo de valorarlo. Según la normativa vigente en 1950 en el Distrito Federal, por ejemplo, se establecía que debía tomarse en cuenta la conducta del juez en su vida pública y privada, la productividad y laboriosidad puestas en el ejercicio del cargo desempeñado, las demostraciones de cultura jurídica que hubiera dado y el número de asuntos fallados, teniéndose en cuenta al efecto el número de pronunciamientos anulados, confirmados y revocados por el superior.

Tratando de sintetizar las cualidades exigidas para el ascenso por merecimiento, algún autor indicó concretamente cinco: vasto conocimiento del derecho, probidad a toda prueba, grande independencia de carácter, espíritu recto y consumada experiencia. A base de estos criterios, se forma una lista que, en lo posible, debe contener *tres* nombres de entre los cuales elige *uno* el poder político para hacer la designación del caso.

Pero el sistema no se detiene en este punto: en la composición de cualquier tribunal, *un quinto* de los lugares totales debe ser cubierto –alternativamente en algunos Estados– por un miembro del ministerio público y por un abogado en ejercicio, de notorio merecimiento y óptima reputación, *elegido en terna por sus propios pares de la respectiva Orden.* Lo que importa destacar, finalmente, es que el sistema funciona y bien,

con clara aprobación y beneplácito general de los componentes de los distintos foros que integran el país.

1.4. Las incompatibilidades de los jueces

Al explicar los requisitos necesarios para acceder al cargo de juez, hice referencia a que todos los ordenamientos consagran ciertas *inhabilidades*, entendiendo por tales aquellos supuestos previa y taxativamente establecidos en la ley para que un aspirante que encuadre en ellos no pueda acceder a la judicatura. Toca aquí hablar de las *incompatibilidades*, que son los supuestos de vida que la ley establece también previa y taxativamente para que un juez *ya designado* no incurra en ellos bajo distintas penalidades que pueden llegar a la exoneración del cargo. En otras palabras: se trata de lo que un juez en ejercicio *no debe hacer* para no lesionar la dignidad de la investidura judicial. Por supuesto, el régimen de incompatibilidades es contingente. De allí que exista enorme diferencia entre un ordenamiento y otro.

En la tarea propuesta en esta obra hemos de concretarnos ahora, y sin pretensión de taxatividad, a señalar las incompatibilidades más corrientes en las distintas legislaciones que resultan imprescindibles en un verdadero sistema procesal.

a) *Incompatibilidades propiamente dichas.* Se presentan con referencia estricta a la *función judicial* (por eso es que se afirma doctrinalmente que son *funcionales*) y, dentro de muchas legislaciones, impiden que el magistrado continúe en el cargo cuando incurre en alguna de ellas. Las causales que se corresponden con esto son: 1) *incompatibilidad por acumulación de varias funciones judiciales*; 2) *incompatibilidad por parentesco*; 3) *incompatibilidad por indignidad*; 4) *incompatibilidad en el régimen de vida.*

b) *Incompatibilidades que implican prohibiciones.* Están contenidas en la mayoría de las legislaciones vigentes en resguardo de la imparcialidad que debe predominar en la función judicial. Tales prohibiciones al juez son: 1) *de realizar actividad política*; 2) *de realizar actividad profesional abogadil*; 3) *de realizar actividad mercantil o lucrativa*; 4) *de realizar activi-*

dad que lo coloque bajo subordinación de otro poder del Estado o de persona privada (gente o ente); 5) *de realizar algunos actos jurídicos con relación a ciertos bienes.* En virtud de esta verdadera *incapacidad de derecho*, generalmente los jueces no deben comprar ni siquiera en remate público, por sí o por interpósita persona, ni permutar ni ser cesionarios o locatarios de los bienes que están o estuvieron en litigio ante el tribunal en el cual ejercen la función.

1.5. Las garantías y los derechos de los jueces

Como modo de asegurar irrestrictamente la independencia del Poder Judicial y, en forma individual, la de cada uno de los jueces que lo integran, las distintas normativas vigentes en el continente les otorgan ciertos derechos y prerrogativas, algunos de los cuales se hallan garantizados desde el propio texto constitucional de varios países (que no de todos).

Siempre a título ejemplificativo, la generalidad de los regímenes constitucionales efectúa la siguiente enunciación: a) *Garantía de duración vitalicia en la función.* b) *Garantía de inamovilidad.* c) *Garantía de intangibilidad remuneratoria.* d) *Derecho a percibir jubilación o retiro y pensión.* e) *Derecho a gozar de vacaciones.* f) *Derecho a juzgamiento por un foro privativo con motivo del cumplimiento de la función judicial.* g) *Derecho a no ser detenido ni ver restringida en modo alguno su libertad de actuar.* h) *Derecho a exceptuarse del cumplimiento del deber de comparecer en calidad de testigo.* i) *Derecho a exigir la total colaboración de la fuerza policial para ejecutar sus sentencias, para lograr la efectivización de sanciones impuestas con motivo de la función judicial y para obtener la cautela de bienes, derechos o personas.* k) *Derecho a recibir cierto tratamiento por parte de justiciables y letrados.*

1.6. Los deberes de los jueces

Toda la actividad jurisdiccional (concebida como la suma de las tareas de *procesar*, *sentenciar* y *ejecutar*) se realiza mediante el ejercicio

de una serie de *deberes* (sujeciones) y de *facultades de obrar* (poderes o potestades).

La doctrina no es pacífica respecto de la conceptuación, denominación y clasificación de tales deberes y facultades de los jueces: basta dar una somera lectura a las obras más conocidas para advertir que cada autor habla un idioma propio y distinto del de los demás. Sin embargo, media un acuerdo casi generalizado para formular todo concepto a partir de la denominación *deber-potestad* (o viceversa), con la cual se utiliza un término formado por dos palabras con significado antagónico. Por mi parte, creo que resulta más sencillo utilizar al efecto los vocablos que el propio idioma castellano permite usar aun en el tema que ocupa ahora la atención. Por tanto, entendemos por: a) *deber*, el imperativo jurídico que ordena una concreta conducta positiva o negativa del juez, cuya omisión lo hará pasible de algún tipo de sanción o responsabilidad (administrativa, política, civil o penal); y por b) *facultad*, la aptitud, poder o derecho para hacer siempre voluntariamente alguna cosa u obrar en determinado sentido, cuyo ejercicio está encaminado al mejor desempeño de la función. De tal modo, la diferencia esencial entre *deberes y facultades* radica en que en los primeros no hay actividad volitiva del juez, pues la ley determina imperativamente su actuación; en las segundas, en cambio, la ley posibilita la realización de la conducta, pero su efectivo ejercicio depende del exclusivo querer del propio juez, quien, en cada caso, puede optar por hacer o dejar de hacer.

Efectuadas estas aclaraciones preliminares, véanse ahora cuáles son los *deberes de los jueces.*

Una primera y elemental clasificación permite diferenciar los *funcionales* de los *procesales*, según que se relacionen con la función misma o con el desenvolvimiento y culminación del proceso, ahondándose la distinción si se atiende a que los funcionales existen para todo juez, independientemente de que intervenga o no en un determinado proceso. Los vemos a continuación.

1.6.1. Los deberes funcionales

Pueden ser clasificados, a su turno, en *esenciales y legales*, según que la imperatividad devenga inmanentemente de la propia función o, al contrario, que atienda a necesidades contingentes que responden a razones derivadas de la política legislativa vigente en un tiempo y lugar dados, tendientes a lograr un eficiente servicio al justiciable.

1.6.1.1. Los deberes funcionales esenciales

Son los más importantes de toda la nómina que puede efectuarse respecto del tema, pues algunos de ellos se correlacionan acabadamente con los *principios procesales* ya explicados en la Lección 12. Sin pretensión de taxatividad, creemos que estos deberes son:

a) *Independencia.* Al tratar las características propias de la función judicial, hemos señalado que el ideal del Estado republicano lleva aneja la necesidad de existencia de un recíproco intercontrol de poderes. Y es que parece claro que todas las buenas intenciones del legislador y toda la justa ordenación del Derecho de nada sirven a una comunidad jurídica si la seguridad absoluta de su realización no aparece garantizada por jueces independientes, alejados de las incidencias de la política diaria. De tal modo, este deber indica claramente que todo juez ha de actuar con total y absoluta independencia del poder político de turno. Tan importante es esto que sin independencia no hay actividad jurisdiccional y, sin ésta, *no hay proceso* (tal como lo hemos sostenido recurrentemente en la Lección 8). Pero insisto en la idea sostenida al intentar describir el concepto de *imparcialidad*: independencia de toda obediencia debida y, particularmente, de todo prejuicio. Lo que es muy difícil de lograr.

b) *Imparcialidad.* Al igual que el anterior, este deber entronca con un claro principio procesal (ver la Lección 12) que indica que la actividad es jurisdiccional sólo cuando el juez actúa sin interés propio (*inmediato*: de él mismo o *mediato*: de su cónyuge, hijo, etcétera) en un proceso. Tanto es así, que ya hemos sostenido que si el juez no guarda el deber

de imparcialidad, no habrá proceso a raíz de su actuación, sino sólo una apariencia de su idea.

c) *Lealtad.* En la generalidad de las leyes procesales se menciona a este deber como propio y específico de las partes, con olvido de que también opera plenamente respecto del juez en razón de que por aquél ha de expresar a los litigantes las razones que impiden su actuación (por ejemplo, por parcialidad), mantener una obvia discreción en el desarrollo del proceso para evitar el *strepitus fori* y cuidar de no adentrarse en la intimidad de las partes. Además, la lealtad aparece clara en la seriedad de la actitud que, como juez, debe tener al emitir su resolución.

e) *Ciencia.* Doctrinalmente se afirma que este deber es el que impone al juez el conocimiento del derecho en grado suficiente como para aplicarlo eficientemente a casos concretos que debe procesar, resolver o ejecutar. Pero esto no ha de entenderse, sino como una continua labor de investigación que posibilite a la postre una adecuada información jurídica que le permita ejercer con eficiencia la función sin descuidar –so pretexto de una especialización determinada– la óptica de conjunto que permite ver al Derecho como un todo en el cual no hay compartimientos estancos. Además, este deber exige en el juez un imprescindible contacto con la vida, generadora de una experiencia propia que le haga doler la injusticia a fin de evitarla en la función.

f) *Diligencia.* Desde siempre se sabe que la justicia tardía no es justicia. Para lograr su efectiva realización el juez ha de actuar diligentemente, cumpliendo las tareas encomendadas por la ley dentro del tiempo establecido para ello.

g) *Decoro.* Parece obvio destacar que el decoro, como *honor, respeto y consideración que recíprocamente se deben el juez y las partes*, es un elemento esencial para el desempeño de la función, por lo que implica la circunspección, gravedad, pureza, honestidad, recato y estimación que el juez debe inspirar a las partes y a la gente en general a fin de que sus sentencias tengan algo más que la mera autoridad emergente de la ley: la autoridad moral de la propia persona del juzgador.

1.6.1.2. Los deberes funcionales legales

Ya los hemos concebido como aquellos cuya imperatividad responde a contingentes necesidades que atienden a razones derivadas de una política legislativa determinada con la mira puesta en el logro de un servicio eficiente.

En la organización judicial de la mayoría de los ordenamientos vigentes, estos deberes son: a) prestación de *juramento* como condición de la investidura en el cargo; b) *residencia* en el lugar donde tiene su sede el tribunal; c) *asistencia al despacho* con la periodicidad y tiempo necesario para atender satisfactoria y diligentemente las instancias de las partes; d) *suplencia* de otro juez en caso de ser menester y e) permanente *ausencia de cualquier causal de incompatibilidad.* Cada uno de ellos se explica por sí solo.

1.6.2. Los deberes procesales de dirección

Son los que la ley impone al juez con relación a la dirección y desarrollo del proceso, desde la admisión de la demanda hasta el cerramiento del trámite procedimental (ya se verá más adelante que el proceso se inicia con la presentación de la demanda y tiene un desarrollo que culmina con el llamamiento de autos). Durante tal curso cabe al juez conectar las instancias de las partes: a esta tarea se la conoce como de *dirección del proceso* (recuérdese que todo el trámite está gobernado por la regla de la *bilateralidad*). Para que el juez logre dirigir eficientemente un proceso, la absoluta generalidad de las leyes vigentes le impone ciertos deberes que son contingentes y, por tanto, cambiantes de código a código y, por supuesto, radicalmente diferentes si se compara un juez del sistema inquisitivo con otro del sistema acusatorio. En la tesitura de esta obra sólo cabe hacer una enunciación de tales deberes a partir de una clasificación que tiene en cuenta distintas ópticas: la del proceso *en sí mismo* y como *medio de debate*, la de los *sujetos intervinientes* y la del *litigio* que se controvierte.

a) Deberes que surgen con relación a *la pura actividad de procesar.* Pueden ser computados varios ejemplos a título ilustrativo[160]: 1) presidir todo acto en el cual deba intervenir la autoridad judicial; 2) actuar con un secretario que dé fe de lo que el juez actúe; 3) efectuar adecuado control de los trámites atinentes a la secretaría y, congruente con ello, revocar o corregir providencias simples dictadas por el secretario; 4) determinar inicialmente el tipo de procedimiento a seguir en el caso concreto; 5) vigilar para que durante la tramitación del proceso se procure la mayor celeridad y economía; 6) concentrar las diligencias procesales; 7) disponer toda diligencia necesaria para evitar nulidades; 8) declarar la caducidad del proceso; 9) fijar los plazos procesales cuando la ley no lo ha hecho; 10) controlar el pago de costas y gastos.

b) Entre los deberes que surgen *en cuanto a los sujetos intervinientes*, pueden computarse los siguientes deberes: 1) mantener la igualdad jurídica de las partes; 2) excusarse mediando causal al efecto; 4) prevenir y sancionar todo acto contrario al deber de probidad, a la lealtad y a la buena fe procesal; 5) cuidar el orden y el decoro en los juicios; 7) procurar, en ciertos casos, el avenimiento de las partes y promover acuerdos procedimentales o sustanciales entre ellos.

c) En cuanto al *litigio operado entre las partes*, los deberes admiten nueva clasificación: respecto de la *pretensión*, del *derecho que la sustenta* y de la *confirmación de los hechos controvertidos.*

1) En cuanto a la *pretensión*, los deberes son: A) velar por la competencia judicial, cuando es de carácter improrrogable (ver la Lección 9); B) señalar los defectos de las peticiones antes de darles trámite; C) integrar el litigio en caso de estar controvertida una relación jurídica inescindible; D)

160 La explicación del contenido preciso de cada uno de estos deberes excede el marco de este trabajo y tolera otro libro al efecto. Hace muchos años lo escribí –se trata de *El juez: sus deberes y facultades*, que publicó *Depalma* en el año de 1982– que recuerdo ahora al sólo efecto de abjurar de las ideas que allí sostuve en pro de un juez inquisitorial. Nuevamente reconozco que estuve mucho tiempo equivocado y que por ello no volvería a escribirlo en los mismos términos. De ahí que no haya autorizado hasta hoy una segunda edición después de tantos años.

acumular procesos en un mismo procedimiento cuando exista entre ellos conexidad causal o afinidad; E) comprobar la ausencia de litispendencia y de los efectos del caso juzgado.

2) En cuanto al *derecho que sustenta la pretensión*, el único deber es el de calificar jurídicamente la relación litigiosa (en orden a la regla *iura novit curia*, ver la Lección 12).

3) En cuanto a la *confirmación procesal.* Siempre a título ejemplificativo, los principales deberes son (para todos ellos, ver la Lección 21): A) determinar los hechos a confirmar; B) mantener la vigencia de la regla procesal de concentración; C) desechar liminarmente todo medio de confirmación que sea de improcedencia notoria; D) en algunas legislaciones hacer lo mismo respecto de medio confirmatorio impertinente; E) abstenerse de cuestionar la validez intrínseca de la prueba testimonial; F) recibir por sí todas las instancias confirmatorias; G) eliminar o modificar preguntas en el pliego de testigos; y de posiciones en el de declaración de parte; H) resolver observaciones a preguntas de testigos y peritos; I) carear testigos y partes; J) ordenar inspecciones; K) determinar los puntos sobre los cuales debe versar una pericia; L) establecer el modo de diligenciar cualquier medio de confirmación no previsto en la ley respectiva).

1.6.3. Deberes judiciales de resolución

Estos deberes se relacionan exclusivamente con la actividad de *sentenciar* y nada tienen que ver con la de procesar.

Cabe poner énfasis nuevamente en estas diferentes tareas que cumple el juez, pues desde la óptica unitaria del proceso que ya he mostrado en la Lección 2, recalco que la *actividad de procesar* es siempre idéntica en cualquier tiempo y lugar y aun respecto de las más variadas materias litigiosas pues la serie lógica *es la misma en todos los casos* cuando se respeta la idea de proceso y no se usa esta denominación para otra cosa. Lo que se muestra verdaderamente cambiante es la *actividad de sentenciar*, sujeta a reglas que varían en el tiempo y en el espacio y que le imponen al juez un determinado obrar: por ejemplo, si se procesa por delito penal, el juez

debe absolver al reo en caso de duda; si la pretensión es laboral, debe estar a favor del operario en el mismo supuesto, etcétera.

Haciendo ahora una conceptuación de este deber conforme a la tesitura expositiva adoptada en este obra, cabe decir que consiste en *fallar* (resolver) todos los *casos justiciables* presentados a sede judicial por *parte interesada*, aplicando a los hechos confirmados por ellos la *norma jurídica* que los regule si se adecua al ordenamiento constitucional vigente[161].

El genérico *deber de fallar* se complementa con otros deberes que no le van a la zaga en importancia. Ellos son: a) *decidir los litigios en el orden en el cual fueron quedando conclusos para sentencia.* La obviedad del concepto evita toda explicación sobre el tema; b) *resolver dentro de los plazos acordados al efecto por la ley*; c) *declarar la no justiciabilidad del caso.* Liminarmente o en el momento en el cual ello se advierta: a tal fin debe tenerse en cuenta lo explicado al comienzo de este mismo punto; d) *calificar la relación jurídica litigiosa* de acuerdo con la regla procesal *iura novit curia*; e) *emitir pronunciamiento sólo sobre lo que fue objeto de petición por las partes*, de acuerdo con la regla procesal de *congruencia*; f) *fundar adecuadamente la decisión que heterocompone el litigio*; g) *declarar la temeridad o malicia de las partes o abogados* cuando han desnaturalizado la idea lógica de proceso con respecto a sus principios; h) *aclarar la resolución* cuando ella contiene errores materiales o algún concepto oscuro u omisión de tratamiento de algún punto litigioso.

1.6.4. El deber judicial de ejecución

El deber de ejecutar lo resuelto –si es que las partes no han cumplido el mandato judicial– constituye una simple consecuencia del deber de fallar en función de la razón de ser del proceso. Se trata, en suma, de

161 En obra anterior se agregó a este párrafo la frase *o reglas de equidad* (ver el libro *El juez: sus deberes y facultades*, Depalma, Buenos Aires, 1982). Hoy no se repite pues se ha hecho uso tan desmedido de tales reglas que, a nuestro juicio, ello ha sido uno de los factores de mayor influencia en la formación del movimiento decisionista que aquí tanto se critica.

recomponer la paz social alterada por la existencia del conflicto que derivó en proceso (volveremos sobre el tema en la Lección 26).

1.7. Las facultades de los jueces

Se entiende por *facultad* la aptitud, poder o derecho que tiene un juez para hacer alguna cosa u obrar en un sentido determinado a fin de lograr un mejor desempeño de la función. Así concebida, la *facultad* presenta una clara diferencia con el *deber*: en tanto en éste no hay libre determinación del juez para obrar o no, toda vez que la ley establece imperativamente su actuación, en aquélla la ley sólo se concreta a posibilitar la realización de una conducta cuyo efectivo ejercicio depende exclusivamente del querer del juez (y no del legislador). A base de este concepto, todos los códigos procesales acuerdan mayores o menores facultades a los jueces. La contingencia de la materia hace que sólo quepa referir en esta obra una simple enunciación de las generalmente legisladas. Como siempre, el lector curioso tendrá que ocurrir a la ley respectiva para ver cómo opera el sistema en un lugar y tiempo dados.

Conforme a la finalidad que se pretende lograr con el ejercicio de las distintas facultades conferidas a los jueces, éstas pueden ser clasificadas en *ordenatorias*, *conminatorias*, *sancionatorias* y *decisorias*. Las trataré seguidamente por separado.

1.7.1. Las facultades ordenatorias

Se vinculan estrechamente con los deberes de dirección y, en forma más específica, tienden a que el juez pueda lograr una clara eficiencia funcional en la conexión de las instancias de las partes. Un criterio útil para subclasificar a este módulo ordenador relaciona tales facultades con el *proceso en sí mismo*, con los *sujetos intervinientes* y con el *litigio operado en el proceso*.

En orden a su generalizada aceptación a nivel legislativo y a título enunciativo, son:

a) *En cuanto al proceso en sí mismo*: 1) tomar medidas tendientes a evitar la paralización del curso de la serie procedimental; 2) habilitar días y horas inhábiles cuando esto sea necesario; 3) suspender o interrumpir plazos[162]; 4) comisionar despachos (a este efecto, el juez *comitente* libra *exhortos* y *oficios* al juez *comisionado*); 5) designar días para efectuar notificaciones automáticas; 6) ordenar que sean notificados personalmente o por cédula algunas decisiones que deben serlo en forma automática conforme al texto de la ley; 7) designar y admitir un número menor de peritos que el exigido por la ley; 8) determinar la privacidad de una audiencia; 9) determinar el lugar en el cual se hará una subasta; etcétera.

b) *En cuanto a los sujetos intervinientes en el proceso.* La mayoría de las legislaciones vigentes acepta la enunciación de las siguientes facultades: 1) exigir la comprobación documental de la identidad personal de los comparecientes al proceso; 2) disponer la comparecencia personal de las partes para intentar conciliación o requerir explicaciones o llamar a las partes a su despacho para conferenciar privadamente con ellas; 3)

162 Interesa aquí explicar el significado de ambos vocablos atendiendo a que la doctrina jurisprudencial los confunde en numerosas ocasiones.
La *suspensión* importa la fulminación del período ya transcurrido y la necesidad de conceder un nuevo plazo en reemplazo del suspendido, cualquiera haya sido el momento de su curso en el cual se decretó la suspensión. Implica, por tanto, la no iniciación del plazo.
La *interrupción*, al contrario, supone la no fulminación del período ya transcurrido; de modo que cuando se la decreta y luego se ordena la continuación del plazo interrumpido, no debe correr íntegramente de nuevo, sino que es menester descontar los días ya cumplidos con anterioridad.
Un ejemplo ayudará a comprender la diferencia apuntada: supóngase que el juez ordena correr traslado de la demanda al demandado por el plazo de diez días; al quinto, y por razones que no son del caso investigar ahora, *suspende* dicho plazo. Cuando decide renovarlo habrá de conferir nuevamente traslado por diez días. En cambio, si en el mismo supuesto *interrumpe* el plazo ya corrido al quinto día y luego lo renueva, correrá ahora por los cinco días que al momento de la interrupción estaban faltando para completar el total de diez. Esta facultad otorga al juez la posibilidad de lograr distintos efectos según sea el instituto que adopte en cada caso concreto.
El actual Ccc define ambos términos exactamente al revés. Una muestra más de la ignorancia del codificador acerca de nuestra asignatura....

autorizar excepcionalmente que el imputado se retire de la audiencia mediando causas justificadas; 4) disponer la comparecencia personal de testigos, peritos y terceros cuantas veces el juez lo considere necesario; 5) unificar personerías; etcétera.

c) *En cuanto al litigio.* La facultad judicial que se halla generalizadamente aceptada por los diversos códigos es la de *ordenar la realización de toda diligencia necesaria para establecer la verdad real al respecto de los hechos litigiosos* (volveremos sobre el tema en la Lección 21).

1.7.2. Las facultades conminatorias

Están aceptadas en muchos códigos –que no en todos– como natural consecuencia de la aceptación del deber judicial de ejecutar lo decidido en la sentencia respecto del litigio. Y es que de nada valdría la sustitución intelectiva que efectúa un juez para heterocomponer un litigio si el derecho declarado quedare líricamente estampado en una hoja de papel sin posibilidad alguna de coaccionar su cumplimiento por el deudor renuente.

En general, las leyes procesales establecen concreta y expresamente cuál es la vía procedimental idónea para lograr la ejecución de una sentencia de contenido declarativo. Por ejemplo: a) si se trata de una condena por *obligación de dar cantidad de dinero*, el mandato judicial se ejecuta por medio de un nuevo proceso que se conoce casi universalmente con la denominación de *juicio de apremio* o *de ejecución de sentencia*; b) si se trata de *obligación de dar o de restituir cosa cierta y determinada* (mueble o inmueble), la respectiva condena se ejecuta librando el juez un *mandamiento* para desapoderar del bien mueble al deudor o para obtener su *lanzamiento* en caso de inmueble; c) si se trata de una *obligación de hacer* alguna cosa y ésta puede ser realizada por un tercero, se ordena la ejecución por él a costa del deudor o, a elección del actor, se obliga al deudor a resarcir los daños y perjuicios provenientes de la inejecución; d) pero si se trata de *obligación de hacer* alguna cosa que no puede ser suplida por tercero, y el acreedor no quiere resolver la obligación en resarcimiento de daños y perjuicios, no queda otra vía que arbitrar una suerte de conmi-

nación al deudor para que cumpla en especie lo adeudado (piénsese, por ejemplo, en el contrato con célebre pintor para que efectúe un retrato y que luego pretende desconocer la obligación asumida o, también, en el cumplimiento de un régimen de visitas de menores, etcétera); e) algo similar ocurre con la *obligación de no hacer* alguna cosa: si el deudor la quebranta, el acreedor tiene opción para pedir que se repongan las cosas al estado en el cual se hallaban, a costa del deudor y siempre que fuere posible. Pero si no lo es, no queda otra alternativa que el resarcimiento o la conminación.

Esta *necesidad de conminar* ha generado el instituto de la *constricción* (o *astreintes*), mediante el cual el juez está facultado para imponer una sanción *pecuniaria compulsiva y progresiva* tendiente a lograr que, en algún momento, el incumplidor acate el mandato judicial.

Como puede notarse, la idea fundamental que preside la esencia del instituto tiene por finalidad última la de transformar una obligación *incoercible* –cual es la de *hacer*– por otra *coercible*: la de *dar suma de dinero*, a efecto siempre de lograr el acatamiento del mandato judicial.

Dos aclaraciones deben ser hechas en este momento: la primera es que, por defecto legislativo las más de las veces, abundante jurisprudencia se inclina por aceptar la vigencia de este instituto respecto de *todo tipo de obligaciones* en lugar de circunscribirla exclusivamente a las de *hacer y no hacer*, con olvido de que todas las demás son coercibles, y, por tanto, las leyes procesales regulan minuciosamente el modo de efectuar la coacción: desapoderamiento, lanzamiento, ejecución por tercero, resarcimiento del daño causado, etcétera. A nuestro juicio, se trata de una extensión indebida del instituto que luego genera innumerables problemas, como puede verse con facilidad en todas las sentencias sobre el tema que están registradas en cualquier repertorio jurisprudencial.

La segunda aclaración se refiere a la *progresividad* de la sanción conminatoria: no se trata aquí de imponer una simple multa por el incumplimiento, sino de lograr el cumplimiento de la obligación. De ahí que la multa no debe ser *acumulativa* (como lo señala importante

doctrina en la Argentina, donde casi todos los códigos prevén la vigencia del instituto) –que puede quedar en puro lirismo en una economía altamente inflacionaria–, sino que debe ser *progresiva* en orden a que no exista fortuna que pueda soportar su pago. A este efecto, el juez debe partir de una unidad cualquiera y, en progresión geométrica, doblarla cada tanto tiempo (un día, una semana, un mes, etc.): si el deudor es solvente cumplirá la obligación adeudada, pues llegará un momento en el cual comprometerá todo su patrimonio.

Conocemos a algunos jueces que se niegan sistemáticamente a interpretar la conminación del deudor en la forma antes expuesta, so pretexto de que resultaría demasiado onerosa para él. Y ello es absurdo pues esto es, precisamente, lo que se intenta con la vigencia del instituto, usado como medio para lograr por vía indirecta el total acatamiento a la sentencia que condenaba al cumplimiento de una obligación de hacer (no suplible por tercero) y de no hacer.

1.7.3. Las facultades sancionatorias

Estas facultades se hallan estrechamente vinculadas con los deberes procesales de dirección relacionados con el cuidado del orden y el decoro en los juicios.

Como es obvio, a partir de ello el director del debate tiene que contar con facultades suficientes para calificar la artería y sancionar a quien se aparta del fiel cumplimiento de la regla moral que debe presidir sí o sí a todo proceso. Y así es que todos los códigos o leyes que organizan el Poder Judicial autorizan un amplio elenco de sanciones adecuadas para la vasta gama de inconductas que las partes o sus defensores pueden adoptar en un proceso.

Las actitudes sancionables pueden ser clasificadas en dos grandes grupos: las que *obstruyen el curso normal del proceso* y las que *pecan por exceso de lenguaje* en los escritos o audiencias.

El régimen sancionatorio es altamente contingente en las diferentes legislaciones.

Tratando de hacer un inventario enunciativo de las principales sanciones que adoptan los códigos o leyes orgánicas, pueden registrarse: a) en cuanto al primer grupo, la *prevención*, el *apercibimiento*, la *privación de honorarios*, la *imposición de multas*, el *arresto*, la *suspensión* y la *cancelación de la matrícula*; b) en cuanto al segundo grupo, la *testación de frases*, la *devolución de escritos*, el *llamado a la cuestión en las audiencias* y la *expulsión* de éstas.

1.7.4. Las facultades decisorias

Generalmente vinculadas con el deber de fallar, son las que conceden los ordenamientos legales para que el juez pueda lograr una adecuada heterocomposición del litigio. Las más conocidas en las leyes procesales son: a) la facultad de dejar sin efecto (revocar) sus resoluciones (conforme a ciertos requisitos de indubitable vigencia), b) la de apartarse, aunque fundadamente, del dictamen pericial y c) la de establecer el monto de los daños y perjuicios cuando se ha acreditado la obligación de resarcir, pero no su *quantum*.

1.8. La responsabilidad de los jueces

Como natural consecuencia de sus caracteres de *independiente* e *inamovible*, en el cumplimiento de su función todo juez está sujeto a una cuádruple responsabilidad: *disciplinaria*, *política*, *penal* y *civil*.

a) Le cabe *responsabilidad disciplinaria* de naturaleza administrativa en cuanto forma parte de un Poder que opera jerárquicamente y en orden a mantener incólume el régimen orgánico de incompatibilidades y el que regula sus actividades de procesar y sentenciar. De ahí que los jueces inferiores sean *sancionables* por los superiores en caso de infringir las normas que establecen las incompatibilidades o de ausentarse injustificadamente del lugar de cumplimiento de la función, o de no asistir al despacho con la frecuencia y dentro del horario que indican las normas de gobierno del Poder o de abandono o retraso injustificado en el desempeño de la actividad judicial, etcétera. Las sanciones que puede sufrir un juez son variables

en los distintos ordenamientos y van desde la simple prevención hasta la suspensión temporal. La reiteración de actitudes sancionables puede generar en muchos casos su remoción, para lo cual debe ser enjuiciado al efecto. Y esto genera la siguiente categoría.

b) Le cabe también *responsabilidad política* cuando el juez comete grave falta que lesiona su investidura (aceptar dádivas, reiteración de actitudes sancionables en el régimen disciplinario, etc.) o delito del derecho penal o exhibe desconocimiento manifiesto del Derecho, etcétera. En tales casos puede ser removido del cargo. Para este supuesto, también mencionado en el párrafo anterior, es requisito imprescindible que el juez sea sometido a juzgamiento por un órgano político (de allí la denominación de *juicio político*) que habitualmente es el Senado o la Asamblea Legislativa o un tribunal *ad hoc* que se conoce como Jurado (o *Jury*) de Enjuiciamiento y cuya función consiste en absolver, destituir o desaforar al juez. Hasta que esto último no ocurra, el juez sigue manteniendo su derecho a la inamovilidad y su inmunidad en materia penal.

c) Le cabe también *responsabilidad penal* por la comisión de delitos comunes o con motivo del ejercicio del cargo (por ejemplo, cohecho, enriquecimiento ilícito, prevaricato y denegación y retardo de justicia, etcétera). Pero como mientras permanezca en el cargo no puede ser detenido ni sujeto a proceso penal, es necesario su *desafuero* (pérdida del derecho a la inamovilidad) por decisión emanada de la autoridad que tiene competencia para su juzgamiento político.

d) Por último, le cabe *responsabilidad civil* por todo daño y perjuicio que pueda ocasionar en el desempeño de la función. En muchas constituciones y leyes orgánicas, este tipo de responsabilidad es directamente operativa y, por ende, el juez puede ser demandado sin el cumplimiento previo de ningún requisito. Otros ordenamientos guardan silencio al respecto, y en ellos se ha instaurado una fuerte corriente jurisprudencial creadora de una especie de *bill* de indemnidad para el juez: exige previo desafuero por el tribunal político para ser pasible de responsabilidad civil. Lo cual nada tiene que ver con la idea de República. Cabe acotar,

finalmente, que este desafuero no se exige cuando el juez es demandable civilmente por acto que no fue cometido en ejercicio propio de la función.

2. LOS AUXILIARES DEL JUZGADOR

Salvo el caso del árbitro (y del arbitrador), que generalmente actúa solo o con algún apoyo de técnicos, los jueces cumplen su función con diversos auxiliares a los cuales la ley o el propio juez asigna diferentes competencias.

Sin pretender una enunciación taxativa, los auxiliares más generalizados son: el secretario, los oficiales y auxiliares subalternos, los técnicos y los defensores letrados.

2.1. El secretario

Es un funcionario del Poder Judicial subordinado jerárquicamente al juez y que se desempeña casi siempre como jefe inmediato del personal auxiliar subalterno del respectivo juzgado o tribunal. Las funciones que cumplen están contingentemente señaladas en las leyes procesales y orgánicas, y admiten la siguiente clasificación:

a) *fedatarias*[163] o *notariales*[164]. Se trata de un funcionario que debe actuar independientemente del juez, pero al lado de él a fin de dar fe de los actos que se cumplen en su presencia. Al tiempo de escribir originariamente esta obra, se dijo que era una función anacrónica, por las razones expuestas a pie de página[165]. Después de todo lo ocurrido durante

163 Es *fedatario* el funcionario con autoridad y competencia para asegurar la verdad o la autenticidad de algo.

164 *Notarial* es lo relacionado con el *notario*: funcionario público legalmente autorizado para dar fe o garantía de ciertos documentos o actos extrajudiciales, conforme con las leyes.

165 En la primera edición de esta obra –escrita siendo todavía juez de Cámara– sostuve algo que hoy no mantengo. Decía allí que "Se trata de una función ya anacrónica que, sin embargo, se mantiene en diversos ordenamientos vigentes. Conforme a ella, el secretario debe *dar fe* o *autorizar* lo actuado personalmente por el juez o lo que las partes y otros sujetos que concurren al proceso actúen ante él, y otorgar fecha cierta a

los últimos años en la justicia argentina, ya en crisis y viendo el elevado número de jueces enjuiciados y destituidos por las más variadas razones, eso fue una equivocación o, al menos, muestra de que el tema es opinable. Por eso es que, reconociendo públicamente el error, hoy afirmamos que la presencia del fedatario es realmente imprescindible, al menos como una valla más que ayude a evitar cualquier tipo de inconducta judicial. Pero adviértase que hablamos de un *notario independiente*, no de un secretario que guarde *absoluta subordinación* al magistrado porque, de tal forma, se posibilita lo que pretende evitarse con su presencia;

b) *administrativas.* Comprende las tareas ordenatorias para la formación material del proceso (escrito), entre las cuales puede ejemplificarse con las de custodia de los expedientes judiciales y de los documentos presentados por las partes, así como con las de su mantenimiento, compaginación y foliación de tales expedientes, control de los documentos que se entregan, libramiento de oficios a nombre del juez, etcétera;

c) *procesales de dirección.* Comprende la posibilidad de hacer personalmente –con impugnación ante el juez– las conexiones de las instancias de las partes (algunos otorgan a esta competencia la denominación de *decisorias*)[166]. Dentro de este criterio clasificador, cabe un sinnúmero de temas que casi todas las leyes o códigos orgánicos o procesales asignan al secretario.

2.2. Los oficiales y los auxiliares subalternos

Ubicados jerárquicamente por debajo del secretario, las distintas leyes prevén la presencia de otros funcionarios subalternos cuyo número

las instancias de las partes. El antiguo recelo real respecto de la actuación de un juez en cada caso concreto no merece ser mantenido en la época contemporánea. De ahí el anacronismo de la función fedataria que, si bien operó eficazmente en el pasado por medio de funcionarios notariales *independientes*, hoy carece de esa eficacia toda vez que quien actúa como notario del juez es un inferior jerárquico de él".

166 Esta facultad legal –que cada día se aplica más como una forma de agilitar la labor de todo juzgado– muestra a las claras que nada impide que no sea el juez quien lleve personalmente el desarrollo procedimental. Bien podría hacerlo un *director de procedimiento* previendo adecuadas impugnaciones ante el juez.

y cantidad de atribuciones difieren en los respectivos ordenamientos. Los principales son:

1) *jefe de despacho.* Es el auxiliar que sigue inmediatamente después del secretario en el orden jerárquico de un tribunal y, sin perjuicio de las tareas de control y vigilancia que ejerce sobre el resto del personal subalterno, coadyuva con los secretarios en la realización de ciertos grados de documentación, custodia de expedientes, certificación de firmas a ruego, autorización de cargos, etcétera;

2) *oficial de justicia.* Es el auxiliar cuya misión consiste en ejecutar diversas diligencias ordenadas por el juez, tales como requerir el pago al deudor de una obligación, trabar embargo sobre sus bienes muebles y, llegado el caso, desapoderarlo, hacer efectivo un lanzamiento, efectuar ciertas notificaciones que, por la importancia de sus formalidades, exceden el marco de la competencia del ujier, etcétera;

3) *ujier* (o notificador). Es el auxiliar cuya misión consiste en efectuar las citaciones y emplazamientos y, en general, las notificaciones ordenadas por la ley o por el juez.

Hasta aquí hemos enunciado sucintamente las principales funciones subalternas, debiendo hacer notar ahora que ellas son harto contingentes y que, por tanto, cambian radicalmente entre los distintos ordenamientos.

2.3. Los técnicos

En numerosas ocasiones, el litigio operado entre las partes versa sobre aspectos estrictamente técnicos o éstos tienen especial relevancia para su correcta decisión; de ahí que el juez deba conocer en profundidad un cúmulo de materias que exceden el marco cultural y jurídico de su profesión. Como resulta imposible exigir al juez una clara idoneidad en los más diversos aspectos técnicos, se acepta desde siempre que puedan auxiliarlo diversos *expertos* o *peritos* en las más variadas ciencias y artes que, o bien integran la planta permanente del personal del respectivo tribunal, o bien actúan independientemente, colaborando con el juez

cuando éste requiere el respectivo *dictamen.* Volveremos sobre el tema en las Lecciones 18 y 21.

2.4. Los defensores letrados[167]

Al analizar los presupuestos de la demanda (ver Lección 7), hicimos ya referencia a que muchas leyes no reconocen al particular el derecho de postular ante la autoridad, sino que le exigen la asistencia de un *letrado*, que actúa como una suerte de intermediario entre las partes del proceso y la autoridad. Por supuesto, no ha sido siempre así: basta recordar la pintoresca resolución del Cabildo de Buenos Aires negando el ingreso a la ciudad de tres letrados que venían a ejercer su profesión en ella, para advertir que la *defensa técnica* es un logro relativamente moderno que opera como un verdadero pilar de soporte de la garantía constitucional del *debido proceso* que ya se ha visto en la Lección 11 y que, lamentablemente, no opera en toda la extensión que debería hacerlo en muchos de los distintos ordenamientos legales (penales) de América. La necesidad de contar con adecuado asesoramiento en el desarrollo de un medio eminentemente técnico como es el proceso y de lograr una actuación correcta del litigante en la línea de eficiencia que une la pretensión o la excepción con la sentencia, hace que el defensor se constituya en figura capital en los estudios del derecho procesal: así es como los distintos ordenamientos orgánicos asignan al abogado un papel verdaderamente relevante, que corre desde la denominación de *auxiliar judicial* hasta la de verdadero *coadyuvante esencial* en la tarea de hacer justicia, pero que, en todos los supuestos, está sujeto a variados deberes respecto del cliente, del ejercicio mismo de la profesión y del juzgador.

a) Respecto del *cliente.* Las distintas leyes prohíben en general a todo abogado: 1) patrocinar o asesorar a ambos litigantes en un juicio, simultánea o sucesivamente, o aceptar la defensa de una parte si ya hu-

167 Se entiende por tales a las personas legalmente autorizadas para defender a sus clientes en los juicios o para aconsejarlos sobre cuestiones legales. Se usa habitualmente como sinónimo de *abogado.*

biera asesorado a la otra (en la Argentina, por ejemplo, esta conducta implica delito del derecho penal) salvo en los supuestos de inexistencia de conflicto actual, como el caso del divorcio por mutuo consentimiento o el de homologación de un acuerdo; 2) patrocinar y representar a partes contrarias los abogados asociados entre sí, tanto en forma individual como simultánea; 3) ejercer la profesión de abogado en pleito en cuya tramitación intervino como juez; 4) retener indebidamente fondos o efectos pertenecientes a sus mandantes, representados o asistidos; 5) mantener una actitud de retardo o negligencia frecuente o de ineptitud manifiesta o de omisión en el cumplimiento de las obligaciones, deberes y cargas profesionales, etcétera.

b) Respecto del *ejercicio profesional.* Distintas normas que regulan éticamente a la abogacía prohíben a todo letrado: 1) aceptar el patrocinio o representación en asuntos en que haya intervenido un colega o tomar contacto directo con la parte contraria a la cual aquél asiste, sin su previo conocimiento; 2) proveerse de clientela por medios incompatibles con la dignidad profesional; 3) publicar avisos que pueden inducir a engaños a los clientes u ofrecer cosas contrarias o violatorias de las leyes; 4) celebrar contrato de sociedad profesional con quien no es abogado; 5) violar el régimen legal de incompatibilidades, etcétera.

c) Respecto del *juzgador.* Incumbe a todos los abogados: 1) conducirse en el pleito con lealtad, probidad y buena fe en la elaboración de la defensa; 2) colaborar en el desarrollo e impulsión de los procesos; 3) aceptar los nombramientos de oficio para la defensa de imputados penales pobres o que se han negado a designar defensor y las designaciones para integrar tribunales en los casos previstos en las leyes (caso del *conjuez*[168]), supuestos

168 En el antiguo derecho español, *conjuez* era quien hacía de juez junto con otro en un mismo litigio (hoy se diría *cojuez*). En la Argentina, el vocablo se utiliza para mencionar al abogado que accidentalmente remplaza en su cargo a un juez que se ha excusado en un litigio concreto por haberse agotado la respectiva nómina de subrogantes legales. Lo explicamos mejor: normalmente la propia ley prevé varios reemplazantes para cada juez; a este efecto, existe una larga lista integrada por todos los jueces de la misma materia y, eventualmente, de diferente materia o fuero. Sin perjuicio de ella y para el caso de que no alcancen tales reemplazantes legales (piénsese, por ejemplo, en

éstos en los que la actuación es carga pública gratuita inherente a la función de abogado e irrenunciable salvo causa debidamente justificada, etcétera.

un juez superior que litigue en causa propia y que por razones obvias se excusen de intervenir en el respectivo proceso todos los demás jueces), los tribunales superiores de cada lugar confeccionan anualmente diversas listas para cada jerarquía y fuero judicial con nombres de abogados relevantes que se encuentran en el ejercicio activo de su profesión, entre quienes se hace un sorteo público en cada caso. Mediante ese sorteo, se designa al abogado que será juez en una causa determinada: el *conjuez*. En Chile se le da la denominación de *abogado subrogante*.

LECCIÓN 18

LOS TERCEROS QUE ACTÚAN EN EL PROCESO SIN SER PARTES PROCESALES

SUMARIO:

1. El concepto y la razón de ser de la explicación
2. Los terceros que, interviniendo en el proceso, no se convierten en partes del litigio
   - 2.1. El testigo
   - 2.2. El intérprete y el traductor
   - 2.3. El perito
   - 2.4. El tasador
   - 2.5. El delegado técnico o perito de parte
   - 2.6. El depositario judicial
   - 2.7. El secuestre
   - 2.8. El subastador o martillero
   - 2.9. El notario
   - 2.10. El diligenciador
   - 2.11. La oficina de correos
   - 2.12. El tenedor de un documento que interesa a las partes
   - 2.13. El fiador
   - 2.14. Las corporaciones profesionales
   - 2.15. Los terceristas
   - 2.16. El interventor judicial
   - 2.17. Los beneficiarios de la tributación fiscal y parafiscal
   - 2.18. La policía

1. EL CONCEPTO Y LA RAZÓN DE SER DE LA EXPLICACIÓN

Ya ha visto el lector en las Lecciones 16 y 17 quiénes son los sujetos *necesarios* del proceso y aprendió a distinguir entre el *juzgador* (y todos sus auxiliares) y las *partes procesales* (actor, demandado, etcétera). También

se verá en la Lección 19 que hay sujetos *eventuales* del proceso (pueden intervenir o no), entre los cuales se hallan quienes tienen algún interés en el resultado final del litigio (porque de alguna manera están vinculados al conflicto): éstos son los terceros que *pueden convertirse en partes procesales* y que, a partir de allí, pierden la calidad de *terceros* para designarse finalmente como *partes procesales sucesivas*. Resta ahora mostrar la lista de personas que pueden intervenir en un proceso en distintas calidades y que no logran acceder jamás a la categoría de *parte procesal* del litigio, respecto del cual siempre son *terceros* (se supone que, como tales, son indiferentes e independientes).

Sin ánimo de ser exhaustivos, tales terceros son: el *testigo*, el *intérprete* y el *traductor*, el *perito* y el *tasador*, el *delegado técnico*, el *secuestre*, el *depositario judicial*, el *subastador*, el *notario*, el *diligenciador*, la *oficina de correos*, el *tenedor de un documento* que interesa a las partes, el *fiador judicial*, las *corporaciones profesionales*, los *terceristas*, los *interventores judiciales*, los *beneficiarios de la tributación fiscal*, etcétera. Por supuesto, esta nómina se suma a la de abogados, procuradores, representantes legales y convencionales y gestores procesales que ya especificamos en la Lección 16. Todos ellos tienen distintas intervenciones que pueden llegar a alterar el estado o el resultado del litigio o devienen necesarios para cumplir tareas ajenas al oficio judicial; aún más, pueden exigir eventualmente una retribución o una compensación a alguna de las partes, a raíz de lo cual es posible que se formalice un nuevo y propio proceso conexo al principal donde se cumplió la actuación. Tal es la razón por la cual se desarrollará esta Lección, cuyo contenido no se encuentra habitualmente en los demás libros de la asignatura. Antes bien, cada una de las figuras recién mencionadas (nunca han sido explicadas todas juntas) es presentada al estudiar la prueba, la ejecución de la sentencia, la subasta, etcétera, por lo cual el lector carece de la cosmovisión del tema que pretendemos tenga en esta obra.

2. LOS TERCEROS QUE, INTERVINIENDO EN EL PROCESO, NO SE CONVIERTEN EN PARTES DEL LITIGIO

Nos referiremos ahora a cada uno de los mencionados en el párrafo anterior.

2.1. El testigo

Es *testigo* la persona física que ostenta la calidad de *tercero* (no parte) en un proceso dado y que, por haber percibido por medio de alguno de sus sentidos (vista, olfato, oído, tacto, gusto) un hecho que es materia del litigio, puede ser llamado por alguna de las partes o por el juez para declarar en el proceso con el objeto de confirmar una afirmación de parte negada por la otra.

Por supuesto, la regulación procedimental de todo lo atinente al testigo y a su testimonio es contingente y, como tal, cambiante en las distintas legislaciones. Sin perjuicio de que el lector ocurra a una concreta normativa que pueda interesarle, señalaremos aquí las generalidades del tema en orden a un gran número de leyes que lo desarrollan de manera similar respecto de los requisitos para ser testigo, de sus deberes y de su retribución.

a) *Los requisitos para ser testigo*

1) Es habitual que se exija una edad mínima que la mayoría de las leyes establece en *catorce años*. Sin embargo, menores de esa edad pueden ser interrogados por el juez, aunque sin sufrir los apercibimientos que luego se verán y que alcanzan a todos los demás que prestan testimonio (esto ocurre generalmente en litigios del derecho de familia y, sobremanera, en los que se discute la guarda de esos mismos menores);

2) se requiere también que el testigo no sea cónyuge, pariente o afín (en determinados grados que varían en cada ley) respecto de alguna de las partes del litigio, a menos que haya sido agente o testigo instrumental de un acto jurídico y la declaración deba versar sobre éste o que verse sobre el nacimiento, matrimonio, divorcio o defunción de personas de su familia.

b) *Los deberes del testigo*

Salvo el supuesto de menor de catorce años, para quien el juez actuante arbitrará la forma, lugar y tiempo de su interrogación, y salvo quienes no son testigos admisibles, todo testigo está sujeto a tres deberes distintos que conviene diferenciar adecuadamente en orden a la sanción que el incumplimiento de cada uno de ellos puede ocasionar. Son: 1) El deber de *comparecer* en el tiempo fijado al efecto ante los estrados del juez que lo convocó en tal carácter. De no hacerlo así sin causa justificada, puede ser conducido por la fuerza pública y, además, sometido a denuncia penal por la comisión de delito de acción pública. Están exentos de este deber ciertos funcionarios públicos que en cada caso detallan las leyes en particular y los ancianos o enfermos que no pueden desplazarse. Aquéllos declaran mediante un *informe* escrito y los segundos son interrogados en su propio domicilio por el juez actuante. 2) El deber de *declarar* o *prestar testimonio* bajo juramento de decir verdad, no pudiendo el testigo guardar silencio ante la interrogación respectiva a menos que: A) se trate de sacerdotes, médicos, parteras, abogados, etcétera, a quienes protege el *secreto profesional* respecto de todo lo que se les comunicó confidencialmente en el ejercicio de su ministerio o profesión; B) la respuesta que se le exige pueda comprometer su honor o exponerlo a enjuiciamiento penal y C) no pueda responder sin revelar un secreto científico, artístico o industrial. Si el testigo no cumple con este deber, puede ser sometido a arresto hasta tanto declare o, en algunos casos, sometido a enjuiciamiento penal. 3) El deber de *decir la verdad acerca de lo que se le interroga.* Caso de no hacerlo así, el mentiroso es procesable por el delito de falso testimonio.

c) *Retribución del testigo*

Como el testigo cumple una carga pública inherente a la vida en sociedad, parece obvio destacar que no puede aspirar a retribución alguna por prestar su testimonio. Sin embargo, es habitual que las leyes permitan que reclamen una indemnización por el tiempo insumido (máxime si es asalariado por jornal) o una suerte de viático que cubra los gastos que hubo de afrontar para concurrir al tribunal (piénsese en testigo que reside fuera de lugar del juicio). Todo lo relativo al testimonio, su técni-

ca, oportunidad, formas y eficacia confirmatoria de la declaración, será explicado en la parte especial de la asignatura. Como esta remisión vale también para todos los demás sujetos que se enunciarán seguidamente, no habrá reiteración de esta aclaración en el resto de la Lección.

2.2. El intérprete y el traductor

Pocas cosas son tan difíciles y complejas como el litigar expresándose en una lengua distinta a la materna (precisamente esa es una de las ventajas del arbitraje internacional: la libre elección del idioma a usar en el proceso). De ahí que cuando quien debe declarar en juicio –parte, testigo o informante– no habla el idioma castellano, las leyes le posibilitan y brindan la ayuda de un *traductor* para que traduzca de una lengua a otra y, en su caso, de un *intérprete* que explique o aclare el sentido de alguna expresión no hablada[169]. Del mismo modo, cuando se presenta en juicio un documento que se halla redactado en idioma extranjero, es menester que se encuentre traducido por un *traductor* reconocido como tal.

Por supuesto, el intérprete y el traductor se convierten de hecho en *testigos* que deben desempeñar sus cometidos sujetos a los mismos deberes genéricos ya vistos en el número anterior. Y bajo similar juramento de proceder rectamente, puesto que la ley les otorga el mismo trato que a los demás peritos. Pero, contrariamente a lo explicado respecto de los testigos, tanto el intérprete como el traductor tienen derecho a percibir una retribución por su trabajo que, en defecto de pacto con la parte interesada, establecerá en cada oportunidad el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2.3. El perito

En general, denomínese *perito* a la persona que conoce y tiene experiencia o habilidad o práctica en alguna ciencia o arte. En este sentido,

169 El traductor parte de una lengua y traslada a otra lo escrito o hablado en ella. El intérprete hace lo mismo, pero con mímica: por ejemplo, le explica gestualmente a un sordo lo que oye hablado por otro.

puede o no exhibir un título oficial (no siempre es necesario ello ni todas las leyes lo exigen para que pueda emitirse un dictamen pericial).

En el lenguaje procesal, es *perito* quien es llamado al pleito para que emita una *opinión* o *parecer* o *dictamen* acerca de algún punto litigioso, a fin de confirmar una afirmación de alguna de las partes procesales, con el objeto de ayudar al juez (no técnico en todas las ciencias y artes) a comprender mejor el tema de la discusión. Por supuesto, al aceptar el cargo, el perito presta juramento de desempeñarlo lealmente y debe someter su tarea a una serie de requisitos que, por su extensión y carácter contingente, no serán materia de esta obra. Sin embargo, el lector encontrará en la Lección 21 todo lo relativo al valor y eficiencia de la pericia.

El perito que cumple idóneamente con su cometido tiene derecho a una retribución que, en la mayoría de los casos, es fijada por el juez teniendo en cuenta las circunstancias del caso.

2.4. El tasador

El *tasador* es un perito (y, como tal, sujeto a todas las condiciones propias de los peritos) en la tarea de evaluar cosas a efectos de fijar el precio que tienen en ciertas circunstancias. La actividad que cumple tiene importancia jurídica en numerosos casos y, especialmente, en el derecho sucesorio, donde quien actúa como tal también lo hace en carácter de inventariador de los bienes relictos. Por ser esencialmente un perito, se aplican al tasador las observaciones antes efectuadas.

2.5. El delegado técnico o perito de parte

Algunas leyes procedimentales acuerdan la posibilidad de que cada una de las partes en litigio pueda designar a un *delegado técnico* o *perito de su parte* para que controle las tareas realizadas por el perito judicial antes de redactar el dictamen que presentará al juez.

El sentido de la figura es asegurar un adecuado derecho de defensa a la parte mediante un control que ella no puede ejercer personalmente

por carecer de los conocimientos necesarios al efecto. Por supuesto, su tarea merece una retribución que será afrontada siempre por la parte que lo designó y cuyo importe no podrá repetir del condenado en costas. Ya se comprenderá el tema cuando se relea la Lección 15.

2.6. El depositario judicial

En general, es *depositario* la persona que recibe de otro (llamado *depositante*) una cosa en calidad de *depósito*, obligándose civilmente y bajo sanción penal a conservarla, a abstenerse de usarla y a devolverla cuando sea requerida al efecto.

Es *depositario judicial* la persona (puede ser el mismo interesado o, más corrientemente, un tercero) a quien se entrega la tenencia de una cosa mueble embargada o de una cosa inmueble cuya posesión se quitó al poseedor, como consecuencia de una medida cautelar (v. Lección 25) o de la necesidad de subastar la cosa. Para la formalidad de la constitución del carácter de depositario, éste debe aceptar el cargo bajo juramento de desempeñarlo lealmente.

Siendo una tarea que no constituye carga pública, el depositario (cuando es un tercero) tiene derecho a una retribución que fijará el juez conforme a las circunstancias del caso.

2.7. El secuestre

Denomínese *secuestre* en algunas legislaciones a la persona física que cumple funciones de custodio o depositario de bienes embargados y, también, de interventor administrador cuando el embargo se efectúa en establecimientos industriales o comerciales. Presta fianza para el desempeño de su función y tiene derecho a retribución en orden a las tareas realizadas.

2.8. El subastador o martillero

Se entiende por *remate* la venta pública de bienes mediante el sistema de puja de ofertas entre los concurrentes al acto convocado al efecto,

con la implícita condición de aceptarse como precio de venta el señalado por la mayor oferta. Se acepta desde antiguo que cuando el remate se efectúa bajo la autoridad de un magistrado recibe la denominación de *subasta* (designación que en la jerga tribunalicia es sinónimo de *remate*). De ahí que el *subastador* (o el *martillero* o *el rematador*) sea la persona física que procede a regular las ofertas que emiten los asistentes al acto y a aceptar la oferta final.

En todos los ordenamientos procedimentales, el subastador es importante figura: mediante su labor se procede materialmente a ejecutar la sentencia que ordena vender bienes del deudor para satisfacer el derecho del acreedor. Aunque el simple rematador es un típico auxiliar de comercio y, como tal, sujeto a la ley respectiva, cuando actúa en el proceso lo hace por mandato de un juez, de quien se convierte en su auxiliar para el caso, sujeto como tal a un cúmulo de deberes fijados por la ley procesal y que debe cumplir inexorablemente bajo posibilidad de ser sancionado por la autoridad que lo designó. Por supuesto, el subastador ejerce una actividad que debe ser remunerada por los interesados. Su estipendio recibe el nombre universal de *comisión*, que la propia ley fija en orden al tipo de bienes a subastar.

Cuando la subasta fracasa, tal remuneración se conoce como *falsa comisión* que regula el juez actuante en orden a la importancia de los bienes en juego.

2.9. El notario

Denomínese *notario* o *escribano* al funcionario público a quien la ley otorga la competencia específica de dar fe de los actos que pasan ante él. En el campo del proceso, la función *fedataria* es cumplida por el *secretario* (ver Lección 17). No obstante la similar actividad desarrollada por secretario y notario (o escribano) –ya que ambos producen *instrumentos públicos*–, se encuentra al exclusivo cargo de éste la expedición de *escrituras públicas*, necesarias cuando debe instrumentarse un acto de venta inmobiliaria con motivo u ocasión de un proceso (recuérdese que en el

derecho argentino, y salvo que el interesado así lo exija, ello no es necesario en el caso de subasta, en el cual el *título* del comprador está representado por la propia acta de remate). Del mismo modo ocurre respecto de la pretensión de *escrituración* de un bien registrable: si el demandado que ha sido condenado al efecto no acata espontáneamente la condena, la respectiva escritura traslativa de dominio es otorgada por el mismo juez actuante como única manera de poder cumplir la sentencia. De allí que, eventualmente, sea menester la presencia de un escribano en el proceso –por designación de las propias partes interesadas o, en su defecto, por el juez– para llevar a cabo un cometido propio de su profesión. Cuando esto ocurre, su actividad es remunerada conforme con las pautas de la ley respectiva.

2.10. El diligenciador

Denomínese *diligenciador* a la persona física designada por el juez en calidad de auxiliar para llevar materialmente a cabo una actividad necesaria para el desarrollo del proceso y que debe cumplirse en lugar distinto al de la sede judicial (notificación en otra ciudad, tramitación ante otra autoridad, etcétera).

Algunos *diligenciadores* se encuentran habitualmente registrados como personal de planta del propio Tribunal (v. gr.: los notificadores). También lo son los mismos profesionales del derecho (abogados, procuradores, etcétera) que actúan ante otras autoridades por autorización judicial para la consecución de ciertos actos. Por supuesto, sólo éstos tienen derecho a retribución en orden a la tarea efectivamente cumplida.

2.11. La oficina de Correos

En varias leyes argentinas, la oficina oficial de Correos es persona autorizada para diligenciar una notificación librada como *carta certificada con acuse de recibo* y enviada al domicilio de una de las partes litigantes. Cuando se utiliza este medio de notificación, las piezas recibidas en día y/o hora inhábil surten sus efectos procesales a partir de la hora cero del

primer día hábil posterior. El gasto que demanda el despacho postal es provisto por el interesado e integra las costas del proceso.

2.12. El tenedor de un documento que interesa a las partes

Al regular el procedimiento confirmatorio (o *probatorio*, en el habitual lenguaje de los códigos), todas las leyes establecen que cuando una persona ajena al litigio (tercero) tiene en su poder un documento cualquiera relativo a la cuestión litigiosa, tiene el deber de exhibirlo a requerimiento judicial o a designar el protocolo o archivo en el cual se halla el original. Si el tercero resiste la exhibición, puede ser obligado compulsivamente a hacerlo y es civilmente responsable por los daños y perjuicios causados por su resistencia.

2.13. El fiador

Es la persona que asume frente al acreedor de un tercero la obligación actual o potencial de cumplir lo debido por el deudor cuando éste no lo haga.

Es *fiador judicial* la persona que actúa garantizando el cumplimiento de una obligación *potencial* que surgirá –o no– con motivo u ocasión del proceso. Por ejemplo, en materia penal, el fiador garantiza económicamente que un liberado provisional concurrirá al juicio cuando sea requerida su presencia por el juez; en materia civil, garantiza el resarcimiento de los perjuicios que eventualmente ocasionare una medida cautelar trabada sin derecho (ver la Lección 25).

2.14. Las corporaciones profesionales

En la década de los años '50 una fuerte corriente corporativista en creciente auge en toda América dominó el ejercicio de la mayoría de las profesiones liberales y, entre ellas, la de los abogados y procuradores, so pretexto de lograr la concreción de un espíritu solidarista de asistencia recíproca entre ellos. Y así, la ley creó distintas corporaciones con la de-

nominación de *colegios de abogados* o *colegios de procuradores*, a los cuales otorgó el control absoluto de la matrícula profesional y encomendó la tarea de lograr una adecuada asistencia y seguridad social mediante la cobertura de sus enfermedades y el otorgamiento de jubilaciones y pensiones. De tal modo, es la institución la que autoriza desde entonces la actividad abogadil y, por supuesto, la que puede vedarla por diferentes razones (falta de pago del arancel de la matrícula, sanción por falta ética, etcétera). De ahí que la entidad pueda llegar a tener actuación como tercero que no se convierte en parte en un proceso dado, al solo efecto de peticionar la extromisión de un defensor, con las consecuencias que son de imaginar...

Otras legislaciones separan tales funciones, otorgando a una entidad el control de la matrícula y a otras la asistencia y seguridad social (*Cajas Forenses*, *Cajas de Jubilaciones*, etcétera). Cuando esto ocurre, las respectivas instituciones están legitimadas por la ley para intervenir activamente en todo proceso en defensa de la retribución de la función abogadil, pues el patrimonio social se forma con una cuota participativa de cada regulación de honorarios.

2.15. Los terceristas

En la Lección 19 (donde remitimos a este punto) se desarrollará el tema relativo a los *terceros que se convierten en partes* de un proceso determinado, dándoles la denominación de *terceros intervinientes* o de *terceros legitimados*, mostrando que todos ellos pueden llegar a ser *partes del litigio* por haber sido o poder ser *partes del conflicto.*

En este tópico referiremos a los *terceros ajenos al conflicto y al litigio* y que, sin embargo, sufren personalmente alguno de sus efectos: son todos aquellos a quienes las diferentes leyes denominan *terceristas.*

La típica situación prevista en la mayoría de los ordenamientos legales alcanza a dos supuestos:

a) El tercero, en su calidad de *propietario* o de *poseedor* de una cosa, sufre los efectos del embargo de ella trabado en litigio en el cual no es

parte procesal. La hipótesis es relativamente frecuente: piénsese en dos personas homónimas (por ejemplo, padre e hijo) de las que una (en el caso, el hijo) se halla demandada por su acreedor quien sale a embargarle bienes y, por la razón que fuere, traba la cautela sobre los que el otro (el padre) es propietario o poseedor. Habitualmente, las leyes otorgan al tercero afectado la posibilidad de pedir el levantamiento *liso y llano* (inmediato) del respectivo embargo, comprobando liminarmente su propiedad o posesión actual. Si ello no puede hacerse (por carencia de elementos confirmatorios indubitables o porque la ley no brinda tal oportunidad), le queda al afectado –ahora *tercerista de dominio* o de *posesión*– la posibilidad de deducir su *propia demanda de tercería* contra las partes originarias del proceso, sin poder intervenir en momento alguno en apoyo o en contra de ellas respecto del litigio que se desarrolla dentro del proceso en el cual la medida se ordenó y trabó.

b) El tercero, alegando un *mejor derecho* a percibir su propia acreencia frente al otro acreedor que embargó la cosa del deudor sobre la cual el *tercerista de mejor derecho* afirma tener privilegio o preferencia de cobro, incoa su propia demanda contra las partes originarias del proceso en el cual se ordenó y trabó la cautela, respecto de cuyas instancias es por completo extraño.

En ambos supuestos, el tercerista –parte procesal en su propia pretensión– se inserta, aunque tangencialmente, en lo que puede denominarse *proceso principal*, pero permanece ajeno a todo lo que en él se discuta y, por tanto, no le alcanzarán los efectos propios de la sentencia que allí se emita.

El procedimiento propio para cada tipo de tercería es variable de código a código. De ahí que el lector deba ocurrir a ley que le interese para poder completar adecuadamente el tema.

2.16. El interventor judicial

Cuando las medidas cautelares (ver Lección 25) que pueden ser tomadas en ciertos casos no resultan suficientes para lograr la protección

preventiva de un derecho litigioso, el juez actuante puede disponer la designación de un *interventor judicial*, quien es la persona física que, en calidad de auxiliar del juez, se introduce en una sociedad (civil o comercial) para administrarla en reemplazo de sus órganos naturales (*interventor administrador*) o junto con ellos (*interventor coadministrador*) o, sin llegar a tanto, para ver y controlar lo que sucede dentro de su seno e informar oportunamente al juez (*interventor veedor*). Las distintas figuras enunciadas se encuentran habitualmente legisladas en la normativa comercial, donde se detallan las facultades que pueden ser otorgadas a los diferentes tipos de interventores, las que siempre pueden ser recortadas por el juez que los designa.

Otra medida cautelar generalmente legislada en forma no autónoma, como medio de hacer efectivo un embargo, posibilita que el juez que ordena trabar embargo sobre bienes muebles pertenecientes a una fábrica, establecimiento industrial o comercial que los necesite para su normal funcionamiento, ordene también la designación de un *interventor conservador* con la misión de velar por la conservación de los bienes embargados. Del mismo modo, cuando un embargo de carácter ejecutivo (no *preventivo*, ver la Lección 25) debe ser trabado sobre los ingresos de cualquier institución o establecimiento comercial, el juez puede designar un *interventor recaudador* para que haga efectivo el embargo en la medida, forma y oportunidad que establezca al efecto.

En el ámbito penal, tenemos la figura de la *intervención de comunicaciones* y del sujeto u organismo que la lleva a cabo.

2.17. Los beneficiarios de la tributación fiscal y parafiscal

Casi todas las legislaciones del continente subordinan el ejercicio de la acción procesal al pago de ciertos tributos a favor del fisco o de algunas instituciones de naturaleza generalmente corporativa. El apetito fiscal es geométricamente proporcional a la necesidad de recaudar a toda costa y por cualquier vía que tiene el Estado en ciertos momentos y que, en la actualidad, ha llegado a límites insospechados y definitivamente

inadmisibles, haciendo asaz gravoso el ejercicio del derecho de defensa en juicio. A tal punto es cierta esta afirmación que hoy puede decirse que en ciertos supuestos se veda en forma total el acceso a la Justicia. Por ejemplo, el depósito previo para lograr que se analice la admisibilidad de ciertos recursos extraordinarios en la provincia de Buenos Aires, alcanza al diez por ciento del monto litigioso[170]. Por supuesto, el depósito se pierde a favor del Estado cuando el recurso se declara inadmisible. Mayor exacción no puede ser mencionada...

En esta línea política se fijan elevadas tasas por los distintos servicios que prestan los tribunales a los particulares y, para asegurar la percepción inmediata del correspondiente monto dinerario, la ley ordena a los jueces que paralicen el trámite de todo expediente hasta tanto se haya pagado el tributo. En razón de que a menudo es imposible afrontar dicho pago –que siempre recae inicialmente sobre el patrimonio del actor (preciso es destacar que es el acreedor que no logró cobrar oportunamente su acreencia y que por ello intenta el pleito)– la ley prevé una intervención del organismo recaudador que, así, ingresa al proceso sin carácter de parte a fin de establecer el monto de la tasa adeudada, forma convenida para su pago, determinación de la fianza que exige al efecto, etcétera. Es fácil darse cuenta de cómo entorpece todo esto la actuación de la norma y el logro de la efectividad de los derechos conculcados. Del mismo modo, la ley legitima a ciertas corporaciones (en este sentido, son organismos parafiscales) para percibir un canon determinado en orden a incrementar su patrimonio (por ejemplo, hay colegios de abogados que cobran una suma de dinero fija por cada actuación abogadil en un expediente o por la iniciación del respectivo litigio). Y de esta forma posibilitan la presencia institucional en la causa para ejercer el control del pago de lo adeudado.

170 Al tiempo en que esto se escribe, con un piso equivalente a 100 unidades *jus* y un techo de 500, el valor del *jus* está en $ 8.529, o sea que el piso del depósito es de ochocientos cincuenta mil pesos, equivalentes a diez meses de salario mínimo y a dos mil doscientos sesenta dólares americanos... Como se ve, no cualquiera puede litigar... con lo que el constitucional *acceso irrestricto a una justicia efectiva,* ¡es puro cuento de la buena pipa!

Obviamente, con las consecuencias disvaliosas y entorpecedoras que es fácil imaginar...

2.18. La policía

En el proceso penal es la encargada de la investigación preliminar, con los deberes y atribuciones que les impone y concede la ley: "La Policía investigará bajo dirección del Ministerio Público de la Acusación. Sin perjuicio de ello, deberá investigar todo delito de acción pública que llegue a su conocimiento en razón de su función, por orden fiscal o por denuncia, debiendo, en este último caso, comunicar dicho extremo en forma inmediata al Ministerio Público de la Acusación a los fines de recibir directivas."

LECCIÓN 19

LOS TERCEROS QUE SE CONVIERTEN EN PARTES PROCESALES Y SU INTERVENCIÓN EN EL LITIGIO

SUMARIO

1. El concepto de *tercero*
2. El concepto de *intervención de terceros*
3. Los requisitos comunes a todo tipo de intervención de terceros
4. Las clases de intervención de terceros
   - 4.1. La clasificación de la intervención de terceros de acuerdo con su origen
     - 4.1.1. La intervención voluntaria de terceros
     - 4.1.2. La intervención provocada de terceros
     - 4.1.3. La intervención necesaria de terceros
   - 4.2. La clasificación de la intervención de terceros de acuerdo con la actuación que cumplen en el proceso
     - 4.2.1. La intervención excluyente de terceros
     - 4.2.2. La intervención coadyuvante de terceros
     - 4.2.3. La intervención asistente de terceros
     - 4.2.4. La intervención sustituyente de terceros
5. La intervención provocada de terceros
   - 5.1. El concepto y sus caracteres
   - 5.2. Los medios para provocar la intervención de un tercero
   - 5.3. Los casos de intervención provocada en orden a la finalidad querida por la parte originaria citante
6. La intervención necesaria
7. Las tercerías

1. EL CONCEPTO DE *TERCERO*

En Derecho se da el nombre de *tercero* a toda persona ajena a una relación jurídica determinada. Traído el concepto al campo procesal, fácil es afirmar que *tercero* es quien no es parte de un proceso. Empero,

desde esta óptica, y respecto de una pretensión litigiosa, son *terceros* el juez, los funcionarios judiciales, el testigo, el perito y, en general, los integrantes del resto de la comunidad. Esta exacta enunciación no alcanza para la cabal comprensión del fenómeno que comenzamos a explicar aquí y, habitualmente, crea confusión en quien no está familiarizado con el lenguaje técnico, ya que la voz *tercero* es otra de las tantas que presentan significados polivalentes. Por ejemplo, adviértase que si Pedro demanda a Diego con miras a excutir sus bienes para poder demandar luego a su fiador simple Juan, éste también recibe la denominación de *tercero*, en cuanto no es –ni puede serlo– parte originaria en el proceso incoado por Pedro contra Diego. Pero se puede notar fácilmente que no es *tan tercero* como el juez, el testigo o Luis, un miembro cualquiera de la comunidad, etcétera. De ahí que quepa marcar liminarmente las diferencias existentes entre todos los nombrados: el juez, los funcionarios judiciales, el testigo, el perito y los integrantes del resto de la comunidad, además de no ser partes procesales, son (o deben ser) *imparciales* (sin interés personal en la solución del pleito) o, al menos, *indiferentes.* El caso del *fiador* revela algo distinto: aunque él tampoco es parte procesal, no puede ser ni imparcial ni indiferente toda vez que ostenta un obvio interés en el resultado del pleito originario; y ello porque si en el ejemplo propuesto Diego paga lo que reclama Pedro, Juan queda automáticamente liberado de su obligación.

Este elemento diferenciador –el *interés*– hace que, al hablar de *terceros* en esta Lección específica sobre el tema, el concepto deba referirse a todos aquellos que en mayor o menor medida están *interesados* en el resultado del litigio porque *los afecta actual* o *potencialmente.* Esta *afectación del interés* hace que muchos ordenamientos legales vigentes –no todos– permitan la presencia de un *tercero interesado* dentro de un proceso pendiente entre partes originarias. En rigor de verdad, cuando esto ocurre y el tercero se introduce en el proceso, deja de ser tercero para convertirse en una *parte procesal sucesiva* (ver la Lección 16), con mayores o menores facultades de actuación en orden al grado de afectación que sufre.

2. EL CONCEPTO DE *INTERVENCIÓN DE TERCEROS*

La *intervención de terceros* tiene lugar cuando en forma *voluntaria*, *provocada* o *necesaria* un tercero interesado se incorpora a un proceso pendiente con el objeto de hacer valer en éste un *derecho* o *interés propio*, por hallarse vinculado –por lo menos con una de las partes originarias– mediante una relación de conexidad objetiva, de conexidad causal, de conexidad mixta objetivo-causal o de afinidad (ver sus conceptos y ejemplos en la Lección 6). De tal forma, el instituto supone una *acumulación de pretensiones* por vía de *inserción* procesal: el tercero se *inserta* en el proceso ya pendiente entre las partes originarias[171].

El fundamento de la intervención se halla en el principio de seguridad jurídica o en las reglas de la economía y la celeridad (v. Lección 12), según sea el tipo de relación que una al tercero con alguna de las partes originarias. Por razones obvias, este tema tiene solo implicaciones civiles, nunca penales. Esto no descarta que un tercero pueda insertarse en un procedimiento penal, lo que efectuará al solo y único efecto de hacer valer allí una pretensión penal (*querellante*) o civil (*actor civil*)[172]. El tema fue explicado en la Lección 16.

3. LOS REQUISITOS COMUNES A TODO TIPO DE INTERVENCIÓN DE TERCEROS

Cualquiera sea el tipo de interés afectado y, por ende, de la intervención que pueda adoptar en orden a los criterios clasificatorios que

171 El tema se explica en la parte especial de la asignatura.

172 Se descarta por completo la posible inserción de un *amicus curiæ* por ser figura ajena y anómala en un verdadero sistema que respete la garantía del debido proceso constitucional, toda vez que condiciona el deber de imparcialidad judicial y viola el derecho de defensa de las partes, que no pueden controlar afirmaciones u opiniones de terceros que pueden ser trascendentes para la solución del litigio. No obstante, hoy en día su uso está muy extendido en EEUU –particularmente en la SCOTUS– y en nuestro país, donde ha sido utilizado recurrentemente por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en sonados casos en los que estaba comprometido el interés común.

expondremos en los números siguientes, la inserción procesal requiere: a) la existencia de un *proceso pendiente*, es decir, que no haya terminado por alguna de las posibles vías auto o heterocompositivas; b) la circunstancia de que el *tercero* ostente realmente tal calidad, es decir, que no sea parte originaria en el proceso pendiente; c) la demostración inicial de la existencia de un *interés jurídico* de ese tercero (producto del tipo de afectación) que autorice su inserción.

Aquí se ve una notable restricción al amplio concepto de *acción procesal* enunciado en la Lección 5: hace a la esencia misma del accionar que no deba acreditarse liminarmente el derecho que sustenta a la pretensión que aquélla lleva aneja. Esta clara antinomia que existe entre el carácter *abstracto* de la *acción procesal* (que permite que cualquiera que quiera demandar lo haga, aun sabiendo que carece de derecho al efecto, ver las Lecciones 5 y 7) y el carácter *concreto* de la *inserción procesal* (que impone la *acreditación inicial* de la legitimación e interés para obrar del tercero) –que crea perplejidad en el intérprete que advierte la existencia de una obvia incoherencia técnica– sólo puede ostentar una explicación política y no científica a partir de la determinación de cuáles son los alcances –subjetivos y objetivos– del fenómeno del caso juzgado.

En la remota tradición de los pueblos germanos, la discusión se efectuaba en presencia de *todo* el grupo social, de modo que el espectador que advertía que su propio interés quedaba implicado en la controversia podía intervenir en ella, sumando argumentos a los que presentara una de las partes contra la otra o enfrentando directamente a los dos contendientes. La publicidad del proceso era así determinante de la posibilidad de intervención.

Roma conoció otro método de procesamiento, hecho ante la autoridad y no en presencia del pueblo. De ello se derivó la ignorancia de la generalidad de las gentes acerca de lo efectivamente discutido en el respectivo proceso, del que se enteraba en forma eventual si le alcanzaba de una u otra manera el efecto propio del caso juzgado. Al contrario de lo afirmado recién, la falta de publicidad del proceso era la determinante de la imposibilidad de intervenir.

Cuando la ciencia procesal comienza a constituirse como tal y, por tanto, los autores dejan de concretar sus explicaciones a los puros pasos procedimentales sin ilación lógica y sistemática, se advierte que todo ordenamiento positivo debe partir de cuatro premisas básicas para la cabal comprensión del fenómeno de la acumulación procesal): a) por obvias razones que hacen a la convivencia pacífica y armoniosa de los integrantes de una comunidad dada, es *imprescindible* que una vez resuelta por la autoridad una pretensión litigiosa, su decisión sea *definitiva*, debiéndose impedir a todo trance la reapertura útil de la discusión que la originó; b) del mismo modo, no resulta bueno para el mantenimiento de la paz social la *coexistencia* de dos demandas con base en la misma exacta pretensión, pues podría ocurrir eventualmente que éstas obtuvieren sendas decisiones contradictorias, con la consiguiente creación de un verdadero caos jurídico que debe ser evitado a toda costa; c) por similares razones, siempre que una misma *causa petendi* sea el sustento de dos o más pretensiones (concurrentes o antagónicas), éstas deben ser *necesariamente* tramitadas en un solo procedimiento y resueltas en una misma sentencia; d) para finalizar, desde siempre ha parecido políticamente *conveniente* tramitar en un mismo y único procedimiento varios procesos originados por pretensiones que se hallan estrechamente vinculadas entre sí.

Las tres primeras premisas son el fundamento de un principio legislativo superior y metaprocesal: la *seguridad jurídica.* La última, en cambio, constituye el basamento de otros principios relativos al proceso y que generan las reglas de *economía* y de *celeridad en los trámites* (v. la Lección 12). Del principio de *seguridad* se sigue que no puede admitirse la existencia contemporánea o sucesiva de dos litigios con la misma exacta pretensión y que no pueden emitirse decisiones diferentes acerca de una misma exacta pretensión o decisiones idénticas respecto de pretensiones antagónicas. A este efecto, no interesa a la vigencia misma de un sistema procesal el eventual apartamiento de las reglas de economía y de celeridad, pues sobre ellas tiene absoluta primacía la seguridad jurídica. De las reglas de *economía* y de *celeridad* se extrae la *conveniencia* (y no la *necesidad*) de tramitar simultáneamente diversas pretensiones con prescindencia del principio de seguridad, que no es rozado en el caso por aquéllas.

A partir de la aceptación de estas premisas básicas para un sistema, algunos pocos autores *progresistas* han advertido la necesidad de que la ley autorizara la intervención de un tercero en un proceso pendiente, siempre que la eventual afectación de su propio interés pueda derivar de la extensión subjetiva de los efectos del caso juzgado, a raíz de la cual parecía justa su audiencia *antes* de la consumación del mal. Pero no todos lo entendieron así: gran número de prestigiosos autores –muchos de ellos argentinos– que ejercieron notable influencia en la jurisprudencia de la época –de la cual no sólo es reflejo la actual, sino también numerosas leyes procesales– dieron primacía a la *libertad de actuar* del actor, sosteniendo que no podía imponérsele el litigar con quien él no había querido demandar. Por tanto, la intervención de terceros se convirtió en una figura jurídica anómala, con olvido y detrimento del principio de seguridad cuando éste era rozado en cualquier caso concreto.

Aunque la doctrina ha evolucionado notablemente al respecto, la legislación ha cambiado, pero no tanto: baste citar que numerosos ordenamientos positivos vedan de modo terminante algunos de los posibles tipos de intervención que se verán luego; del mismo modo, la absoluta generalidad de ellos restringe severamente la actuación de ciertos intervinientes (por ejemplo, los *asistentes*), comenzando por exigir la demostración inicial de la legitimación para obrar, con olvido ahora de claros derechos y garantías constitucionales. Como consecuencia de toda esta suerte de rara mezcla entre evolución e involución de los conceptos, este tema se ha convertido en el tabú de la materia: es poco comprendido, siempre polémico y casi nunca analizado en un terreno de absoluta lógica racional. Por lo demás, y salvo escasos autores que lograron hacer una sistematización conceptual, gran cantidad de ellos hizo pura exégesis de normas que, a la postre, resultan inadecuadas para la solución de los numerosos y a veces graves problemas que genera el tema. Como corolario de lo expuesto, destacamos la incongruencia interna del sistema. De cualquier forma, alguna justificación puede ser aceptada para comprender la existencia de la antinomia antes apuntada: una cosa es demandar inicial u originariamente, promoviendo el correspondiente proceso (respecto de

lo cual resulta fácil aceptar la *abstracción* para no cercenar liminarmente el obvio y universalmente aceptado derecho de todo gobernado de dirigirse al gobernante utilizando, al efecto, cualquiera de las instancias posibles) y otra distinta es la inserción en un proceso ya pendiente, aun contra la voluntad de las partes originarias, ya que lo que debe ser una simple discusión pacífica puede degenerar en una suerte de riña (de donde deviene más que razonablemente aceptable –aunque no técnicamente ajustado a la congruencia del sistema– imponer la acreditación inicial de la legitimación y del interés para obrar a fin de autorizar la inserción procesal).

Queda en claro, entonces, que aun cuando en el terreno de la pura ciencia este requisito no debe ser impuesto por el legislador, lo cierto es que las leyes que regulan el tema consagran la totalidad de los expuestos bajo este acápite.

4. LAS CLASES DE INTERVENCIÓN DE TERCEROS

Existen dos claros criterios diferenciadores acerca del tema: el primero atiende al *origen de la intervención*; el segundo, al tipo de *actuación que cumple el tercero* una vez que se ha introducido al proceso.

4.1. La clasificación de la intervención de terceros de acuerdo con su origen

La concurrencia de un tercero interesado a un pleito pendiente puede tener origen en: a) la *voluntad del propio tercero*: recibe el nombre de *intervención voluntaria*; b) la *voluntad de alguna* de *las partes originarias*, que opera aun en contra de la voluntad del tercero: recibe el nombre de *intervención provocada* (también se la conoce como *obligada*, *coactiva* o *forzosa*); c) la *voluntad* (en rigor, *disposición*) *de la ley*, que opera por medio del juez y aun contra la voluntad de las partes originarias y del propio tercero: recibe la denominación de *intervención necesaria* (se la conoce también con las restantes designaciones de la intervención provocada y como *integración necesaria del litigio*).

4.1.1. La intervención voluntaria de terceros

Este tipo de intervención se configura mediante la *inserción espontánea* de un tercero a un proceso que se encuentra pendiente, y en el cual puede actuar en alguna de las formas que mencionaré en el # 4.2, según el tipo de interés que ostente respecto de la relación litigiosa.

4.1.2. La intervención provocada de terceros

Este tipo de intervención se configura cuando alguna de las partes originarias (o sucesivas) de un proceso pendiente decide convocar (citar) a éste a un tercero por considerar que la relación litigiosa entre el actor y demandado: a) es el *presupuesto de hecho* de otra relación jurídica que une a uno de ellos (citante) con el tercero (citado); b) es la *misma e idéntica relación* que une al citado con la contraparte del citante, quien se halla en el pleito por estar legitimado para asumir el papel de parte procesal aun en el supuesto de no ser el responsable primario e inmediato de la obligación reclamada; c) es de naturaleza tal que debe ser asumida por el tercero por ser el *verdadero responsable de la obligación* que se demanda o por *haberla garantizado*, aun en el supuesto de que él carezca de relación propia con el contrario de la parte citante; d) es *incompatible* con la relación que el tercero tiene con alguna de las partes originarias (luego ejemplificaré todos estos supuestos).

Las leyes, la doctrina y la jurisprudencia unifican a este tipo de intervención con la que he denominado *necesaria*, bajo la designación de intervención *coactiva* u *obligada*. A nuestro juicio, ello no es conveniente en razón de que constituyen tipos de intervención claramente diferenciados.

Atendiendo a las características específicas y muy particulares de este tipo de intervención, estimamos que no cabe analizarla integralmente por ahora, sino luego de presentar el siguiente criterio clasificatorio. Por eso, se continuará tratando el tema en el # 5 de esta Lección.

4.1.3. La intervención necesaria de terceros

Este tipo de intervención se configura, esencialmente, cuando en un proceso pendiente no actúan como partes originarias *todos los sujetos* que deben demandar o ser demandados en orden a la legitimación imprescindible para lograr una heterocomposición útil del litigio (para explicarlo mejor: no obstante ser partes del *conflicto*, no son partes del *litigio*). El caso supone la existencia de una relación jurídica material *inescindible*, que como tal sólo puede ser decidida judicialmente con *la presencia de todos los interesados* ya que, de lo contrario, la sentencia a dictar sería de cumplimiento imposible (recordar acá el tema relativo al *litisconsorcio* tratado en la Lección 16).

Este supuesto de intervención se diferencia claramente de la *voluntaria* y de la *provocada*, pues el pleito que versa sobre relación jurídica inescindible no puede ser sustanciado ni resuelto sin la citación del tercero que, debiendo haber sido actor o demandado originario, no lo fue. De ahí que la citación sea forzosa para el tercero y para las partes originarias y que el juez deba efectuarla de oficio a fin de lograr una correcta integración de la relación litigiosa (ver este deber judicial en la Lección 17).

Sin perjuicio de lo expuesto, cabe acotar para finalizar que algunas leyes ordenan este tipo de intervención respecto de ciertas relaciones jurídicas materiales escindibles (por ejemplo, caso de la llamada *acción subrogatoria*, ver el # 4.2.4).

4.2. La clasificación de la intervención de terceros de acuerdo con la actuación que cumplen en el proceso

Siempre que la relación *ya litigiosa* afecte *actual* o *potencialmente* a un tercero –es decir, que aquélla *no le sea indiferente*– la tal afectación admite diversos grados. Así, puede ser:

a) *mediata*: se presenta cuando la pretensión demandada puede producir al tercero un eventual *gravamen de hecho* (v. gr., el del acreedor quirografario respecto de su deudor ejecutado por otro acreedor, viendo cómo se consume su patrimonio que posiblemente entrará en insolvencia

cuando él pueda ejecutar su propio crédito). En general, y gracias a la prédica constante de los autores que han adoptado la posición doctrinal de restringir al máximo la figura de la intervención, los códigos procesales *no admiten este tipo de afectación* cuando regulan el tema, no obstante que el caso puede subsumirse en el de la intervención *asistente* (ver el # 4.2.3 de esta Lección);

b) *inmediata*: se presenta cuando la pretensión demandada produce un *gravamen jurídico* que, por ser *real* o *potencial*, admite que esta afectación se subdivida en:

1) *directa* (o *actual*): se presenta cuando el tercero es sujeto de una propia relación jurídica que, respecto de la pretensión ya litigiosa, se halla en una situación de:

A) *identidad de la relación causal* (caso de varios codeudores de los cuales unos son demandados y otros no; o caso de varios titulares contemporáneos de un derecho de servidumbre predial que es desconocido por el propietario del fundo sirviente y que, por ende, afecta directa e igualmente a todos); y de

B) *incompatibilidad de las diversas relaciones sustanciales* (surgen contemporáneamente de relaciones jurídicas que *no pueden coexistir*; por ejemplo, dos personas pretenden ser únicas titulares de un mismo derecho de propiedad);

2) *indirecta* (o *potencial*): se presenta cuando la sentencia que ha de dictarse sobre la pretensión ya litigiosa *condiciona* (mejorando o empeorando) el propio derecho del tercero en cuanto a la relación que lo une con alguna de las partes originarias del litigio (caso del fiador simple respecto de la demanda incoada por el acreedor de su fiado, cuya imposibilidad de afrontar el pago de la deuda habilitará a aquél –previa excusión– a demandar al fiador).

Conforme con el grado de afectación que demuestre un tercero y con prescindencia de que su intervención sea voluntaria o provocada, al insertarse en el proceso pendiente puede adoptar una de cuatro posibles actitudes: *excluyente*, *coadyuvante*, *asistente* y *sustituyente*.

4.2.1. La intervención excluyente de terceros

Este tipo de intervención, también denominada *principal* o *agresiva*, tiene lugar cuando un tercero se incorpora a un proceso pendiente a fin de interponer, frente a las partes originarias, una pretensión *incompatible* con la ya litigiosa, reclamando para sí total o parcialmente la cosa o el derecho sobre el cual se litiga.

Su origen puede ser *voluntario* o *provocado*. Ejemplo del primero se encuentra en la pretensión de reivindicación de una cosa cuya propiedad está en litigio; ejemplo del segundo, en el proceso relativo al cobro de una suma de dinero, en el cual el tercero invoca la titularidad del respectivo crédito. Algunos códigos procesales regulan adecuadamente este tipo de intervención. Otros, en cambio, han omitido toda norma al respecto, estableciendo como solución al problema de la incompatibilidad de pretensiones la vía de la *acumulación de procesos* en un mismo procedimiento.

En razón de que este tipo de intervención constituye un supuesto de acumulación sucesiva de procesos por la inserción de la pretensión de un tercero frente a las partes originarias de un proceso pendiente, por hallarse con una de ellas en una relación conexa por incompatibilidad de pretensiones respecto de un mismo objeto (v. la Lección 6, # 4), *sus características* son las siguientes: a) la mera presentación de la demanda por el tercero implica la *coexistencia de tres pretensiones litigiosas*: la ya pendiente entre las partes originarias, la del tercero contra el actor y la del mismo tercero contra el demandado, ambos del pleito original; b) como consecuencia de ser éste un conjunto de *tres litigios* con *tres partes encontradas*, razones de economía y celeridad procesal indican la *conveniencia* (nunca la *necesidad*) de dictar un pronunciamiento judicial único respecto de las tres relaciones; y c) como última característica, afirma la doctrina generalizada que, ante una intervención excluyente, las partes originarias se colocan automáticamente en una *relación litisconsorcial*. Aunque antes de ahora hemos sostenido tal criterio, un renovado planteo del tema hace que hoy creamos que aquél no es exacto. Por lo pronto, para que exista una *relación litisconsorcial* es imprescindible que entre diversas pretensiones

se presente una *conexidad del hecho causal* (lo cual acaece en los supuestos de conexidad causal, de conexidad mixta objetivo-causal y de afinidad), cosa que obviamente no ocurre en el caso tratado, donde sólo se advierte la existencia de una *conexidad objetiva*. Además, por simple razonamiento lógico –y sin que ello implique una regla absoluta en los hechos– la relación litisconsorcial supone una *coordinación de intereses* entre los distintos litisconsortes, cosa que tampoco se presenta aquí toda vez que las partes originarias actúan con *intereses contrapuestos antes*, *durante* y *después* de la intervención: siempre son *partes contrarias*.

Por último, si no se acepta esto y se insiste caprichosamente en que son litisconsortes frente a un tercero que los ataca, queda un problema sin posibilidad de solución. Y es que si en pleito propuesto por el tercero, una de las partes antagónicas originarias (en *relación litisconsorcial* con su contraria) desea provocar la declaración de la otra, no se puede saber cuál es el medio apto para ello: la absolución de posiciones o el testimonio (v. la Lección 21). Y ello es así porque las posiciones sólo se admiten entre *partes contrarias* y, por tanto, serían inadmisibles entre quienes militan en el mismo bando procesal; a su turno, los litisconsortes (que siempre ocupan un mismo bando procesal) pueden provocar sus respectivas declaraciones por la vía del testimonio: y esto no puede aceptarse técnicamente, pues siendo que ellos son partes antagónicas en el pleito originario, no podrían nunca declarar bajo juramento de decir verdad (con lo cual pueden llegar a cometer el delito de falso testimonio) por conculcarse con ello el derecho de defensa de quien en toda América no está constitucionalmente obligado a declarar contra sí mismo. Obvio es ya recalcar que, conforme con la tesis expuesta precedentemente –hay tres partes encontradas entre sí–, el único medio de confirmación admisible es la absolución de posiciones por y respecto de cualquiera de ellas.

4.2.2. La intervención coadyuvante de terceros

Este tipo de intervención –denominada también *intervención coadyuvante litisconsorcial* o *adhesiva autónoma*– es la que cabe al tercero cuando ingresa al proceso pendiente con el objeto de hacer valer un *derecho*

propio frente a *una* de las partes originarias, *adhiriendo* simultáneamente a la calidad (actora o demandada) de la otra.

Puede tener origen *voluntario* o *provocado* por el *actor* o por el *demandado* y siempre por existir en el caso un grado de afectación *inmediata directa* (ver *supra*, el # 4.2) por *identidad del hecho causal.* Ejemplos de esta clase de intervención se pueden ver: en el caso del codeudor solidario no demandado que se introduce al proceso; en el del coacreedor que no demandó; en el del pariente de un cónyuge con derecho a oponerse al matrimonio, que interviene en el proceso incoado por otro pariente tendiente a obtener la nulidad de aquél; el concepto podría extenderse doctrinalmente también al ofendido por delito de acción pública, que interviene como querellante en el proceso penal iniciado por el fiscal, etcétera.

Las características de este tipo de intervención son las siguientes: a) la mera inserción en el proceso pendiente otorga al tercero, sin lugar a dudas, la calidad de *parte* (sucesiva) *autónoma* que actúa en *coordinación de intereses* con aquella a quien coadyuva. Y como consecuencia de la conexión del hecho causal que *siempre* existe en este tipo de intervención, coadyuvante y coadyuvado se colocan automáticamente en *relación litisconsorcial*, siendo así aplicable al caso todo lo expuesto en la Lección 16 y teniendo como efecto principal el que la sentencia que se dicte sea *igual en cuanto al hecho causal* respecto de todos los litisconsortes (v. la Lección 16, # 8.2.1.2); b) la presencia del tercero en el pleito pendiente origina la existencia de *dos relaciones litigiosas* (v. gr., la del actor con el demandado originario y la del mismo actor con el tercero coadyuvante que *asume la condición de demandado* sucesivo; la del acusador penal con el imputado y la del tercero coadyuvante –que asume, cuando ello ocurre, la condición de acusador privado sucesivo (querellante)– contra el mismo imputado), razón por la cual –y esto no es pacífico en la doctrina ni en la jurisprudencia– la sentencia que se dicte acerca de aquéllas debe mencionarlo en forma expresa, absolviéndolo o condenándolo si ostenta el carácter de demandado, y acogiendo o rechazando su pretensión si adopta el carácter de demandante (ver caso # 5.3 en esta Lección).

4.2.3. La intervención asistente de terceros

Este tipo de intervención –denominada también *intervención adhesiva simple*– se verifica cuando un tercero, en razón de tener un *interés jurídico inmediato indirecto* (ver *supra*, el # 4.2) en el resultado de la relación litigiosa (por ser su propia relación *dependiente* o *condicionada* por aquélla) se inserta en un proceso pendiente *en apoyo de una de las partes y sin pretensión propia contra la otra.* Esto ocurre por cuanto la relación que une a los litigantes originarios es *condicionante* (o primaria) respecto de la relación que alguno de ellos tiene con el tercero, la cual es *condicionada* (o *secundaria*), nunca *accesoria.* De tal modo, el presupuesto de hecho de la justiciabilidad de la relación condicionada es el *resultado* al cual se arriba en la solución de la relación condicionante. Un claro ejemplo de ello puede verse en la relación acreedor-deudor-fiador simple: la obligación de éste sólo será exigible luego de que sea declarada la responsabilidad del deudor y de que se hayan excutido sus bienes. Recién ahora –y no antes– se da la *condición necesaria* para que pueda operar en forma directa la relación secundaria acreedor-fiador. Además del ejemplo recién citado, pueden mencionarse otros: el del acreedor hipotecario en proceso donde se hace valer pretensión reivindicatoria del inmueble hipotecado; el del beneficiario de un cargo contenido en una donación, en proceso donde se discute la validez del contrato; etcétera.

Como este tipo de intervención constituye una zona gris en el estudio del tema y muchas veces no se distingue adecuadamente entre los conceptos de *derecho* y de *simple interés* (sustentos de esta intervención y de la explicada antes), muchas veces existe confusión al respecto y algunos jueces, por ejemplo, no saben aplicar los efectos propios de cada uno de ellos. De ahí que, para distinguir cabalmente las intervenciones *coadyuvante* (llamada casi siempre por la ley *adhesiva autónoma* o *litisconsorcial*) y *asistente* (siempre denominada *adhesiva simple*), deba formularse una regla que me parece sencilla: en cualquier caso justiciable en el cual intenta insertarse un tercero, debe analizarse su propia legitimación: si pudo ser actor o demandado originario y no lo fue, su intervención será *coadyuvante*, ya que ostenta un *derecho* propio para defender en el proceso

pendiente; por lo contrario, si no pudo ser actor o demandado originario (pues su relación es *secundaria* y no *primaria*), su intervención será *asistente*, ya que no ostenta un derecho, sino un *simple interés jurídico* para defender en el pleito, intentando mejorar su eventual derecho. Como es obvio, estas distintas legitimaciones deben ser extraídas de la normativa de fondo y no de la procesal.

A la intervención asistente puede llegarse de dos formas: por inserción *voluntaria* del tercero y por *provocación* (por el medio técnico denominado *denuncia del litigio*, ver *infra*, # 5.2) que sólo puede efectuar el *actor* (y nunca el demandado).

La primera de ellas (intervención *voluntaria*) es el modo habitual de inserción. En el ejemplo dado en primer término, supóngase que Pedro se obligó como fiador simple del deudor Diego ante el acreedor Juan. Ya he señalado que la relación Juan (acreedor)-Pedro (fiador simple) se halla condicionada por el resultado prestacional al cual se arribe en la relación condicionante Juan (acreedor)-Diego (deudor). Si del juzgamiento de esta última resulta que Diego nada debe (v. gr., por haber pagado), automáticamente cesa la eventual obligación de Pedro ante Juan: simplemente no se dio, como presupuesto de hecho, la *condición de demandabilidad.* Como se ve, a Pedro le interesa que Diego gane el pleito pues así se mejora su propio derecho: deja de estar obligado. Por eso he dicho antes que el interés del tercero es inmediato, pero indirecto. De ahí que a Pedro le convenga intervenir voluntariamente en el pleito pendiente entre Juan y Diego a fin de asistir a éste en su defensa, aunque –nótese bien– nada puede pretender o defender personalmente ante Juan: sólo busca su propia desvinculación obligacional mediante la ayuda que efectúa para que el deudor Diego sea absuelto. Así de simple.

La segunda forma de intervención (*provocada* por el actor) ocurre cuando éste quiere obtener la presencia del tercero en el pleito pendiente en el cual no pudo demandarlo originariamente por carecer de legitimación *actual* respecto de él, ya que la relación acreedor-fiador está condicionada por el resultado obtenido en la relación condicionante acreedor-deudor.

En el ejemplo anterior, el actor Juan sabe que *si* se declara su derecho a la acreencia, que *si* el deudor Diego no paga lo reclamado, por lo cual es necesario ejecutar la sentencia y que *si* sus bienes no alcanzan para cubrir el monto de la condena luego de excutirlos (adviértase que *todos* son supuestos potenciales), recién se dará la *condición favorable* para demandar directamente al fiador Pedro.

Resulta claro que si el acreedor Juan sabe de modo cierto que su acreencia podrá ser cubierta con creces por el patrimonio del deudor, poco o ningún interés tendrá en provocar la presencia del fiador en el proceso pendiente. Por lo contrario, si sabe que su acreencia no será cubierta o si tiene dudas al respecto, le es altamente conveniente citarlo al proceso con la finalidad de vincularlo a la sentencia que se dicte a su término. Y es que, conforme con lo dispuesto en la mayoría de las leyes civiles, el fiador, aun siendo solidario, puede oponer al acreedor todas las excepciones propias y *las que podría oponerle el deudor principal*, haciéndolo en su nombre personal y aun contra la voluntad del deudor. Y ello es así en razón de que la misma ley civil prevé que "no es oponible al fiador la sentencia relativa a la validez o exigibilidad de la deuda principal dictada en juicio al que no haya sido oportunamente citado a intervenir". De donde resulta que, a la inversa, la intervención en el juicio pendiente le veda al fiador la posibilidad de alegar en su propio pleito las excepciones personales del deudor. De allí que el acreedor-actor ostente indudable interés en vincular procesalmente al fiador simple: ya que no puede demandarle *directamente* (por no haberse dado aún el presupuesto que une a ambos, cosa que sólo se logrará luego de excutir los bienes del deudor), intenta discutir, por *una sola* vez y *en definitiva*, acerca de la existencia misma o de la validez de la obligación principal, tanto para el deudor como para el fiador. A tal efecto, la controversia se hará en común contra el deudor y el fiador para que, llegado el caso de tener que demandar a éste, ya se encuentre vinculado a lo que resulte del efecto propio del caso juzgado emergente de la sentencia dictada acerca del tema. Y, obviamente, en su propio pleito el fiador no podrá ya oponer más defensas que las personales de él y nunca las correspondientes al deudor fiado.

Las características de este tipo de intervención no son fáciles de enunciar, habida cuenta de que todas las regulaciones y la mayor parte de la doctrina restringen severamente la actuación del asistente.

Por nuestra parte, creemos que la solución legal no es correcta y que debe ser dejada de lado con prontitud. A fin de que el lector pueda llegar a compartir esta afirmación, debe recordar que el tercero asistente carece siempre de legitimación actual para litigar frente al adversario de la parte a la cual adhiere, por lo que el fundamento de su intervención radica en la conveniencia de brindarle la posibilidad de asistir en su defensa a alguna de las partes originarias, en razón de que si ella logra vencer en el pleito el tercero mejorará la condición de su propio derecho. De aquí se puede extraer una característica propia de este tipo de intervención: la existencia de *una* relación litigiosa (la inicial) no se ve alterada en su número por la presencia del tercero, quien no hace ni puede hacer valer su propia relación en *este* proceso (repárese en el diferente y decreciente número de relaciones litigiosas que se presentan en los tres tipos de intervención explicados hasta aquí). De tal modo, el litigio se concreta a lo ya discutido entre actor y demandado, partes originarias del proceso, por cuya razón la sentencia no puede hacer mérito de la relación propia del tercero, a raíz de lo cual ni lo condena ni lo absuelve en cuanto al fondo del problema. Más simplemente: no lo menciona para nada.

De esta razón, que es lógicamente correcta, la doctrina y los códigos que regulan el instituto derivan una consecuencia que no lo es: el tercero asume el carácter de parte *subordinada* o *accesoria* (queriendo significar con ello que *no es una verdadera parte procesal* pues carece de sus atributos de autonomía de actuación) en virtud de existir una relación de *subordinación* entre la parte y el asistente. Y, a base de ello, se le veda expresamente al tercero la posibilidad de realizar cualquier tipo de actividad que no resulte compatible con la efectuada por la parte principal (por ejemplo, si la parte no alega la prescripción de la obligación no puede hacerlo el tercero).

Insistimos en que esta afirmación contiene un error conceptual. Y es que parece obvio sostener que la circunstancia de concurrir una relación

condicionante y otra *condicionada* en su existencia no puede generar por sí misma un estado de *subordinación* entre el asistente y la parte, cuando la realidad jurídica y la lógica pura indican que entre ambos existe una clara y elemental *coordinación de intereses.* Nadie puede dudar de que, voluntaria o provocadamente, el tercero concurre al proceso no sólo para apoyar logísticamente a una parte, sino también para lograr su propia desvinculación obligacional mediante la absolución de aquélla. Y así resulta que el interés del tercero (piénsese en persona harto solvente) puede ser notoriamente mayor que el de la propia parte (piénsese en persona insolvente). ¿Qué sentido lógico –y jurídico– tiene, entonces, vedar al tercero el ejercicio de los derechos que la ley de fondo le acuerda normalmente? En el ejemplo recién expuesto, si el demandado no opone la excepción de prescripción y ésta es de procedencia manifiesta, ¿no lo podrá hacer el tercero asistiendo al deudor?

Ya hemos recordado precedentemente que el fiador puede oponer al acreedor no sólo sus propias defensas, sino también las propias del deudor y *aun contra la voluntad de éste.* Ante norma tan clara, si procesalmente no se permite al tercero actuar en forma incompatible con lo realizado por la parte, ¿puede quedar aquél vinculado definitivamente a la renuncia voluntaria (expresa o implícita) que efectúa el deudor respecto de ciertas defensas que resultarán definitorias para el litigio? Y, además, si el deudor consiente la sentencia que le es adversa, ¿no se permitirá impugnarla al tercero, para quien precisamente constituye la condición de existencia de su propia relación?

Creemos que las respuestas a tales interrogantes son obvias: si las leyes de fondo establecen –en el caso tomado como ejemplo, que está en condición de ser multiplicado– que el fiador puede actuar aun contra la voluntad del deudor y las leyes procesales disponen exactamente lo contrario –dan primacía a la voluntad del deudor por sobre la del tercero–, la estructura piramidal del orden jurídico hace que el intérprete no pueda ignorar el rango de las distintas normas. Y de ahí que, en el supuesto analizado, aunque se acepte en la especie la existencia de una sola y única relación litigiosa, el tercero asistente pueda coadyuvar en la

defensa de su asistido *con todos los poderes* afirmatorios, confirmatorios, alegatorios e impugnatorios de una verdadera parte procesal (ni accesoria ni subordinada).

4.2.4. La intervención sustituyente de terceros

Este tipo de intervención tiene lugar cuando el tercero concurre al proceso porque se halla vinculado con alguna de las partes originarias por medio de una relación que lo legitima: a) para demandar a nombre propio a base del derecho no ejercido por su titular o, b) para asumir en forma personal el carácter de demandado por adeudarle al demandado originario una garantía legal o convencional. En otras palabras: la asunción por el tercero del carácter de parte procesal desplaza (*extromite*) al legitimado originario que, así, es *sustituido* por aquél. Ejemplo del primer caso es la llamada *acción subrogatoria*; del segundo, la *citación de evicción.*

Las características de este tipo de intervención difieren en uno y otro caso:

a) en *el primero*: 1) la sustitución es siempre voluntaria y se refiere exclusivamente a la calidad de *actor* (nunca a la de demandado) a efecto de incoar y, en su caso, continuar el desarrollo del proceso. A tal fin, *es la parte originaria* y, como tal, ostenta todas las facultades y la autonomía propia de ella, salvo que acaezca la siguiente característica: 2) operada la sustitución (es decir, el sustituyente-actor demanda al deudor de su deudor ante la inercia de aquél), siempre es facultad legal del sustituido (deudor del actor) reemplazar a la persona del sustituyente, asumiendo personalmente la calidad de actor en el proceso ya pendiente. Sin embargo, el reemplazo no es total, ya que la parte sustituyente no debe alejarse necesariamente del pleito –aunque puede extromitirse, cosa que no le conviene– en el cual puede permanecer, pero en otro carácter: el de *asistente* (ver número anterior). El tema se verá luego en sus otras implicaciones; 3) existe una sola relación litigiosa –la del sustituido con su propio deudor–, a raíz de lo cual aquél no pierde jamás su calidad de *acreedor primario* del demandado, lo que derivará en que su declaración en el pleito se efectúe por la vía de la absolución de posiciones y no por la del testimonio;

b) en el *segundo*: 1) la sustitución puede ser voluntaria o provocada *sólo por el demandado* y se refiere exclusivamente a la calidad de éste (nunca a la del actor) a efecto de *continuar* el desarrollo del proceso (nunca de incoarlo) con todas las facultades y la autonomía de aquélla; 2) por obvias razones lógicas, la sustitución provoca el reemplazo total del demandado, quien se extromite del proceso. Sin embargo, las severas restricciones que antes he mencionado acerca del instituto mismo de la intervención de terceros hacen que casi todas las leyes (no me animo a decir simplemente *todas* por temor a que exista alguna que no contenga restricciones y que yo no conozca) veden la extromisión del demandado o la sujeten a la conformidad del actor.

En un plano de pura lógica, estas soluciones no son correctas toda vez que el derecho del acreedor no se ve jamás demeritado habida cuenta de que la parte sustituida y extromitida queda vinculada a los efectos propios de la sentencia que se emita acerca del litigio, de la misma forma que si hubiera permanecido presente durante todo el curso del proceso. No se ve, entonces, razón alguna para cercenar la facultad de extromisión a cuya efectivización plena conducen toda la idea y la lógica de la figura de la intervención sustituyente. Un ejemplo ayudará a comprender el problema y la crítica a sus posibles soluciones: supóngase que Juan contrata un seguro de responsabilidad con Pedro, a raíz del cual le paga una prima establecida al efecto para que el asegurador asuma no sólo el riesgo patrimonial cuando llegue la eventualidad de que Juan tenga que responder por un daño causado personalmente, sino también para que afronte todas las contingencias del proceso en el cual se declarará su culpa y consiguiente obligación de reparar. Cumplida la condición contractual –Juan daña a Diego y es demandado por éste para lograr el correspondiente resarcimiento–, es razonable admitir que Juan intente que Pedro cumpla lo pactado: asumir su defensa en el litigio y, llegado al caso, afrontar el pago de la reparación. Precisamente para eso Juan pagó su prima y ése es el negocio de Pedro.

Como luego se verá, la ley argentina en materia de seguros ha establecido –mediante el otorgamiento de la consecuente legitimación– la

posibilidad de que Diego demande directamente a Juan. Pero no es éste el ejemplo que expongo, de donde resulta que el lector tendrá que prescindir de dicha posibilidad y pensar que el caso ocurre antes de la sanción de la ley citada. Si el contrato de seguro existe y si Juan desea defender su propio interés y cumplir lo pactado con Pedro, debe concurrir al pleito incoado por Diego y asumir sin más la calidad de demandado, sustituyendo a Pedro, quien, así, puede extromitirse del proceso (salvo, claro está, que la cobertura del seguro sea inferior al reclamo de Diego), pero sabiendo que su comodidad de no litigar tiene su propio precio: quedar vinculado a los efectos de la sentencia que se dicte contra Juan, lo cual puede llegar a tener importancia en la hipótesis de que éste caiga en estado de insolvencia. Por supuesto, el derecho del actor Diego no disminuye ni se afecta en ninguno de tales casos: si se presenta el asegurador Juan al proceso, aumenta el número de sus deudores; y si el deudor Pedro se queda o se retira del pleito, le da exactamente igual, toda vez que *siempre* responderá en caso de falencia del asegurador. Entonces, ¿por qué se veda legalmente la sustitución plena o se la condiciona a la aceptación del actor?;

3) cuando la ley no autoriza la extromisión del demandado, el sustituyente no adquiere este carácter, sino el de *asistente* (pues carece de relación propia con el actor). En caso de legitimación extraordinaria, cual el supuesto de la ley argentina en materia de seguros, donde el actor puede demandar conjuntamente al asegurado y al asegurador, la intervención de éste (no ya como tercero, sino como parte principal originaria) asume la calidad de *coadyuvante*; 4) en cualquier caso, la presencia del tercero no altera la única relación litigiosa que continúa controvirtiéndose entre el actor y el sustituyente o entre el actor y el demandado originario, asistido ahora por el tercero. Sin embargo, cuando la sustitución *es provocada* (nunca cuando es voluntaria), puede existir otra relación litigiosa más: la del *citante* (demandado) con el *citado* (tercero convocado a sustituir), cosa que explicaré en # 5.3. de esta Lección.

5. LA INTERVENCIÓN PROVOCADA DE TERCEROS

5.1. El concepto y sus caracteres

Algo adelantamos ya sobre el tema (ver el # 4.1.2 de esta Lección), y allí remitimos a este punto por considerar que eso era conveniente para lograr una mejor comprensión de su concepto y caracteres (ruego que se haga ahora la relectura de dicho punto).

Definido antes este tipo de intervención, cabe hacer especial hincapié en algo ya afirmado: en general, tanto doctrina como legislación vinculan a este tipo de intervención con la que he dado en llamar *necesaria*, y las *unifican* bajo la denominación de ésta, mostrando con ello que ninguna de ambas es voluntaria (además de *intervención necesaria*, también es llamada *obligada*, *coactiva* o *forzosa*). En rigor de verdad, ninguna de las voces utilizadas denota cabalmente el fenómeno de que se trata: por lo pronto, el tercero *no está obligado* a comparecer, de donde resulta que no puede ser *coaccionado* al efecto. Se trata, simplemente, de una *carga procesal* generada por virtud de la citación, cuyo incumplimiento le hará sufrir los efectos contrarios a su interés de acuerdo con el caso de que se trate.

A su turno, la palabra *forzosa*, en cuanto es equipolente a *coactiva*, resulta inexacta por las razones recién aludidas; y, en cuanto a su parecido con la voz *necesaria*, también está mal utilizada cuando se denomina con ella el supuesto de intervención *provocada* (que no es *necesaria*). Queda en claro, entonces, que la doctrina más actualizada acerca del tema relativo al origen de estas formas de intervención distingue entre dos tipos de voluntades: a) la de la *parte originaria* que decide a su conveniencia el citar o no a un tercero, cuya presencia no puede ser impuesta por el juez. Tanto es así que el respectivo litigio es susceptible de ser tramitado y resuelto sin la citación del tercero interesado (esta es la intervención *provocada*); b) la de la *propia ley* que requiere imprescindible citación del tercero, que debiendo ser parte originaria (por versar el litigio acerca de una relación jurídica inescindible) no lo es. El caso difiere notablemente del anterior: éste no puede ser tramitado ni, por supuesto, resuelto *sin la*

citación del tercero, a quien cabe convocar al pleito aun contra la voluntad de alguna de las partes originarias.

En el tema que se halla en tratamiento, interesa sólo el primero de tales criterios clasificatorios: deberá entenderse en esta obra que una intervención es *provocada* cuando ella no depende de la voluntad del tercero ni de la ley, sino sólo de la de una de las partes originarias.

En el # 4.1.2 de esta Lección, expresamos cuáles eran las situaciones que podrían generar la intervención provocada, la que es decidida por alguna de las partes a efecto de lograr una de cuatro finalidades que enumeraremos en el # 5.3 de esta Lección.

Los *medios procedimentales* adecuados para provocar la intervención del tercero varían en cada caso, en orden a la finalidad tenida en cuenta al decidir efectuar la citación, cosa que se verá seguidamente.

5.2. Los medios para provocar la intervención de un tercero

En orden a los posibles orígenes de este tipo de intervención (v. el # 4.1.2 de esta Lección) y a la finalidad tenida en cuenta por quien la provoca (ver el número siguiente), la doctrina acepta –aunque confusamente– la existencia de dos *medios*: la *denuncia del litigio* (o *denuncia de litis* o *litis denuntiatio*) y *la citación en garantía* (o *llamada en garantía*), aunque a veces se da a uno los efectos del otro y viceversa.

En general, los distintos códigos no regulan estos medios, y cuando alguno se refiere al tema también lo hace en forma que imprime toda suerte de dudas al intérprete, lo cual ha generado una jurisprudencia errática que hace casi imposible lograr una adecuada sistematización de su contenido. Empero, si se razona con lógica y no con simple capricho, no puede ni debe haber confusión alguna. Si se parte de cualquiera de los supuestos que pueden originar la provocación y se tiene en mira la finalidad procurada por la parte que decide convocar al tercero al pleito pendiente, se advertirá que siempre se tiende, en esencia, a una de dos cosas: vincular al tercero a los efectos propios de la sentencia que se dicte en el proceso pendiente o a lograr una sustitución procesal.

Atendiendo a ello, y siendo convencional cualquier denominación técnica –siempre que se asigne un contenido semántico claro a la voz que se utilice al efecto y no se le den extensiones o ampliaciones que lo tornen polivalente–, proponemos denominar *denuncia del litigio* al primer caso (vincular al tercero con los efectos de la sentencia) y *citación en garantía* al segundo (provocar la sustitución procesal). Por supuesto, la cuestión semántica no es baladí: se trata de diferenciar casos que son disímiles y que, por tanto, tienen –y deben tener– efectos distintos.

Para lograr una mejor explicación de tema tan complejo, es preferible diferir el análisis de cada uno de los medios de provocación para hacerlo junto con los posibles casos de provocación en orden a la finalidad buscada, cosa que se hará en el número siguiente. Allí se encontrarán ejemplos que le permitirán al lector una comprensión más sencilla del tema.

5.3. Los casos de intervención provocada en orden a la finalidad querida por la parte originaria citante

El distinto origen que pueden ostentar las posibles vinculaciones que muestra una parte originaria con el tercero a quien decide citar al pleito pendiente, permite afirmar que la provocación se efectúa en orden a lograr alguna de las siguientes finalidades: a) evitar la deducción por el tercero de ciertas defensas en el juicio que eventualmente incoará contra él; b) lograr que el tercero asuma la defensa del citante en el pleito pendiente y que eventualmente se haga cargo de las condenaciones que contenga la sentencia que allí se emita; c) lograr que el tercero sustituya al citante en el pleito pendiente; d) lograr la deducción de la demanda que el citante teme potencialmente del tercero. Seguidamente enunciaremos los diferentes casos que intentan cumplir tales finalidades, entendiendo que la completa explicación de cada uno de ellos excede el contenido propio de un *Manual*[173].

173 Quien desee profundizar en este tema puntual puede hacerlo en mi obra *Sistema procesal: garantía de la libertad*, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2009, t. I, pp. 541 y ss.

Una vez que el tercero comparece al pleito y comienza a actuar en él en calidad de parte, puede adoptar una de cuatro actitudes posibles:

a)*sustitución*: el garantizador comparece al pleito para hacerse cargo de la defensa y asumir lisa y llanamente todas las responsabilidades del citante, quien, a su turno, puede adoptar una de dos posibles actitudes: 1) *extromitirse del pleito pendiente*, perfeccionando la finalidad de la sustitución que pretendía efectivizar cuando provocó la presencia del tercero, pero siempre sabiendo que los efectos de la sentencia que se dicte en el proceso tramitado en su ausencia le alcanzarán del mismo modo que si hubiera participado durante todo el curso procedimental; 2) *permanecer en el pleito pendiente*, no ya como parte originaria (calidad que pierde con la sustitución), sino como *coadyuvante* del sustituyente (la distinción es meramente académica, pues son idénticos los efectos que derivan de una u otra calidad);

b) *asistencia*: en todo supuesto en el cual la respectiva ley procesal veda efectuar la sustitución (y, por ende, la extromisión del citante) –cual ocurre en la legislación argentina–, el tercero que viene al pleito por provocación de la demandada no tiene otra alternativa que adoptar la actitud de *asistente* (v. el # 4.2.3) (en el lenguaje habitual de las leyes, se trata de la *intervención adhesiva simple*). Como es obvio, tanto este caso como el anterior sólo pueden ocurrir si el tercero acepta su calidad de garantizador. De ahí que, al tener la posibilidad de negar que ostente tal carácter, deba presentarse la siguiente opción:

c) *oposición*: Ocurre cuando el tercero citado en garantía por el demandado comparece al proceso y *niega* (*declina*) su calidad de garantizador. Cuando esto acaece, habida cuenta de la finalidad única de la citación (lograr que el garantizador se haga cargo *aquí* y *ahora* de la responsabilidad pretendida por el actor), la relación de oposición se presenta sólo entre *citante* y *citado*, entre quienes se dará un *nuevo litigio* que habrá de ser procesado en el *mismo procedimiento*, atendiendo a que toda citación en garantía implica esencialmente la *proposición de una demanda implícita por parte del citante contra el citado.* De tal modo, quedan forma-

dos dos procesos lineales en el mismo procedimiento: el del actor contra el demandado-citante y el de éste contra el citado-tercero garantizador. Y ello es y debe ser así por cuanto si en su propia relación litigiosa el citante confirma la existencia de la garantía negada por el garantizador y la consecuente obligación de éste, el juez –uniendo los extremos de las dos relaciones *afines*– podrá condenar al garantizador (obviamente que *junto* con el garantizado) a pagar su acreencia al actor. Con ello se ganó muchísimo en economía y en celeridad, y se da un tratamiento procesal adecuado a las relaciones jurídicas que deben desenvolverse en un marco de total buena fe. De lo expuesto surge el carácter de *verdadera parte procesal* –y principal– del tercero que compareció al proceso, por lo que resulta obvio afirmar que en caso de incomparecencia habrá que respetar todo el rito procedimental que cabe seguir contra el demandado para que no sea conculcado su derecho de defensa en juicio;

d) *abstención*: Significa que el tercero cuya citación provocó el demandado se desentiende por completo de su obligación y no concurre al pleito en el cual se practicó la citación. En tal supuesto, y por las razones apuntadas en el caso precedente, el juez debe actuar como allí se explicó a los efectos de que, cumplidos en ausencia los actos procedimentales que correspondan según un código dado, la sentencia que eventualmente se dicte contra el demandado pueda vincular al tercero renuente.

Como se comprende, la citación no ha cumplido en este caso su finalidad única y, por ende, no habrá sustitución (ni asistencia, cual ocurre en los casos regulados por leyes que no admiten la extromisión); pero siempre existirá para el citante la posibilidad de repetir del citado lo pagado con motivo de la sentencia, sin que éste pueda deducir la excepción de negligente o indebida defensa.

6. LA INTERVENCIÓN NECESARIA

Este tipo de intervención tiene lugar: a) en todo supuesto de hallarse en litigio una relación jurídica *inescindible*, tal como lo expliqué en el # 8.2.2 de la Lección 16 y en el # 4.1.3 de esta Lección; b) la doctrina

generalizada afirma que también tiene lugar respecto de una relación litigiosa *escindible* cuando así lo dispone la ley en cada caso. Pero ya se ha visto que la *necesariedad* de la citación se refiere a una simple *provocación* que debe hacerse para no perder un derecho o habilitar una pretensión regresiva. De consiguiente, este caso no debe ser visto como uno típico y propio de la intervención necesaria.

En esta Lección nos hemos concretado a presentar el complejo problema jurídico que siempre ostenta el tema relativo a la intervención de terceros, adoptando algunas posiciones y criticando otras y ciertos regímenes legales.

Como siempre –y aquí más que respecto de otros temas–, el lector deberá leer detenidamente el código procesal que le interese para poder conocer cómo opera el instituto en la normativa vigente, algunas de cuyas graves lagunas ya podrá llenar después de comprender en qué consiste el fenómeno y cuáles son sus implicaciones probables.

7. LAS TERCERÍAS

No obstante el aparente parentesco existente entre las voces *tercero* y *tercerista*, éste no se convierte en parte en el litigio pendiente, toda vez que le está vedado discutir la relación allí debatida. Por ello, el tema fue tratado en la Lección 18.

TEXTO DE CÁTEDRA*

SUJETOS DEL PROCESO

SUMARIO

1. Sujetos del proceso. Precisiones
   - 1.1. El juez
     - 1.1.1. La competencia
   - 1.2. Las partes
     - 1.2.1. Capacidad para comparecer en el proceso
     - 1.2.2. Personas jurídicas y capacidad para comparecer
     - 1.2.3. El estado como parte
   - 1.3. Concepto de *tercero*
     - 1.3.1. Concepto de intervención
     - 1.3.2. Terceros y tercería
2. La acumulación
   - 2.1. La acumulación subjetiva originaria: el litisconsorcio
   - 2.2. Acumulación subjetiva sucesiva
     - 2.2.1. La acumulación subjetiva sucesiva voluntaria
     - 2.2.2. La acumulación subjetiva sucesiva forzada
   - 2.3. La acumulación objetiva originaria
   - 2.4. La acumulación objetiva sucesiva

1. SUJETOS DEL PROCESO. PRECISIONES

El proceso en sí mismo no tiene una finalidad propia, son las personas que actúan e intervienen en él las que le otorgan sentido y funcionalidad. Son estas personas las reconocidas en la doctrina y en la legislación como sujetos del proceso.

---

* Por el profesor Carlos Antonio Pérez Ríos.

Estas personas actúan con objetivos claramente diferenciados; por un lado, el juez, quien como órgano del Estado ejerce función jurisdiccional y presta el servicio de justicia; por el otro, están las personas relacionadas con el conflicto intersubjetivo de intereses con relevancia jurídica: las partes, el demandante que formula una pretensión singular o plural y el demandado que la niega y resiste.

Eventualmente, pueden intervenir otras personas para defender un interés propio, excluyente del que se discute en el proceso, o relacionado directa o indirectamente con el de alguna de las partes: son los denominados terceros. La intervención de estas personas en el proceso está sustentada en las motivaciones o niveles de relación del tercero con la cuestión controvertida entre las partes. El grado y tipo de vinculación del tercero con la relación sustantiva controvertida en el proceso determina la naturaleza de la intervención.

En suma, la frase nominal *sujetos del proceso* alude a las siguientes personas:

1.1. El juez

El juez es el funcionario público que tiene a su cargo la prestación del servicio de justicia; en tal sentido, materializa la función jurisdiccional, una de las tres grandes funciones del Estado, junto a la función ejecutiva o de administración y la función legislativa y de control político.

La potestad de otorgar el servicio de justicia en el Perú corresponde al Poder Judicial a través de sus órganos jurisdiccionales jerárquicamente organizados con arreglo a la Constitución y a las leyes. Los jueces en todos los niveles son nombrados por la Junta Nacional de Justicia, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 154 de la Constitución Política del Perú, previo concurso público de méritos y evaluación personal.

Las funciones del juez y de sus auxiliares jurisdiccionales son de derecho público; la labor que realizan está destinada a hacer efectivas las finalidades del Estado y de las partes que son de naturaleza pública y privada, respectivamente.

En el ámbito civil, la función jurisdiccional se ejerce por los jueces de paz, jueces de paz letrados, jueces civiles, jueces de las cortes superiores y jueces de la Corte Suprema (art. 49, CPC). La norma procesal establece los deberes, responsabilidades y facultades (genéricas, disciplinarias y coercitivas) de los jueces en el desarrollo del proceso, además de las establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

1.1.1. La competencia

Todos los jueces están investidos de potestad jurisdiccional; sin embargo, la materialización o ejercicio concreto de tal potestad no puede hacerse simultáneamente por todos porque se requiere jueces para imponer sanciones penales, para impartir justicia en temas de familia, laborales, civiles, constituciones, contencioso-administrativos, entre otros. De otro lado, la extensión territorial y división política de un país exige que los jueces desplieguen sus potestades jurisdiccionales en determinadas regiones o zonas, excepto aquellos que tienen competencia nacional, como es el caso de los jueces supremos. Del mismo modo, un juez de paz letrado no puede ostentar las mismas aptitudes, experiencia y formación que un juez superior; el tiempo en el ejercicio de la función judicial determinará que este último asuma temas de mayor complejidad y como órgano revisor de los fallos de los jueces de menor grado.

En suma, definimos a la competencia como la delimitación o materialización de la jurisdicción por las razones de especialidad, territorio o jerarquía, entre otras variables. *También puede concebirse a la competencia como la división o reparto de la jurisdicción* porque "la competencia supone un examen de la distribución jurisdiccional entre los diferentes órganos de la misma dentro de cada orden jurisdiccional habida cuenta de su pluralidad"[174].

La competencia en materia civil está fundada en el principio de legalidad e irrenunciabilidad, conforme al cual la competencia civil no

174 FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Doctrina general de derecho procesal.* Librería Bosch, Barcelona, 1990, p. 247.

puede renunciarse ni modificarse, salvo en aquellos casos expresamente previstos en la ley o en los convenios internacionales respectivos, así lo establece el artículo 6 del CPC.

La competencia que la ley atribuye a un juez civil no puede ser delegada en otro; no obstante, si tuviera la necesidad de llevar a cabo actuaciones fuera de su ámbito territorial, podrá comisionar a otro la realización de tales actuaciones, opción conocida como *exhorto*. Sobre el particular, el artículo 151 del CPC dispone que cuando una actuación judicial debe practicarse fuera de la competencia territorial del juez del proceso, éste encargará su cumplimiento al que corresponda, mediante exhorto. El juez exhortado tiene atribución para aplicar, de oficio, los apremios que permite este Código. El exhorto puede ser dirigido a los cónsules del Perú, quienes tienen las mismas atribuciones del juez, salvo el uso de apremios.

La competencia se determina por la situación de hecho existente al momento de la interposición de la demanda o solicitud y no podrá ser modificada por los cambios de hecho o de derecho que ocurran posteriormente, salvo que la ley disponga expresamente lo contrario. Asimismo, debe tenerse en cuenta que la competencia por razón de la materia se determina por la naturaleza de la pretensión y por las disposiciones legales que la regulan.

La determinación de la competencia por razón de la cuantía se establece por el valor económico del petitorio según las siguientes reglas: a) se considera el valor económico expresado en la demanda, sin admitir oposición al demandado, salvo disposición legal en contrario; y b) el juez, de oficio, efectuará la corrección que corresponda y, de ser el caso, se inhibirá de su conocimiento y la remitirá al juez competente si de la demanda o sus anexos se aprecia que la cuantía es distinta a la indicada por el demandante.

1.2. Las partes

La palabra parte deriva del latín *pars, partis*. En el *Diccionario de la lengua española*[175], son trece las acepciones que grafican la idea de

175 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22.ª ed., Real Academia Española, Madrid, 2001, t. 8, pp. 1144-1145.

parte: "porción indeterminada de un todo"; "cantidad o porción especial de un agregado numeroso"; "porción que le corresponde a alguien en algún reparto o distribución"; "cada uno de los ejércitos, facciones, sectas, banderías, etcétera, que se oponen, luchan o contienden"; "cada una de las personas que contratan entre sí o que tienen participación o interés en un mismo negocio"; "cada una de las personas o de los grupos de ellas que contienden, discuten o dialogan"; "persona que litiga, se muestra parte o se persona en un pleito". Como puede verse, son las últimas acepciones las que se relacionan con el derecho civil y el derecho procesal civil respectivamente; en tanto que las primeras contienen las acepciones extrajurídicas.

En el lenguaje común y en el de la misma ley, se designa con el nombre de partes a quienes intervienen en la celebración de un contrato y, en general, a los protagonistas de cualquier conflicto. Son *partes* porque cada una se presenta como portador de un interés y de una voluntad *particular*, en contraposición a la voluntad y el interés no menos *particular* del otro.

Es precisamente la posición parcial y contrapuesta de los sujetos lo que les atribuye el calificativo de parte. El demandante o actor ejercita parcialmente una determinada pretensión, pidiendo al órgano jurisdiccional el otorgamiento de justicia o tutela jurisdiccional efectiva frente a la otra parte demandada, que actúa igualmente de modo parcial.

Todo proceso en el cual se desenvuelve la función jurisdiccional civil exige dos tipos de sujetos: de un lado, el órgano jurisdiccional imparcial y quienes hacen posible el ejercicio de la función jurisdiccional; y, del otro, los sujetos que mantienen posturas opuestas y parciales. Estos últimos son las partes procesales[176].

Revisión doctrinaria. Parte es la persona o, en general, el sujeto de derecho que postula una pretensión singular o plural y, también, aquél frente a quien se dirige tal pretensión. El concepto de parte comprende

176 LORCA NAVARRETE, Antonio María, *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. El nuevo proceso civil.* Dykinson, Madrid, 2000, p. 74.

tanto a quien afirma la existencia de una pretensión como a quien la niega o, en todo caso, la reconoce. El demandante afirma e invoca el amparo de la pretensión, en tanto que el demandado solicita su desamparo; ambos son elementos parciales de un todo, de ahí la denominación de partes.

Parte, precisa Giuseppe CHIOVENDA, es "aquélla que pide en propio nombre (o en cuyo nombre se pide) la actuación de una voluntad de la ley, y aquél frente al cual es pedida"[177]. La idea de parte viene dada, por consiguiente, por la litis misma, por la relación procesal, por la demanda; no hay que irse a buscarla fuera de la litis y, en particular, a la relación sustantiva que es objeto de la controversia.

Jaime GUASP dice que "Parte es quien pretende y frente a quien se pretende, o, más ampliamente, quien reclama y frente a quien se reclama la satisfacción de una pretensión".

El interés que es inherente al concepto de parte estriba, por consiguiente, sólo en ser sujeto activo o pasivo de la demanda judicial. La relación procesal y las partes existen en virtud de la simple afirmación contenida en la demanda, independientemente de su existencia efectiva, cuya investigación y determinación es precisamente la finalidad del proceso.

Lo ideal es que siempre exista coincidencia entre los titulares de la relación material con los titulares de la relación procesal, y por lo general en la realidad esto es así. Para el proceso lo que importa es quien está en él; es posible que la demanda sea interpuesta incluso por quien no tiene ninguna vinculación con la relación material, sin embargo, por la forma como es presentada y los medios probatorios ofrecidos, que en apariencia sustentan la supuesta pretensión postulada y su correspondiente relación jurídica, es probable que el juez preliminarmente considere que concurren los requisitos de admisibilidad y por consiguiente expida el respectivo auto admisorio de la demanda, de este modo tal persona adquiere el *status* de parte procesal. Es al ejercitarse el derecho de contradicción por

177 CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940, vol. II, p. 264.

el demandado y efectuarse el saneamiento de la relación procesal cuando debe advertirse la falta de legitimidad para obrar del demandante o del demandando y que no tienen, por consiguiente, la calidad de parte material; esta circunstancia puede determinarse en algunos casos sólo al expedirse la sentencia, tal como lo veremos luego, por lo que hablar de parte no es sino hablar de parte procesal.

Para FAIRÉN GUILLÉN, se litiga sobre la base no de la "existencia" de tales relaciones jurídicas, sino sobre "apariencias" de las mismas, "apariencias" de relación de cada una de las personas-partes en concreto, con el objeto material y jurídico de cada proceso en concreto; estas "apariencias", que perduran hasta que se las desvanece judicialmente, o bien se las consagra por su identidad con la relación jurídica material, se comprenden bajo el nombre de "legitimación"; que, aunque sea un "presupuesto de una sentencia sobre el fondo del asunto" –litigio de derecho material–, supone también que parte del proceso versa sobre ella; y debe ser fijada previamente –aunque sea sólo de modo lógico, en un mismo acto procesal complejo del juez o tribunal– a la entrada de estos en el fondo del asunto, impidiéndola si no existe[178].

Entonces, podemos afirmar que la identidad de quienes forman parte de la relación jurídico-material con quienes integran la relación procesal no siempre es posible determinar de modo necesario en los actos postulatorios, puesto que hay casos en que la posición de una de las partes no corresponde con su presencia en la relación jurídico-material antecedente. A modo de ejemplo, mencionamos el caso de la persona que reclama contra otra un crédito inexistente; la identidad sustantiva y procesal de las partes y el eventual amparo de la pretensión sólo se apreciará al momento de sentenciar. En este mismo caso, en la hipótesis de desestimarse la demanda, la posición funcional como parte demandante

178 FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina general de derecho procesal*, cit., p. 290.

siempre habrá correspondido a quien reclamó el crédito y como parte demandada aquél a quien se le reclamó[179].

El concepto de parte es estrictamente procesal. La calidad de parte nace de la titularidad activa o pasiva respecto de una pretensión. En el ámbito de las relaciones jurídicas sustantivas, indudablemente podrá haber contraposiciones de sujetos, como las partes de una relación contractual, sin embargo, estas situaciones no tienen por qué mantener identidad con las partes procesales. Por tal razón, para el proceso, la calidad de partes materiales no es determinante, importa fundamentalmente tener la condición de parte procesal.

Parte material es quien tiene la calidad de sujeto de la relación sustantiva; sobre el particular, nuestro Código Procesal Civil dispone que "Toda persona natural o jurídica, los órganos constitucionales autónomos y la sociedad conyugal, la sucesión indivisa y otras formas de patrimonio autónomo pueden ser parte material en un proceso"(art. 57).

No obstante que el concepto de parte es eminentemente procesal, el pronunciamiento de una sentencia de mérito, o de fondo, requiere examinar el concurso de los presupuestos procesales, entre ellos la legitimidad para obrar tanto del actor como del demandado. La expedición de una sentencia estimatoria exige que quienes integran una relación procesal deben ser los mismos que conforman la relación sustantiva, y, en otros casos, a personas que siendo ajenas a la relación sustantiva, la ley les confiere legitimidad, como en el caso de la acción subrogatoria (inc. 4, art. 1219 del CC)[180], la pretensión de nulidad de matrimonio

179 El párrafo final del artículo 121 del CPC dispone que "Mediante la sentencia el juez pone fin a la instancia o al proceso en definitiva, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal".

180 Artículo 1219, inciso 4 CC: "Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para: 4. Ejercer los derechos del deudor, sean en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor, para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva".

(art. 275 del CPC)[181] o cuando la ley autoriza al Ministerio Público a actuar como demandante o demandado. Respecto a este tema, Enrique VÉSCOVI explica que "una cosa es ser titular del derecho, de la relación sustancial (el deudor, el acreedor, el propietario, el vendedor), estar en una situación jurídica activa o pasiva, haber celebrado un contrato, contraer obligaciones, etc., y otra cosa es tener la necesaria legitimación para accionar (pretender), puesto que la pretensión (acción) es autónoma, independiente del derecho. Naturalmente que ambas condiciones son, por lo general, coincidentes, ya que el que puede (y debe) defender en juicio un derecho es su titular. Sin embargo, en ocasiones el legitimado, por excepción es otro. Esto sucede cuando el ministerio público actúa en el proceso penal, o en el proceso civil, por los ausentes, menores o incapaces, o en el caso del sustituto procesal. Una tercera cosa es quien realmente actúa en el proceso, la parte. Aquí no incluimos el fenómeno de la representación, puesto que el representante actúa en nombre de otro, el representado (que es la parte). Tampoco al asistente o al defensor. A estos no se les puede llamar parte"[182].

La Ley de Enjuiciamiento Civil española del año 2000, acertadamente, fusiona los conceptos de parte material y parte procesal, así como los alcances de la legitimación, introduciendo la denominación de "parte procesal legítima". El artículo 10 de la referida ley establece que "*Serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso. Se exceptúan los casos en que por ley se atribuya legitimación a persona distinta del titular*".

El concepto de parte tiene una connotación contenciosa, puesto que son sujetos parciales y en posturas contrapuestas quienes actúan siempre en torno a un ejercicio funcional contencioso de la jurisdicción civil. Por ello, en los actos de la denominada jurisdicción voluntaria expresada en los procesos no contenciosos, no tiene cabida el concepto de parte, pues

181 Art. 275, CC: "La acción de nulidad debe ser interpuesta por el Ministerio Público y puede ser intentada por cuantos tengan en ella un interés legítimo y actual...".

182 VÉSCOVI, Enrique, *Teoría general del proceso,* 2.ª edición, Temis, Bogotá, 1999, p. 160.

en tales actos sólo interviene el solicitante de los mismos y el órgano jurisdiccional sin que exista contraposición de posturas parciales[183].

El demandado frente a quien se dirige la pretensión, en situaciones poco frecuentes, puede también allanarse a la demanda aceptando la pretensión o reconocerla en su integridad; también puede asumir la condición de rebelde. Estas situaciones no varían la condición del demandado, quien mantiene su condición de parte hasta la conclusión regular o especial del proceso.

Ahora bien, sabido es que la demanda fija la condición de las partes en demandante y demandado; empero, una vez establecida la relación procesal, las partes pueden adoptar las denominaciones que la dinámica del proceso plantea, en consecuencia, pueden asumir la denominación de recurrente y recurrido, reconviniente y reconvenido, titular y afectado, ejecutante y ejecutado, entre otras.

Por último, en el desarrollo del proceso la determinación inicial de las partes a menudo se ve complementada con el ingreso al proceso de personas que no han demandado o que no han sido demandadas, teniendo legitimidad para ello o determinado nexo con alguna de las partes, o con la pretensión misma, circunstancia que da lugar a la denominada acumulación subjetiva sucesiva, más conocida como intervención de terceros, tema que trataremos ampliamente más adelante.

1.2.1. Capacidad para comparecer en el proceso

El estudio de la capacidad de los sujetos de derecho corresponde al derecho civil, disciplina en la cual se establece la diferencia entre capacidad de goce y capacidad de ejercicio. La primera se inicia con el nacimiento, reconociéndose derechos patrimoniales al concebido siempre que nazca vivo, y termina con la muerte; en tanto que la capacidad de ejercicio, en nuestro país, se inicia a los dieciocho años con las excepciones previstas en

183 LORCA NAVARRETE, *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. El nuevo proceso civil*, cit., p. 75.

la ley, y es aquélla por la cual las personas (individual o colectiva) pueden ejercer sus derechos civiles.

Por derechos civiles debe entenderse todos los derechos inherentes a la persona individual o colectiva, reconocidos constitucionalmente sin exclusión de aquéllos no enumerados ni enunciados de modo expreso. Los derechos civiles, conforme a nuestra Carta Fundamental, están agrupados en derechos fundamentales, derechos económicos, sociales y derechos políticos. El concebido, en su calidad de sujeto de derecho especial, también goza de derechos civiles conforme a las precisiones contenidas en nuestro ordenamiento sustantivo.

Ahora bien, uno de los derechos fundamentales de la persona es el derecho de petición, una de cuyas manifestaciones particulares es la facultad de poder acudir al Estado en procura de tutela jurisdiccional efectiva; empero, esta facultad requiere de determinadas condiciones o aptitudes para su ejercicio. Sostiene CARNELUTTI que "La capacidad es la expresión de la idoneidad de la persona para actuar en juicio, inferida de sus cualidades personales"[184].

La capacidad para comparecer en el proceso es una de las manifestaciones de la capacidad de ejercicio o la aptitud legal para ejercer el derecho de acción como medio para acceder a la tutela jurisdiccional efectiva. El artículo 58 del CPC preceptúa que "Tienen capacidad para comparecer por sí a un proceso o para conferir representación designando apoderado judicial, las personas que pueden disponer de los derechos que en él se hacen valer, así como aquéllas a quienes la ley se lo faculte. Las demás deben comparecer por medio de representante legal."

La capacidad para comparecer en el proceso no es otra cosa que la capacidad procesal; no siempre el que puede ser parte en un proceso está por ello capacitado para llevarlo en persona. La cualidad necesaria para

184 CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, cit., t. II, p. 25.

intervenir activamente en el proceso (en beneficio propio o de otro) se llama capacidad procesal[185].

Leonardo Prieto Castro concibe a la capacidad procesal como la aptitud para realizar válidamente actos procesales, comprender su trascendencia y por consiguiente hacerse cargo de sus implicancias: "*Es la que se reconoce, a los sujetos con capacidad de obrar civil, como aptitud para comprender la trascendencia de los actos procesales y para hacerse cargo de sus consecuencias, como también para realizar válidamente tales actos*"[186].

Sobre el tema, son importantes las reflexiones de Enrico Redenti, cuando dice que "No todos los sujetos de derecho (personas físicas o jurídicas) que tienen la capacidad de ser parte, tienen luego también la idoneidad (material, psíquica, intelectual) para estar en él, por así decirlo, en carne y hueso. Entre las personas físicas, no la tendrá, evidentemente, el niño de pecho en los brazos de su nodriza o el enfermo mental recluido en el manicomio (...) Y, he aquí que aparece también en el campo del proceso el fenómeno de obrar (accionar) es decir, estar legalmente en juicio por medio de otros(o como a veces se dice, en la persona de otros), y recíprocamente, del estar legalmente en juicio a nombre y por cuenta de otro, así como finalmente, el de estar en juicio con la asistencia de otro"[187].

Todo sujeto de derecho, sólo por el hecho de serlo, puede ser parte en un proceso, pero la aptitud requerida por la ley para asumir tal posición es, en resumen, la capacidad para comparecer en el proceso. Luego, la capacidad para ser parte no puede ser confundida con la capacidad para comparecer en el proceso, cada una tiene un alcance propio y definido. Los sujetos de derecho, capaces o incapaces, tienen aptitud legal para ser parte, mas no todos tienen aptitud legal para comparecer por sí mismos al proceso y ocupar la posición de parte: la capacidad procesal no es más

185 Kisch, W., *Elementos de derecho procesal civil.* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940, p. 104.

186 Prieto Castro, Leonardo. *Derecho procesal civil,* 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1989, p. 75.

187 Redenti, Enrico, *Derecho procesal civil,* EJEA, Buenos Aires, 1957, t. I, p. 153.

que la capacidad para comparecer al proceso. La representación procesal es la institución que suple esta limitación tratándose de personas jurídicas.

1.2.2. Personas jurídicas y capacidad para comparecer

Con relación a las personas jurídicas, sostenemos que éstas están dotadas de capacidad para comparecer al proceso a través de sus órganos de representación, desde su constitución por acto convencional, contractual o legislativo. Sobre el particular, el artículo 76 del CC establece que *"La existencia, capacidad, régimen, derechos, obligaciones y fines de la persona jurídica se determinan por las disposiciones del presente Código o de las leyes respectivas. La persona jurídica de derecho público interno se rige por la ley de su creación."*

Los órganos de representación de las personas jurídicas están dotados de facultades para celebrar, en nombre de estás, los actos jurídicos sustantivos y procesales pertinentes; por consiguiente, su capacidad procesal está al margen de cualquier cuestionamiento.

Si toda persona jurídica –por tener la calidad de sujeto de derecho– puede ser parte en un proceso, ello implica el reconocimiento de su aptitud legal para comparecer al mismo a través de su representante. En efecto, el CPC dispone que "Las personas jurídicas están representadas en el proceso de acuerdo a lo que dispongan la Constitución, la ley o el respectivo estatuto" (art. 64).

Sabido es que la persona jurídica se caracteriza por su autonomía operativa, la que determina la independencia de la entidad respecto de las personas físicas que la integran y el reconocimiento a su favor de derechos y obligaciones diversos de los que poseen las personas físicas que igualmente puedan integrarla. A través de ese reconocimiento que le atribuye la ley, asume no sólo personalidad jurídica, sino también capacidad para ser parte y, por ende, la capacidad procesal.

Sobre la capacidad para comparecer de una persona jurídica de hecho o irregular, el CC y la Ley General de Sociedades contienen las

siguientes precisiones: La asociación y comité no inscritos pueden "... *comparecer en juicio representada por el presidente del Consejo directivo o por quien haga sus veces*" (arts. 124 y 130 del CC). En el caso de las sociedades irregulares, el artículo 424[188] de la Ley General de Sociedades les reconoce el derecho de comparecer a un proceso sea como demandante o como demandada, con lo cual puede inferirse que les reconoce la calidad de sujetos de derecho independientemente del tema de la personalidad jurídica. Extensivamente, podemos colegir que nada obsta para que las sociedades irregulares puedan asumir la posición de terceras en el proceso. Ciertamente que, si se trata de emplazar a una sociedad irregular, tendrá que emplazarse como litisconsortes pasivos a los administradores o a quienes en nombre de la sociedad tuvieron intervención en el acto jurídico en el cual o a partir del cual se generó el conflicto de intereses.

1.2.3. El Estado como parte

Las relaciones del Estado con otros sujetos en el ejercicio de sus actividades administrativas (el Estado en función ejecutiva o de gobierno) están reguladas por normas jurídicas, cuya inobservancia le puede generar la imposición de sanciones mediante decisiones jurisdiccionales civiles. Hay, en efecto, normas que imponen la aplicación de sanciones civiles al Estado en caso de inobservancia o de transgresión de ciertos preceptos por parte de sus órganos administrativos. Del mismo modo,

188 Art. 424 LGS: "Los administradores, representantes y, en general, quienes se presenten ante terceros actuando a nombre de la sociedad irregular son personal, solidaria e ilimitadamente responsables por los contratos y, en general, por los actos jurídicos realizados desde que se produjo la irregularidad. Si la irregularidad existe desde la constitución, los socios tienen igual responsabilidad. Las responsabilidades establecidas en este artículo comprenden el cumplimiento de la respectiva obligación, así como, en su caso, la indemnización por los daños y perjuicios, causados por actos u omisiones que lesionen directamente los intereses de la sociedad, de los socios o de terceros. Los terceros, y cuando proceda la sociedad y los socios, pueden plantear simultáneamente las pretensiones que correspondan contra la sociedad, los administradores y, cuando sea el caso, contra los socios, siguiendo a tal efecto el proceso abreviado. Lo dispuesto en los párrafos anteriores no enerva la responsabilidad penal que pudiera corresponder a los obligados".

en otras circunstancias el Estado puede ser víctima de transgresiones o de inobservancia de preceptos legales que pueden dar lugar a que, mediante el proceso y las decisiones jurisdiccionales, se imponga a los transgresores determinadas sanciones civiles.

En suma, el Estado como sujeto de derecho, en su condición de persona jurídica en el ejercicio de su función pública o interviniendo en las relaciones de naturaleza privada, puede afectar derechos de quienes intervienen en tales relaciones jurídicas, pero a la vez el propio Estado puede ser objeto de afectación de sus derechos e intereses. Entonces, pueden configurarse pretensiones de otras personas frente al Estado, y de éste frente a aquéllas. El Estado puede ser parte material y parte procesal y, por tanto, participar en el proceso como todos los demás sujetos de derecho: en el proceso puede asumir la posición de parte demandada o parte demandante e, incluso, intervenir como tercero legitimado.

Según REDENTI, "El Estado encarnado en sus órganos idóneos, tiene, pues, capacidad para ser parte también en sentido procesal. Y consiguientemente puede comparecer en juicio por medio de sus órganos, a quienes corresponderá adoptar las respectivas deliberaciones"[189].

Cuando el Estado y sus dependencias, o las empresas públicas y privadas con participación económica determinante de aquél, intervienen en un proceso civil –cualquiera sea la calificación o ubicación procesal que se les asigne–, se someterán al Poder Judicial sin más privilegios que los expresamente señalados en este Código (art. 59 CPC).

A partir de la norma citada, debe admitirse que el Estado en el proceso civil goza de los privilegios señalados en el Código. Empero, la regla es que el Estado, en el ejercicio de sus derechos procesales y en el cumplimiento de sus respectivas cargas, no puede recibir tratamiento diferenciado en aplicación del principio de socialización del proceso.

Respecto a algunos privilegios que recibe el Estado, a modo de ejemplo mencionamos los siguientes: el artículo 47 de la Constitución Política

189 REDENTI, *Derecho procesal civil,* cit., t. I, pp. 162.

dispone que el Estado está exonerado de los gastos que el proceso genera, por lo que está exceptuado del pago de tasas o aranceles. El artículo 413 del CPC, en concordancia con la norma constitucional referida, establece que "Están exentos de la condena en costas y costos los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, el Ministerio Público, los órganos constitucionales autónomos, los gobiernos regionales y locales. Están exonerados de los gastos del proceso las universidades públicas...".

Entre otros privilegios, figura la inembargabilidad de sus bienes (inc. 1, art. 648, CPC); la exoneración del ofrecimiento de contracautela (art. 614, CPC) y la improcedencia de medidas cautelares para futura ejecución forzada (art. 616, CPC).

El Estado, en su condición de persona colectiva, actúa en el proceso a través de los procuradores públicos encargados de ejercitar la defensa jurídica de los intereses del Estado en los procesos en los que es parte. En efecto, mediante el Decreto Legislativo 1326 se reestructura el sistema administrativo de defensa jurídica del Estado y se crea la Procuraduría General del Estado.

En conclusión, en el proceso civil puede ocurrir que tengamos al Estado en función jurisdiccional, personificado en los jueces; y al Estado en las otras posiciones (demandante, demandado, tercero), representado y patrocinado por los procuradores públicos. En los casos de sentencias condenatorias, tenemos nuevamente al Estado como el órgano de administración ejecutado, obligado a cumplir los mandatos judiciales sobre pago de sumas de dinero, con todas las implicancias presupuestarias, retrasos e incumplimientos clamorosos.

1.3. Concepto de *tercero*

La intromisión de terceros en el proceso aparece en la práctica procesal del Medioevo europeo, desde donde se irradió a los diversos ordenamientos procesales latinoamericanos. En el derecho romano no se admitió la figura de los terceros en el proceso, se mantuvo incólume el

principio de que los efectos del proceso, en especial la cosa juzgada, no alcanzan a los terceros (*res inter alios iudicata tertiis non nocet*).

El concepto de tercero sólo puede ser comprendido y estudiado a partir de su necesaria relación con el concepto de parte; por ello, aunque resulte obvio, se puede afirmar que tercero procesal es quien no es parte. Si la noción de parte es positiva, el concepto de tercero sólo puede enunciarse negativamente; lo es quien no es parte, quien no está en el proceso. Entre parte y tercero no existen situaciones intermedias (cuasi parte o parte accesoria), de modo que se es o no se es parte, y entonces se es tercero, tal como acertadamente lo señala Juan MONTERO AROCA[190].

En sentido lato, tercero es quien no tiene ningún tipo de relación con la pretensión que se discute en el proceso; es absolutamente ajeno al proceso. Mas este tercero no nos interesa; el tercero procesal que motiva nuestra preocupación es aquél que directa o indirectamente presenta algún nivel de vinculación con la cuestión controvertida en el proceso, sea porque debió demandar conjuntamente con el actor y no lo hizo, porque debió ser emplazado como codemandado y no lo fue o porque la demanda o la contestación lo involucran o afectan de algún modo, por lo que se ve obligado o es llamado a intervenir en defensa de sus intereses. Es este el tercero que, por la razón indicada y por la oportunidad en que se produce su intervención, recibe la denominación de tercero procesal.

Como ya lo adelantamos, la diferencia entre parte y tercero está dada por la oportunidad o momento en el que se hacen presentes al proceso, al margen del interés, grado o tipo de relación con la pretensión postulada. Parte es quien tiene participación originaria en el proceso, por tanto, asume la posición de demandante o demandado; en tanto que aquél que interviene con posterioridad o sucesivamente asume la calidad de tercero.

Antes de cerrar esta parte, confesamos que utilizamos el sintagma nominal *intervención de terceros* únicamente por respeto a la tradición normativa e incluso doctrinaria. Porque, si somos coherentes y lógicos, el

190 MONTERO AROCA, Juan, *El nuevo proceso civil*. Tirant lo blanch, Valencia, 2000, p. 61.

fenómeno de la intervención está reservado exclusivamente a los terceros, luego resulta redundante utilizar la frase *intervención de terceros.*

1.3.1. Concepto de intervención

La intervención, conforme a nuestro ordenamiento procesal y a la doctrina mayoritaria, es el acto jurídico procesal por el cual se materializa la acumulación subjetiva sucesiva. La intervención permite el ingreso al proceso de otras personas distintas del demandante y del demandado, la misma que ocurre luego del emplazamiento con la demanda, razón por la cual la intervención, como fenómeno procesal, no alude en modo alguno a las partes, sino a los terceros. Por consiguiente, la intervención siempre es subjetiva, sucesiva e *impartial*; por lo mismo, es redundante utilizar la expresión intervención de terceros.

La intervención de otras personas en el proceso está sustentada en las motivaciones o niveles de relación del tercero con la cuestión controvertida entre las partes. El grado y tipo de vinculación del tercero con la relación sustantiva controvertida en el proceso determina la naturaleza de la intervención.

Con propósitos de aprehensión cognitoria, la doctrina ha empleado diversas formas o criterios de clasificación del instituto que estudiamos. El criterio predominantemente empleado es el que considera el origen de la iniciativa de la intervención; de modo tal que, si la iniciativa nace de las partes o del juez, la intervención recibe el nombre de intervención forzosa, coactiva, necesaria o provocada; si la iniciativa proviene del tercero, estamos frente a la intervención voluntaria. En ambos casos, la intromisión del tercero se formaliza con el pronunciamiento jurisdiccional que admite su intervención, momento procesal a partir del cual el interviniente adquiere el *status* de tercero legitimado.

Sin duda alguna, el tema de la intervención en el proceso es uno de los más complicados y que mayores preocupaciones ha suscitado en la doctrina. Por principio, lo ordinario y pacífico es que los límites subjetivos de la cosa juzgada beneficien o perjudiquen al actor y al

demandado; sin embargo, las relaciones jurídicas –como la realidad misma– no son simples ni homogéneas, sino complejas y heterogéneas, por lo que con frecuencia la sentencia afecta derechos de terceros. Es ésta la razón que justifica la regulación del instituto de la intervención en el proceso civil.

Además, debe considerarse que la forma y oportunidad para interponer una demanda o contradecirla no son siempre coincidentes. En efecto, puede suceder que, siendo varios los sujetos legitimados para interponer una demanda o para contradecirla, sólo alguno asuma la posición de actor, o el emplazamiento se produzca sólo con relación a alguno y no contra todos los legitimados para ser demandados. Es previsible que quienes no demandaron o no fueron emplazados con la demanda soliciten su intervención en el proceso. En otro caso, la persona a quien se ha demandado podría considerar que es otra y no ella a quien debe emplazarse con la demanda y, por tanto, pida que aquella sea llamada al proceso; en fin, son diversas las situaciones que explican la presencia de terceros en el proceso, tal como lo veremos en este estudio. De este modo, por propia voluntad, por requerimiento de las partes o por iniciativa judicial, pueden otras personas sucesivamente unirse al proceso pendiente.

Ugo ROCCO se refiere al instituto de la intervención en los siguientes términos: "...Además de los sujetos que están jurídicamente autorizados para accionar o para contradecir en sentido estricto, es decir, para iniciar el juicio, dándole existencia a la demanda judicial, hay otra categoría de sujetos que también están autorizados jurídicamente por la ley procesal para tomar parte en un juicio pendiente entre otros sujetos, y, por lo tanto, pueden, a voluntad, o por requerimiento de los sujetos inicialmente en litis, unirse al proceso pendiente. Hay también otros sujetos que están jurídicamente obligados a participar en el desenvolvimiento de un determinado proceso, y que, por consiguiente, pueden intervenir voluntariamente en la litis, o, en su defecto, deben ser llamados a que comparezcan en el litigio pendiente por obra de las partes en causa, o por obra de los órganos jurisdiccionales.

Así, en torno a los sujetos que por medio de la demanda judicial se han venido determinando e individualizando originariamente, se agrupa una multitud de otros sujetos que vienen sucesivamente a determinarse, sea a consecuencia de un acto debido a su misma iniciativa, sea por voluntad de los sujetos originariamente en litis, o también por voluntad de los órganos jurisdiccionales"[191].

Finalmente, y coincidiendo con Jaime Camacho Azula[192], creemos que la intervención puede concebirse como la comparecencia que hace una persona al proceso, posteriormente a la constitución de la relación jurídica procesal, por su propia iniciativa o en virtud de la citación efectuada por el juez, sea de oficio o a instancia de parte, con la finalidad de sostener o sustentar el derecho del cual es titular o simplemente para apoyar al demandante o demandado, por tener con cualquiera de éstos un vínculo jurídico que puede verse afectado con la decisión que se adopte en la sentencia.

1.3.2. Terceros y tercería

No es objeto de este trabajo estudiar el tema de la tercería, pero cómo no dejar por lo menos esbozada la idea central de un término tan relacionado con el tema de los terceros en el proceso civil.

La admisión del tercero en el proceso lo convierte en *tercero legitimado,* quien desenvuelve su actividad en el proceso en el que ha sido admitido; el desenlace se produce con la sentencia o con el auto que pone fin al proceso, no descartándose, sin embargo, su eventual extromisión por considerar que el derecho o interés que lo legitimaba ha desaparecido o por haber comprobado su inexistencia[193].

---

191 Rocco, Ugo, *Tratado de derecho procesal civil,* Depalma, Buenos Aires, 1976, t. II, p. 124.

192 Azula Camacho, Jaime, *Manual de derecho procesal civil,* Temis, Bogotá, 1975, t. I, p. 237.

193 Art. 107 CPC: "Excepcionalmente, en cualquier momento el juez por resolución debidamente motivada, puede separar del proceso a un tercero legitimado, por considerar

a) La *intervención excluyente de propiedad*

Se produce cuando el perjudicado por una medida cautelar dictada en un proceso en el que no es parte, interviene en el proceso para solicitar el levantamiento de la afectación dispuesta sobre el bien de su propiedad. Es condición esencial para el éxito de esta intervención la presentación del título de propiedad registrado; de otro modo, el pedido deviene en improcedente. En este caso, la intervención del tercero se desenvuelve y agota en el proceso preconstituido[194].

b) La *demanda excluyente de propiedad*

Técnicamente no es una intervención, puesto que es postulada como una pretensión contenida en una demanda de tercería excluyente de propiedad. Ahora bien, desde un punto de vista extremadamente formal, podría admitirse que es una intervención porque la demanda es interpuesta a consecuencia de un proceso en trámite en el que se ha afectado un bien o bienes de un tercero ajeno al proceso, pero que por tal razón asume la posición de demandante tercerista; mas, en lo esencial, es una demanda dirigida a las partes del proceso en trámite, que por tal razón asumen la posición de demandados. El actor se ve compelido a interponer esta demanda porque no cuenta con un título de propiedad registrado que le permita lograr la desafectación del bien de su propiedad[195].

Resumiendo, podemos afirmar lo siguiente:

1) La intromisión del tercero, por lo general, se produce y agota en el proceso constituido entre demandante y demandado; luego, la

---

que el derecho o interés que lo legitimaba ha desaparecido o haber comprobado su inexistencia".

194 Art. 100 CPC: "Puede intervenir en un proceso quien pretende se le reconozca su derecho en oposición a los litigantes, como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien de su propiedad o sobre el cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar...".

195 Art. 539 CPC: "El perjudicado por una medida cautelar dictada en proceso en que no es parte, puede pedir su suspensión sin interponer tercería, anexando título de propiedad registrado. Del pedido se corre traslado a las partes. Si se suspende la medida, la resolución es irrecurrible. En caso contrario el interesado puede interponer tercería...".

intromisión del tercero no da lugar a la instauración de un nuevo proceso.

2) El tercero, asimismo, no trastoca su condición de tal hasta el final del proceso; salvo en el caso de llamamiento posesorio, cuando el tercero admite su condición de titular de la posesión y, por tanto, se coloca en el lugar del demandado, que queda excluido del proceso.

3) La intervención excluyente de propiedad no da lugar al surgimiento de un nuevo proceso; por el contrario, la demanda excluyente de propiedad (tercería excluyente de propiedad) sí da nacimiento a un nuevo proceso, en el que los demandados son los que tenían la condición de partes en el proceso preconstituido y en trámite.

2. LA ACUMULACIÓN

1) Concepto

El verbo acumular proviene del latín *acumulare*, que significa "juntar y amontonar", "unir unos procedimientos a otros para que sean resueltos por una sola sentencia o resolución". Unir unos procedimientos a otros para que sean resueltos por una sola sentencia o resolución; tales son las acepciones pertinentes contenidas en el *Diccionario de la lengua española*[196]. A su vez, el sustantivo *acumulación* deriva de la voz latina *cumulus*, que significa *montón*.

La acumulación es la institución procesal que consiste en: 1) reunir en un solo proceso una pluralidad de personas en la posición de demandantes, demandados o terceros, frente a una pretensión singular o plural, o 2) reunir una pluralidad de pretensiones frente a demandante o demandado singulares o plurales; y tiene como finalidad evitar la expedición de resoluciones contradictorias sobre un mismo tema, salvaguardando

196 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22.ª ed., t. I, Real Academia Española, Madrid, 2001.

así los principios de congruencia, concentración, economía y celeridad procesales.

Se ha dicho con acierto que las personas no se acumulan; sin embargo, el termino acumulación grafica correctamente la idea de pluralidad subjetiva y objetiva en un mismo proceso.

2) Antecedentes normativos

El Código de Enjuiciamiento en Materia Civil de 1852 no dedicó capítulo o sección a la acumulación, pero se regularon algunos temas específicos[197]. El Código de Procedimientos Civiles de 1912 la desarrolló a través de catorce artículos; en el Título XII de la Sección Primera, reguló la acumulación originaria y sucesiva de pretensiones, llamadas acciones en ese entonces. El Código Procesal Civil vigente, pese a sus limitaciones, la regula de un modo más integral.

3) Fundamentos

3.1) Congruencia procesal

Conocida también como *armonía procesal*, constituye la razón principal que sustenta la acumulación o pluralidad de pretensiones. Se trata de evitar decisiones contradictorias, circunstancia que podría ocurrir si se tramitan dos o más pretensiones con elementos comunes o afines en procesos distintos; los órganos jurisdiccionales podrían llegar a resultados opuestos entre sí, afectando la coherencia y relación lógica y razonabilidad que deben expresarse en la solución de un conflicto de intereses con relevancia jurídica, simple o complejo. Sucede cuando, en un proceso, un socio demanda la nulidad de transferencia de acciones por habérsele desconocido su derecho de preferencia; simultáneamente, en otro proceso y juzgado distinto, el nuevo titular de las acciones reclama el registro de su propiedad en el libro de matrícula de acciones. Si finalmente ambas

197 Art. 583: "En una misma demanda pueden intentarse acciones diversas; pero no contradictorias".
Art. 584: "Se puede demandar acumulativamente la posesión y la propiedad de una misma cosa, pero en este caso prefiere la primera a la segunda".

pretensiones son estimadas, tendríamos, por un lado, la declaración de nulidad del acto jurídico de transferencia de acciones; y, por el otro, la orden de registrar la titularidad de las acciones en el libro de matrícula.

3.2) La economía procesal

Marco Gerardo MONROY CABRA destaca que, por el principio de economía procesal, debe buscarse el mayor resultado con el mínimo de empleo de actividad procesal. Como consecuencia de él, la ley trae los siguientes efectos: a) no admite la demanda que no cumpla las exigencias legales; b) se rechazan de plano los incidentes que no estén expresamente autorizados por la ley o que se promuevan fuera del término señalado para ello, y aquéllos cuya solicitud no reúna los requisitos formales o sean improcedentes por basarse en hechos analizados anteriormente; c) se permite la acumulación de pretensiones para evitar varios procesos; d) se permite al demandado reconvenir o contrademandar a su demandante, e) se autoriza al juez para rechazar las pruebas prohibidas o ineficaces, las que versan sobre hechos notoriamente impertinentes y las manifiestamente superfluas[198].

En virtud de este principio se reducen costos y tiempo; no obstante, la tramitación de dos o más pretensiones en un solo proceso demanda mayor insumo de tiempo, la dinámica procesal adquiere mayor densidad y complejidad, lo que finalmente se traduce en la mayor duración de los procesos. Se afecta así las ventajas de la economía procesal, sin anularlas.

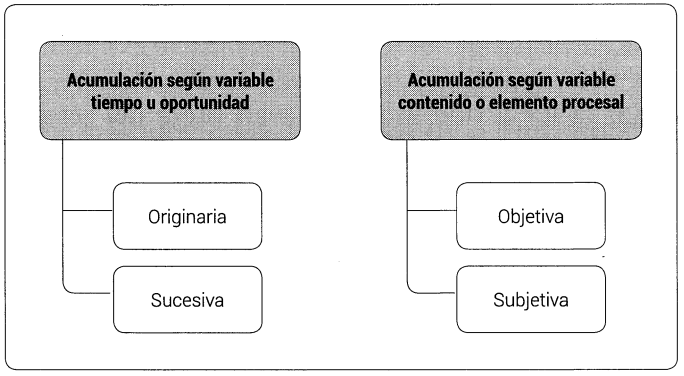
Sin embargo, tratándose de la acumulación de pretensiones, a través de la unión de procesos, pueden presentarse situaciones en las que los propósitos de la economía procesal se anulen. Ante esta eventualidad, el legislador ha previsto la figura de la desacumulación. El artículo 91 del CPC establece que "Cuando el Juez considere que la acumulación afecta el principio de economía procesal, por razón de tiempo, gasto o esfuerzo

198 MONROY CABRA, Marco Gerardo. *Principios de derecho procesal civil*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 1988.

humano, puede separar los procesos, los que deberán seguirse independientemente, ante sus Jueces originales".

La congruencia y la economía procesal son los fundamentos que justifican la acumulación[199]. El juez y las partes, de una sola vez, realizan los actos que sirven para la resolución de una controversia.

4) Clases



El artículo 83 del CPC establece que "En un proceso puede haber más de una pretensión, o más de dos personas. La primera es una acumulación objetiva y la segunda una acumulación subjetiva. La acumulación objetiva y la subjetiva pueden ser originarias o sucesivas, según se propongan en la demanda o después de iniciado el proceso, respectivamente".

El texto citado no es afortunado porque afirmar que "en un proceso puede haber (...) más de dos personas" no es un supuesto de acumulación, puesto que en todo proceso judicial hay más de dos personas: el juez, el demandante y el demandado, o simplemente el juez y el solicitante en un proceso no contencioso. La expresión completa debió ser que en un

199 Sobre el particular, CARNELUTTI resume los fundamentos de la acumulación en los siguientes términos: "Lo que justifica la composición acumulativa de litigios diversos, esto es, el empleo para tal composición de un solo proceso, son siempre las dos razones notorias: economía y justicia; ahorro de tiempo y de dinero y posibilidad de alcanzar mejor el resultado del proceso" (CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, cit., t. II, p. 675).

proceso puede haber dos o más personas como demandantes, demandados o terceros.

Los criterios taxonómicos para el estudio de la acumulación son diversos; sin embargo, por razones didácticas y normativas, tomamos en cuenta dos variables: tiempo u oportunidad y contenido o elemento procesal. Entonces, según el tiempo u oportunidad, la acumulación puede ser originaria o sucesiva; y, según el contenido o elemento procesal, la acumulación puede ser objetiva o subjetiva.

4.1) La acumulación según criterio temporal o de oportunidad

4.1.1) Acumulación originaria

Se produce exclusivamente con la demanda. La posibilidad de dar origen a una demanda acumulativa originaria pertenece a la exclusiva voluntad del demandante, nunca a la voluntad del demandado. Interesa que la pluralidad subjetiva u objetiva se produzca con la interposición de la demanda y hasta antes del respectivo emplazamiento del demandado. En determinados casos, el juez, en el ejercicio de sus facultades de saneamiento y como director del proceso, puede disponer el emplazamiento de personas no demandadas, cuando de la demanda y los medios probatorios ofrecidos se desprende tal necesidad.

4.1.2) Acumulación sucesiva

Se configura después del emplazamiento del demandado, también es conocida como acumulación derivada o posterior. Las personas o pretensiones que se incorporan al proceso en este momento constituyen supuestos de acumulación sucesiva subjetiva u objetiva, respectivamente.

Las personas que vienen al proceso en estas circunstancias son los llamados terceros; el tipo y grado de vinculación de éstos con las partes preconstituidas y la pretensión determinan su naturaleza y denominación. Las pretensiones que se acumulan en este momento procesal obedecen a mecanismos de inserción, ampliación de demanda o de reunión de procesos.

La iniciativa para su configuración puede provenir de las partes, de un tercero y, en ciertos casos, del juez mediante actos de integración procesal.

4.2) La acumulación según el elemento procesal

4.2.1) Acumulación subjetiva

Es la pluralidad de personas como demandantes, demandados o terceros; puede producirse con la interposición de la demanda o luego de su notificación al demandado. En el primer caso, la acumulación subjetiva es conocida como inicial u originaria; y, en el segundo, sucesiva o posterior.

4.2.2) Acumulación objetiva

Es la reunión de dos o más pretensiones en un mismo proceso para ser resueltas con una sola decisión final; se constituye con la postulación de la demanda (objetiva originaria) o luego del emplazamiento del demandado (objetiva sucesiva) mediante mecanismos de inserción, ampliación o reunión de procesos.

2.1. La acumulación subjetiva originaria: el litisconsorcio

1) *Concepto*

Litisconsorcio, etimológicamente, deriva de *litis* (litigio, conflicto, pleito), *con* (junto o comunidad) y *sortium*, que a su vez proviene de *sors* (suerte); por lo que, bajo esta acepción, litisconsorcio es la comunidad de suertes en el litigio. Puede concebirse como aquella situación jurídica en la que se ubican determinadas personas que actúan en un proceso de manera conjunta, como demandantes o como demandados, vinculadas en torno a un interés común y a un pronunciamiento jurisdiccional único y definitivo.

El litisconsorcio denota la presencia de varias personas como partes que, por obligaciones, derechos o intereses comunes, están unidas en una determinada posición y piden al órgano jurisdiccional el pronunciamiento de una decisión lógica y jurídicamente única[200].

200 DÁVILA MILLÁN, Encarnación, *Litisconsorcio necesario, concepto y tratamiento procesal*, Bosch, Barcelona, 1975, p. 14.

Complementariamente, puede sostenerse que el litisconsorcio es aquella especie de pluralidad de personas en la posición de partes que se configura cuando los litigantes se ubican en un mismo plano y mantienen unidad en su actuación procesal; esta unión plural puede referirse a los demandantes, a los demandados o a ambos a la vez. Ergo, la intervención de otras personas ubicadas en planos distintos, con una actuación procesal singular, no da lugar a la formación de litisconsorcio; es decir, no toda pluralidad de participantes genera litisconsorcio.

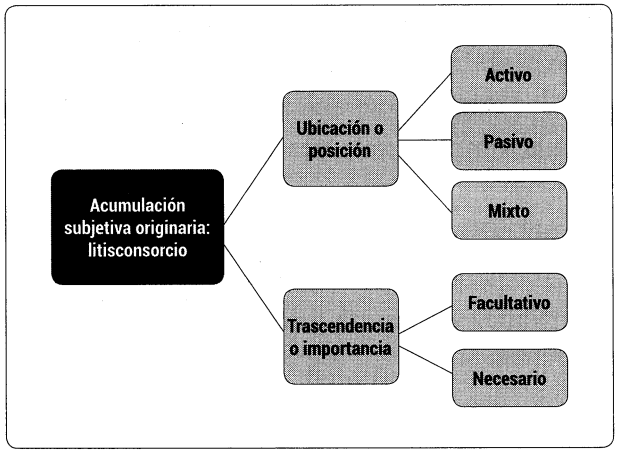
Según la norma procesal civil, "Hay litisconsorcio cuando dos o más personas litigan en forma conjunta como demandantes o demandados, porque tienen una misma pretensión, sus pretensiones son conexas o porque la sentencia a expedirse respecto de una pudiera afectar a la otra" (art. 92).

La fuente generadora del litisconsorcio es la demanda, luego podemos decir que todas las figuras litisconsorciales son originarias. Empero, en el proceso pueden surgir situaciones de excepción, como cuando se apersona al proceso, con posterioridad al emplazamiento del demandado, una persona que no fue demandada no obstante formar parte de un patrimonio autónomo o integrar la relación jurídica sustantiva; o cuando alguien, pudiendo actuar como demandante, no lo hizo originariamente. Estas situaciones litisconsorciales constituyen modalidades de la acumulación subjetiva sucesiva: la intervención litisconsorcial.

2) *Clases*

Son dos las variables consideradas en el CPC para la regulación del litisconsorcio[201]:

201 El litisconsorcio, según la variable oportunidad, tiene expresión legislativa en la acumulación subjetiva sucesiva denominada: *intervención litisconsorcial*, cuya contraparte vendría a ser el litisconsorcio originario.



2.1) *Litisconsorcio según la ubicación o posición en que se produce*

Interesa saber en cuál de las posiciones procesales se produce la pluralidad de partes: si en la de demandante, en la de demandado o en ambas a la vez. De acuerdo con este criterio, el litisconsorcio es activo, pasivo o mixto.

2.1.1) *Litisconsorcio activo*

Se produce cuando son dos o más personas las que asumen la posición de demandantes frente a un demandado (persona individual o colectiva).

2.1.2) *Litisconsorcio pasivo*

Se configura cuando se emplaza a dos o más personas con la demanda; es decir, cuando la pluralidad de partes se produce en la posición de los demandados frente a un solo demandante.

2.1.3) *Litisconsorcio mixto*

Se produce cuando en el proceso son varios los demandantes y demandados; o, mejor, varios demandantes emplazan a varios demandados.

2.2) *El litisconsorcio según la trascendencia o importancia*

2.2.1) *Litisconsorcio facultativo*

Llamado también litisconsorcio *voluntario o simple*, se produce cuando el consorcio de los litigantes obedece a la facultad libre o espontánea de aquellos. Está regulado en el artículo 94 del CPC: "Los litisconsortes facultativos serán considerados como litigantes independientes. Los actos de cada uno de ellos no favorecen ni perjudican a los demás, sin que por ello se afecte la unidad del proceso".

En el litisconsorcio facultativo, las diversas personas que se hallan en condiciones de producir el litisconsorcio activo lo crean libremente a voluntad, mediante la presentación de una demanda por todas ellas, conjuntamente, y porque la persona o personas que están en situación de crear el litisconsorcio pasivo demandan, también a voluntad, a una multiplicidad de sujetos conjuntamente[202]. Por ejemplo, dos copropietarios demandan a su arrendatario común la restitución del inmueble; la demanda bien pudo haber sido postulada por uno de ellos sin afectar la validez del proceso. La presencia de ambos constituye un caso de litisconsorcio facultativo.

2.2.2) *Litisconsorcio necesario*

Llamado también litisconsorcio obligatorio porque la ley exige que comparezcan o sean emplazados todos; o cuando, a criterio del juez, la decisión final afectará a quienes integran la relación sustantiva o material. El litisconsorcio necesario se produce por existir pluralidad de titulares frente a una misma pretensión, por conexidad entre pretensiones y por el efecto de la sentencia.

La norma procesal civil establece que "Cuando la decisión a recaer en el proceso afecta de manera uniforme a todos los litisconsortes, sólo será expedida válidamente si todos comparecen o son emplazados, según se trate de litisconsorcio activo o pasivo, respectivamente, salvo disposición legal en contrario" (art. 93).

El litisconsorcio necesario exige la intervención en el proceso desde su iniciación, de todos los litisconsortes, y aparece en los casos en que la

202 Prieto Castro, *Derecho procesal civil*, cit., p. 82.

acción y pretensión solamente pueden proponerse, válidamente y de pleno derecho, por varias personas o contra varias personas[203]. Como señala Montero Aroca[204], el fundamento del litisconsorcio necesario se encuentra básicamente en la inescindibilidad de ciertas relaciones jurídicas, puesto que la legitimación se atribuye a dos o más personas conjuntamente.

José BONET NAVARRO sostiene que el litisconsorcio necesario en la posición activa es una de esas *realidades* tan aparentemente aceptadas, que a la hora de buscar un ejemplo representativo resulta sumamente difícil encontrarlo. Compartimos tal preocupación porque, efectivamente, son pocos los casos que se adecuen al litisconsorcio necesario en la posición activa; a diferencia del litisconsorcio necesario pasivo, en el que los ejemplos no revisten mayor dificultad. Son casos de litisconsorcio en la posición activa, la demanda de separación convencional en la que necesariamente deben ser actores ambos cónyuges, o la solicitud de convocatoria a asamblea en la que deben ser demandantes no menos de la décima parte de asociados (art. 85 CC)[205].

A) *Parámetros*

Los parámetros para saber cuándo estamos frente a un litisconsorcio necesario son los siguientes:

a) *La titularidad frente a una misma pretensión*

Como cuando los cónyuges demandan separación convencional y divorcio ulterior (art. 575 CPC), o cuando no menos de la décima parte de asociados demanda la convocatoria a asamblea (art. 85 CC); en ambos casos, los actores litisconsorciales son titulares de una misma pretensión

203 FAIRÉN GUILLÉN, *Doctrina general de derecho procesal*, cit., pp. 302 y 203.

204 Citado por BONET NAVARRO, José, "Litisconsorcio activo innecesario (una reflexión para el debate)", en *Justicia. Revista de derecho procesal*, N.º 2, Barcelona, 1997, p. 536.

205 Es verdad que este caso es un típico ejemplo de litisconsorcio necesario activo. La ley exige que concurran como demandantes no menos de la décima parte de asociados reclamando convocatoria a asamblea general, debido a la negativa del Consejo Directivo. Este ejemplo nos fue proporcionado por un alumno aspirante a juez en una conferencia dictada en junio del año 2003 en la Universidad de San Marcos.

respecto a los demandados. El litisconsorcio en los casos planteados se produce en la posición activa.

b) *La conexidad entre las pretensiones*

Como cuando se demanda nulidad de una compra-venta, nulidad de la escritura pública y nulidad del asiento registral. En este caso, las pretensiones postuladas acumulativamente (acumulación objetiva) exigen que se emplace a varios demandados: p. e., al vendedor, al notario público, etc. El litisconsorcio necesario en este caso se produce en la posición pasiva.

c) *El efecto de la sentencia*

Como cuando se demanda desalojo a los cónyuges, o se demanda tercería excluyente de propiedad, o nulidad de un contrato de suministro en el que hubieran intervenido dos suministrantes. En estos casos, la sentencia a expedirse afecta a los emplazados por igual, situación que exige su actuación como litisconsortes necesarios pasivos. Contrariamente, la falta de emplazamiento de uno de los cónyuges, del demandante o del demandado en el proceso que motiva la tercería, o de uno de los suministrantes, impregna de nulidad al proceso.

Adicionalmente, debe tenerse presente la representación procesal del patrimonio autónomo, regulada en el artículo 65 del CPC; en la que se establece que, si el patrimonio autónomo es demandante, cualquiera de sus partícipes asume la representación; en tanto que, si son demandados, la representación recae en la totalidad de los que la conforman.

La sentencia beneficia o afecta a todos por igual. No es exigible que todos interpongan recursos, bastará que uno de ellos lo haga para irradiar sus alcances a los demás, lo mismo sucede con los actos de impulso procesal.

B) *Integración del litisconsorte*

Tratándose del litisconsorcio voluntario o facultativo, el juez no debe efectuar actos de integración porque atentaría contra su naturaleza; sin embargo, tratándose del litisconsorcio necesario, el juez de oficio debe

integrar la relación procesal emplazando a la persona o personas sin cuyo concurso su decisión final no tendría validez.

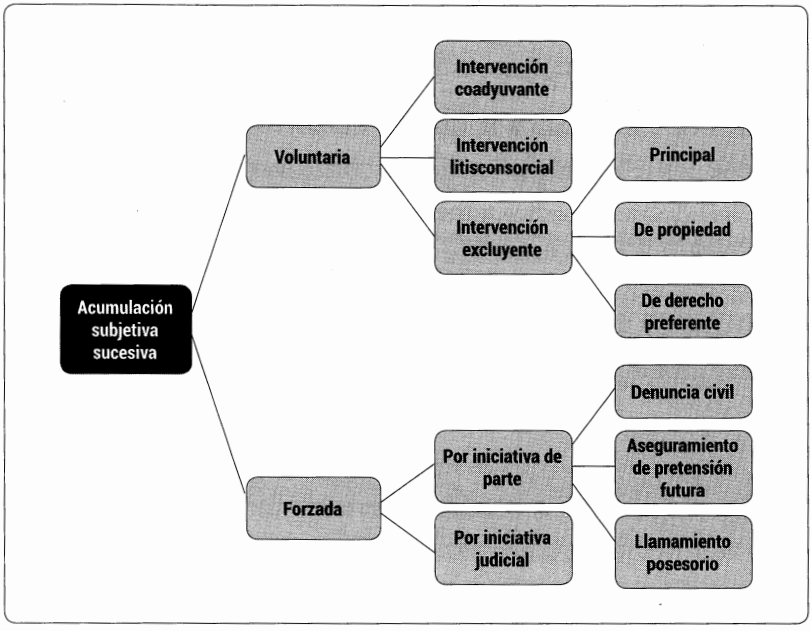
El CPC dispone que, en caso de litisconsorcio necesario, el juez puede integrar la relación procesal emplazando a una persona, si de la demanda o de la contestación resulta evidente que la decisión a recaer en el proceso le va a afectar. Para este propósito, si en la demanda faltaren los datos para el emplazamiento de los litisconsortes necesarios, debe el juez devolver la demanda y requerir al actor los datos para el respectivo emplazamiento. En otro supuesto, si el demandado denuncia la necesidad de emplazar a otra persona que tiene la condición de litisconsorte, o si el juez advierte el defecto luego de notificada la demanda, debe suspender la tramitación del proceso, hasta que se establezca válidamente la relación procesal con la integración del litisconsorte necesario (art. 95).

C) *Integración tardía y actuación probatoria*

Como expresión del ejercicio irrestricto del derecho de defensa, la norma procesal establece que, si el litisconsorte integrado al proceso luego de haberse realizado la audiencia de pruebas ofreciera medios probatorios que requieran de actuación, el juez debe fijar día y hora para una audiencia complementaria de pruebas, cuya realización tendrá lugar en un plazo no mayor de veinte días (art. 96).

2.2. Acumulación subjetiva sucesiva

También conocida como acumulación derivada o posterior, es la que se configura después del emplazamiento del demandado. Las personas que se incorporan al proceso luego de dicho acto procesal configuran supuestos de acumulación sucesiva subjetiva y son denominadas *terceros*. El tipo y grado de vinculación de éstos con las partes y la pretensión o pretensiones determinan su naturaleza específica y denominación. La iniciativa para que se configure esta acumulación puede corresponder a las partes, al juez e incluso a la decisión libre y espontánea del tercero.



2.2.1. La acumulación subjetiva sucesiva voluntaria

1) *Concepto*

La acumulación subjetiva sucesiva voluntaria es también conocida como intervención voluntaria porque se refiere a la intervención libre y espontánea de otra u otras personas (terceros) en un proceso ya iniciado, luego de formalizada la relación procesal entre demandante y demandado. La iniciativa de intervención nace del tercero quien, al tomar conocimiento de la existencia de un proceso, decide intervenir para tutelar sus intereses, cuya suerte de una u otra manera se discute en el proceso en curso.

2) *Clases*

Esta intervención no acontece de modo uniforme; el interés subyacente presenta distintos niveles, grados o matices que determinan la existencia de diversas formas de intervención voluntaria, reguladas en la norma procesal civil. Son formas específicas que adopta esta modalidad de intervención: la coadyuvante, litisconsorcial y excluyente; sea esta principal, de propiedad o de derecho preferente.

2.1) *La intervención coadyuvante*

Dice el artículo 97 del CPC: "Quien tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada desfavorablemente si dicha parte es vencida, puede intervenir en el proceso como coadyuvante de ella. Esta intervención puede admitirse incluso durante el trámite en segunda instancia. El coadyuvante puede realizar los actos procesales que no estén en oposición a la parte que ayuda y no impliquen disposición del derecho discutido".

2.1.1) *Concepto*

Conocida como *intervención adhesiva*, es aquélla en la que el tercero interviene para ayudar a una de las partes porque podría verse afectado si esta es vencida. Todo cuanto hace en el proceso, lo hace por un derecho ajeno sin ser representante de la parte a la que coadyuva.

El interventor adhesivo no actúa en lugar del sujeto del litigio, sino junto a éste. Se le atribuye por tanto una legitimación secundaria, en lugar de una legitimación principal; interviene en el proceso como sujeto de refuerzo de una de las partes[206] porque la sentencia a expedirse puede redundar en beneficio o perjuicio del interviniente.

La ley señala, como condición para la intervención del coadyuvante, que éste tenga con una de las partes una relación jurídica sustancial, a la que no deban extenderse los efectos de la sentencia que resuelva las pretensiones controvertidas en el proceso, pero que pueda ser afectada si dicha parte es vencida. El interés del tercero para intervenir en el proceso es ayudar a la parte con quien tiene una relación sustancial para evitar su fracaso; de otro modo, se vería perjudicado con una decisión judicial adversa.

Ejemplo: el acreedor que interviene para coadyuvar en la defensa de su deudor demandado en el proceso, en el que las partes discuten el

206 CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, cit., t. II, p. 48.

mejor derecho de propiedad sobre el bien. La intervención del tercero acreedor se justifica porque, si su deudor demandado pierde, aquél no podría cobrar su acreencia.

2.1.2) *Requisitos*

Que exista una relación jurídica sustancial entre el tercero y una de las partes, puesto que sólo así se justifica su interés para intervenir en el proceso. La norma exige que el tercero coadyuvante invoque interés legítimo y que acompañe los medios probatorios correspondientes (art. 101 CPC).

Que la intervención se produzca en un proceso contencioso de naturaleza cognitoria (procesos: sumarísimo, abreviado y conocimiento según el CPC) porque, de acuerdo con el texto de la norma, se trata de pretensiones controvertidas y no de pretensiones insatisfechas.

2.1.3) *Oportunidad y trámite*

Sólo puede producirse después de formalizada la relación procesal entre demandante y demandando, incluso en la segunda instancia, pero antes de la expedición de la resolución de vista. El coadyuvante puede intervenir incluso cuando el proceso es seguido en rebeldía del demandado.

El escrito de apersonamiento debe tener los requisitos previstos para la demanda con las particularidades del caso; debe acompañarse los medios probatorios respectivos. El juez, sin conocimiento de las partes, declara su procedencia o improcedencia. La decisión que admite la intervención es inimpugnable; la que la deniega sí es apelable (2.º párrafo del art. 101 del CPC). La admisión del tercero no permite retrotraer el proceso a fases procesales superadas. Los medios probatorios se actúan si la intervención se produce antes de la audiencia respectiva, de otro modo sólo podrán ser merituados aquéllos que no requieran de actuación.

2.1.4) *Efectos*

La admisión del tercero coadyuvante en el proceso otorga a éste las facultades de naturaleza procesal orientadas a reforzar y ayudar al

coadyuvado, con las únicas limitaciones de no poder realizar actos procesales contrarios a la parte que ayuda, ni que impliquen disposición del derecho discutido. Según el momento procesal en el que se produce su intervención, puede válidamente realizar actos procesales de ataque y defensa, alegar hechos, ofrecer medios de prueba, proponer excepciones e interponer recursos.

La sentencia, salvo la mención que se haga del tercero en las partes expositiva y considerativa, no alcanza al tercero. La parte decisoria no tiene por qué referirse a él; todo esto fluye como corolario de su intervención completamente accesoria.

2.2) *La intervención litisconsorcial*

Dice el artículo 98 del CPC: "Quien se considere titular de una relación jurídica sustancial a la que presumiblemente deban extenderse los efectos de una sentencia, y que por tal razón estuviera legitimado para demandar o haber sido demandado en el proceso, puede intervenir como litisconsorte de una parte, con las mismas facultades de ésta. Esta intervención puede ocurrir incluso durante el trámite en segunda instancia".

2.2.1) *Concepto*

Esta forma de intervención sucesiva tiene como sujeto a una persona que es cotitular del derecho o de la obligación jurídica, objeto de la controversia; por consiguiente, su intervención tiene como propósito ser considerado litisconsorte del demandante o del demandado.

No todos los titulares de la pretensión que integran la relación jurídica interponen la demanda, o no todos los titulares de la obligación jurídica son emplazados. Este interviniente, a diferencia del coadyuvante, sí es titular inmediato y directo del derecho de acción o del derecho de contradicción, sólo que no es ejercido de modo originario.

2.2.2) *Oportunidad*

Es común, a todas las acumulaciones subjetivas sucesivas, la intervención luego de formalizada la relación procesal entre demandante y

demandando. Puede el coadyuvante apersonarse al proceso incluso después de expedida la sentencia en primera instancia; la oportunidad final o momento último para formular esta intervención es la segunda instancia.

2.2.3) *Trámite*

Al formular su solicitud de intervención litisconsorcial, debe el tercero invocar interés legítimo, además de cumplir con todos los requisitos de la demanda con las particularidades del caso, debiendo acompañar los medios probatorios correspondientes.

El juez puede declarar la procedencia o denegar de plano el pedido de intervención. En el primer caso, da curso a las peticiones del tercero legitimado. Sólo es apelable la resolución que deniega la intervención. Los intervinientes se incorporan al proceso en el estado en que éste se halle al momento de su intervención.

2.2.4) *Efectos*

El efecto de la intervención litisconsorcial consiste en ampliar la relación procesal a otros sujetos. El interviniente litisconsorcial admitido en el proceso está facultado para ejercitar los actos procesales que convengan a su interés. La sentencia que expide el órgano jurisdiccional comprende en igual forma y alcance al interviniente litisconsorcial, de acuerdo con la posición que asuma en el proceso (litisconsorte activo o litisconsorte pasivo).

El interviniente litisconsorcial está facultado para transigir la cuestión controvertida, en lo que a él respecta; mas el proceso continúa si la transacción no comprende a todos los intervinientes. Del mismo modo, tratándose de un interviniente litisconsorcial activo, consideramos que está facultado para desistirse del proceso o de un acto procesal determinado, incluso de la pretensión; empero, si el desistimiento no se refiere a todas las pretensiones o sólo es deducido por él y no es deducido también por el actor o actores originarios, el proceso continuará respecto de las pretensiones y personas no comprendidas en él.

2.3) *Intervención excluyente principal*

Dice el artículo 99 del CPC: "Quien pretenda, en todo o en parte ser declarado titular del derecho discutido, puede intervenir formulando su exigencia contra demandante y demandado. Esta intervención sólo será admisible antes de la expedición de sentencia en primera instancia. El excluyente actuará como una parte más en el proceso. Si ofreciera prueba, ésta se sujetará al trámite propio del proceso en que comparece, otorgándose similares facultades probatorias a las partes. La intervención del excluyente no suspende el proceso, pero sí la expedición de la sentencia".

2.3.1) *Concepto*

El tercero interviniente excluyente acude al proceso para sostener y defender su titularidad respecto a la pretensión que se discute en el proceso. Su pretensión es incompatible con la pretensión propuesta por el actor o por el demandado en su reconvención; en ello radica su calidad de excluyente.

El interviniente tiene por objeto hacer valer, frente al demandado o frente al actor, un derecho propio, a la vez incompatible con la pretensión deducida en el proceso por el actor[207]. El interviniente alega un derecho sobre el objeto o crédito que se debate en el mismo; postula una pretensión contra las partes, por lo que recibe el nombre de interviniente excluyente principal[208].

Esta forma de intervención tiene lugar en los procesos de conocimiento. La estimación de la pretensión contenida en la solicitud de intervención excluyente principal determina la desestimación de la pretensión originaria postulada en la demanda o en la reconvención si fuere el caso; y esto es así por el carácter excluyente y extraordinario de esta forma de intervención. Según ROCCO, "... La intervención principal asume siempre la forma de intervención *ad excludendum*. Con esta frase se quiere decir que aquel que era extraño a la *litis* y que ha intervenido, se sitúa entre

207 CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., vol. II, p. 271.

208 PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, cit., p. 86.

el actor y el demandado en el juicio pendiente, para sostener que es él el titular del derecho que se discute, con exclusión de la titularidad por parte de los otros dos sujetos en *litis*"[209].

Ejemplo: Raúl y Manuel contienden en un proceso el mejor derecho de propiedad de un tractor. Sin embargo, luego de formalizado el proceso se produce la intervención de Pablo, postulando ser declarado verdadero propietario del bien por tener además el sustento probatorio documental categórico de su titularidad. Si el juez estima la pretensión de Pablo, la pretensión de las partes preconstituidas quedará excluida.

2.3.2) *Oportunidad y trámite*

El interviniente principal podrá apersonarse al proceso luego de formalizada la relación procesal entre demandante y demandado. Empero, a diferencia de las anteriores modalidades de intervención voluntaria, esta intervención sólo podrá realizarse hasta antes de la expedición de sentencia en primera instancia, precisamente en atención a la connotación especialísima y extraordinaria de esta intervención.

La solicitud de intervención deberá contener de modo preciso la naturaleza de la intervención postulada, invocando siempre interés legítimo. Es imprescindible que en la fundamentación fáctica se explique debidamente por qué la pretensión que se postula tiene la calidad de principal y excluyente. Del mismo modo, deberá acompañar los medios probatorios pertinentes y demás recaudos administrativos.

El excluyente actúa como una parte más en el proceso. Pese a tener la condición de interviniente principal, en esencia su función procesal es propia de un demandante. Las partes originariamente constituidas mantienen entre sí su condición de demandante y demandado, pero frente al interviniente principal adoptan la función procesal de demandados.

Admitida a trámite, debe correrse traslado a las partes para garantizárseles su derecho de defensa; pueden promover cuestiones previas,

209 ROCCO, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., t. II, p. 126.

cuestiones probatorias y ofrecer los medios probatorios que convengan a su interés, respetándose la vía procedimental en curso. Sin duda, la tramitación de esta intervención retrasa la expedición de la sentencia; pero no suspende el proceso. Las audiencias programadas antes de la intervención siguen su curso preestablecido, pero tendrá que esperarse la culminación de las diligencias generadas por la intervención, para el pronunciamiento jurisdiccional definitivo.

2.3.3) *Efectos*

Se expresan en el reconocimiento al interviniente de todas las facultades y cargas procesales como si se tratara de una parte en el proceso. La sentencia debe pronunciarse sobre las pretensiones postuladas; entonces, si declara fundada la demanda, tendrá que declarar infundada la pretensión del interviniente excluyente principal, y viceversa, precisamente en atención a la naturaleza contradictoria y excluyente de ambas pretensiones.

2.4) *Intervención excluyente de propiedad*

Dice el artículo 100 CPC: "Puede intervenir en un proceso quien pretende se le reconozca su derecho en oposición a los litigantes, como consecuencia de alguna medida cautelar ejecutada sobre un bien de su propiedad o sobre el cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar...". Además, deben considerarse los arts. 539 y 624 del CPC.

2.4.1) *Concepto*

Es una de las especies de la intervención subjetiva sucesiva por la cual el tercero solicita al juez la desafectación de un bien de su propiedad o sobre el cual tuviera un mejor derecho que el titular de la medida cautelar, anexando título de propiedad registrado, sin interponer demanda de tercería.

2.4.2) *Requisitos de admisibilidad, trámite*

Son requisitos de admisibilidad que la demanda reúna los requisitos del artículo 424 del CPC, y se acredite el derecho invocado con documento público registrado.

Se interpone en cualquier momento antes que se inicie el remate del bien. Se corre traslado a las partes, con su absolución o sin ella el juez resuelve. Si suspende la medida cautelar, la resolución es irrecurrible; en caso contrario, el interesado puede interponer demanda de tercería.

2.4.3) *Precisión*

La intervención excluyente de propiedad no debe ser confundida con la demanda de tercería de propiedad. Ambas tienen por finalidad lograr la desafectación recaída sobre un bien o bienes de quien es ajeno a la relación material y procesal instaurada.

La intervención excluyente se desenvuelve en el proceso preexistente, y concluye cuando el juez dispone el levantamiento de la medida por estar acreditada la propiedad mediante título inscrito o cuando desestima el pedido. Mientras que la demanda de tercería, al ser admitida, da lugar a un proceso nuevo, el proceso preexistente queda suspendido.

2.4.4) *Sanción por connivencia y malicia*

Si se acredita connivencia, se impone al tercerista, al demandado y a sus abogados, solidariamente, una multa no menor de 5 ni mayor de 20 Unidades de Referencia Procesal, más la indemnización de daños y perjuicios, costos y costas. Además, el juez debe remitir copia certificada de los actuados pertinente al Ministerio Público para el ejercicio de la acción penal correspondiente; así lo señala el artículo 538 del CPP.

2.5) *Intervención excluyente de derecho preferente*

Dice el artículo 100 CPC: "(...) También puede intervenir en un proceso quien pretenda se le reconozca derecho preferente respecto de lo obtenido en la ejecución forzada (...)".

2.5.1) *Concepto*

La intervención excluyente de derecho preferente tiene como propósito lograr que el órgano jurisdiccional otorgue preeminencia al derecho preferente del tercero para hacerse pago con lo obtenido en la transferencia forzada del bien.

2.5.2) *Presupuestos*

Son los siguientes: a) la existencia de un proceso de ejecución, y b) la intervención debe estar basada en el derecho preferente a ser pagado con lo que se obtenga en la ejecución forzada.

2.5.3) *Trámite*

Se interpone en cualquier momento, hasta antes que se realice el pago al acreedor. La demanda debe reunir los requisitos contenidos en el artículo 424 del CPC y acreditar el derecho invocado con documento público o privado de fecha cierta; en todo caso, podrá el actor otorgar garantía suficiente para responder por los eventuales perjuicios que la tercería pudiera ocasionar.

Admitida la intervención, se suspende el pago al acreedor hasta que se decida en definitiva sobre la preferencia; salvo que el tercerista otorgue garantía suficiente a criterio del juez para responder por el capital, intereses, costas, costos y multas.

El tercero puede intervenir en las actuaciones relacionadas con el remate del bien.

2.2.2. La acumulación subjetiva sucesiva forzada

1) *Concepto*

Es una de las manifestaciones de la intervención cuya particularidad radica en la presencia de terceros en el proceso, no por voluntad propia, sino por voluntad e iniciativa de las partes o del juez. Están en el proceso porque han sido llamados, por eso a esta intervención se le denomina provocada, forzada o coactiva.

Son diversos los motivos –explica CHIOVENDA– por los que las partes se ven impulsadas a involucrar a un tercero, *a envolverlo, en mayor o en menor medida, con una figura o con otra, en el pleito pendiente*[210]. Estas

210 CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., vol. II, p. 275.

razones son las que determinan la existencia de especies de la intervención forzada. Paulatinamente fueron diferenciándose unas de otras. La denuncia civil es la primera en haber logrado delinear sus contornos propios, convirtiéndose en la matriz de la cual se desprendieron las demás; ello explica su mayor generalidad.

El maestro sanmarquino Mario ALZAMORA VALDEZ sostiene que la forma principal de intervención coactiva o provocada es la *litis denuntiatio*, la cual busca atraer al tercero al pleito promovido, y que esto se debe no a una exigencia de interés privado, sino a una necesidad de interés público; porque la ley quiere que termine, en todos sus aspectos, el conflicto surgido entre las partes.

Las *clases* en las que puede presentarse son:

1) *La denuncia* civil

Dice el artículo 102 CPC: "El demandado que considere que otra persona, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en el derecho discutido, debe denunciarlo indicando su nombre y domicilio, a fin de que se le notifique del inicio del proceso".

1.1) *Concepto*

La denuncia civil es una de las especies de la acumulación subjetiva sucesiva coactiva o forzada que consiste en la potestad del demandado para denunciar a una persona cuando considera que ésta, además de él o en su lugar, tiene alguna obligación o responsabilidad en la pretensión discutida. Con este propósito deberá indicar el nombre y domicilio de la persona, para su respectivo emplazamiento.

El razonamiento jurídico y su correspondiente determinación es el aspecto discrecional, facultativo del emplazado; es su derecho a concluir en la necesidad de denunciar o no al tercero. El instituto de la acumulación se configura con la presencia del tercero en el proceso a causa de la denuncia civil.

Por último, es preciso decir que la norma contenida en el artículo 102 del CPC es incompleta, pues no contempla ningún tipo de sanción

para el demandado que deliberadamente omite su obligación de denunciar al tercero.

1.2) *Oportunidad y trámite*

El artículo 103 del CPC regula el trámite y efectos de la denuncia civil, en general de todas las intervenciones coactivas, con sus naturales particularidades.

Si el juez admite a trámite la denuncia, emplaza al denunciado con las mismas formalidades de la notificación de la demanda; le concede un plazo no mayor de diez días para permitir su intervención, y el proceso queda suspendido desde que se admite la denuncia hasta el emplazamiento del denunciado.

Una vez emplazado, el denunciado será considerado como litisconsorte del denunciante y tendrá las mismas facultades que éste. Por lo demás, la sentencia resolverá, cuando fuere pertinente, sobre la relación sustancial entre el denunciante y el denunciado.

1.3) *Efectos jurídicos*

1.3.1) *Emplazamiento al denunciado*

Este acto jurídico procesal, a cargo del órgano jurisdiccional, significa poner en conocimiento del denunciado civil el auto admisorio de la demanda, copia de la demanda y sus anexos; así como la resolución por la cual el juez, en decisión motivada, dispone el emplazamiento de aquél, para que pueda ejercer su derecho de defensa mediante cualesquiera de las formas permitidas por la ley.

"Una vez emplazado, el denunciado será considerado litisconsorte del denunciante y tendrá las mismas facultades que éste" (art. 103 del CPC).

1.3.2) *Concesión de plazo legal para la intervención*

El plazo para que el denunciado intervenga en el proceso es no mayor de diez días computable desde el día siguiente de notificada la resolución que lo fija.

La intervención podrá iniciarse proponiendo cuestiones probatorias, excepciones, o mediante la contestación de la demanda, a elección del denunciado.

1.3.3) *Suspensión del proceso*

La suspensión contenida en la norma que analizamos es de naturaleza legal. Si bien el denunciante puede solicitarla, en todo caso, es el juez quien por mandato de la ley está obligado a disponer la suspensión del proceso por el plazo señalado.

El proceso no se suspende para el denunciado, sino para las partes previamente constituidas; para quienes el proceso se suspende desde que el juez notifica la resolución que admite la denuncia, hasta el emplazamiento del denunciado.

1.3.4) *Alcances de la sentencia*

"La sentencia resolverá, cuando fuera pertinente, sobre la relación sustancial entre el denunciante y el denunciado" (art. 103, CPC).

Examinemos las situaciones procesales que pueden presentarse ante el emplazamiento del denunciado y la sentencia:

1.ª situación. *El denunciado asume una posición de rebeldía.* El juez, al sentenciar, debe pronunciarse también sobre la relación sustancial entre denunciante y denunciado. La declaración de rebeldía no lo libera de los alcances de la sentencia.

2.ª situación. *El denunciado se apersona* al proceso para sustituir al demandado o litigar conjuntamente con él. *Sustitución del denunciante*: el auto que así lo declara determina que el demandado denunciante queda excluido del proceso; el denunciado asume la posición de demandado con todas las cargas y facultades inherentes a tal condición. El juez, al sentenciar, deberá pronunciarse sobre la relación sustancial entre demandante y el ahora demandado; lo cual no obsta que reproduzca y amplíe, de ser el caso, los fundamentos que determinaron la exclusión del denunciante civil. *Permanencia del denunciado como litisconsorte pasivo*: el juez, al sentenciar,

tiene que pronunciarse sobre la totalidad de las relaciones sustanciales controvertidas en el proceso; no puede omitir pronunciamiento sobre la relación sustancial entre el denunciante y denunciado.

2) *Aseguramiento de pretensión futura*

La parte que considere tener derecho para exigir de un tercero una indemnización por el daño o perjuicio que pudiera causarle el resultado de un proceso, o derecho a repetir contra dicho tercero lo que debiera pagar en ejecución de sentencia, puede solicitar el emplazamiento del tercero con el objeto de que en el mismo proceso se resuelva además la pretensión que tuviera contra él. El llamamiento queda sujeto al trámite y efectos previstos en el artículo 103 del Código Procesal Civil (art. 104 CPC).

2.1) *Concepto*

La *llamada en garantía* o aseguramiento de pretensión futura tiene por finalidad decidir de una sola vez y de una misma manera los puntos comunes a la pretensión principal, en estricta aplicación del principio de economía procesal, evitando de ese modo el pronunciamiento de sentencias contradictorias.

Según Francesco CARNELUTTI, el "Presupuesto del llamamiento en garantía es la relación de garantía. Se llama así a la relación por virtud de la cual una persona (garante) viene obligada a prestar a otra (garantido) el equivalente de cuanto éste haya dado o perdido en virtud del cumplimiento de una obligación respecto a un tercero. Esta relación puede nacer de cualquier fuente capaz de engendrar una obligación. En particular puede derivar del contrato, así como de un acto o hecho jurídico diferente"[211].

Hernando DEVIS ECHANDÍA explica que "Se presenta el llamamiento en garantía, en sentido amplio, siempre que entre la parte citada y la principal que la hace citar, exista una relación de garantía, (...) Esa garantía puede ser de dos clases: garantía real, cuando consiste en res-

211 CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, cit., t. II, pp. 693 y 694.

ponder por el goce y disfrute de un derecho real que ha sido transferido por el garante al garantizado, y que por lo tanto, tiene siempre un origen contractual, como sucede en la evicción de que responde el vendedor al comprador (...) garantía personal, cuando se trata de responder por obligaciones personales como la de indemnizar perjuicios o restituir lo pagado, por tanto puede originarse directamente en la ley, como en el caso del patrón que responde por los daños causados a terceros, por su empleado o dependiente y queda con derecho a repetir contra éste; o también puede originarse en contrato, como el caso del fiador o asegurador que está obligado a pagar por su fiador o asegurado, pero queda con derecho a repetir contra él"[212].

Esta institución es conocida en la doctrina como llamamiento en garantía; sin embargo, nuestra legislación la denomina aseguramiento de pretensión futura y tiene como objetivo permitir al denunciante el aseguramiento o garantía de su pretensión indemnizatoria o de repetición frente al tercero denunciado, dentro del mismo proceso.

2.2) *Supuestos regulados en la norma procesal*

Son los siguientes: a) que el denunciante considere tener derecho a exigir de un tercero una indemnización por el daño o perjuicio que pudiera causarle el resultado de un proceso, y b) que el denunciante considere tener derecho a repetir contra dicho tercero lo que debiera pagar en ejecución de sentencia.

Si el demandante advierte que, además del demandado, debió emplazar al garante o fiador y no lo hizo, puede pedir su llamamiento después del emplazamiento. El fiador demandado puede pedir el juez que llame al proceso al obligado principal, para no tener que iniciar más adelante un proceso nuevo para asegurar su derecho de repetición. Otro supuesto se configura cuando el demandado concluye que será vencido porque, efectivamente, incumplió su obligación frente al demandante, pero por culpa de un tercero subcontratista a quien más adelante podría

212 DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985, t. II, p. 411.

reclamarle el pago de la indemnización correspondiente. Al amparo de este instituto, podrá pedir el llamamiento del tercero para que se asegure y resuelva *su pretensión futura* en el proceso en curso.

2.3) *Antecedente normativo*

Esta forma de intervención forzosa o coactiva de terceros no registra antecedentes en nuestro ordenamiento procesal civil, pero sí la ubicamos en nuestro ordenamiento sustantivo dentro de las obligaciones de saneamiento en el denominado juicio de evicción.

El llamamiento en garantía regulado en el Código Civil sólo está referido al saneamiento por evicción; como es previsible, se regula el procedimiento sin emplear la denominación procesal pertinente.

El aseguramiento de pretensión futura o llamamiento en garantía ha sido trasladado al CPC revistiéndolo de mayor amplitud y precisión respecto a su tramitación, trascendiendo de su reducido ámbito circunscrito al saneamiento por evicción, para adquirir carta de ciudadanía entre las formas provocadas de terceros en el proceso civil.

2.4) *Sobre la legitimación activa*

La legitimación activa puede corresponder al demandante o al demandado porque, según la norma, es la parte que considere tener derecho para exigir de un tercero una indemnización por el daño o perjuicio que pudiera causarle el resultado de un proceso, o derecho a repetir contra dicho tercero, quien puede hacer uso de este instituto. Según CHIOVENDA, "Comúnmente, la llamada en garantía se hace por el demandado (...), pero es admisible la llamada también por parte del demandante, puesto que, por ejemplo, el comprador que reivindica la cosa comprada contra el poseedor puede llamar en garantía al vendedor"[213].

2.5) *Particularidades*

Es una forma de acumulación mixta: acumulación subjetiva objetiva sucesiva. Subjetiva porque se llama al proceso a un tercero, y objetiva

213 CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., vol. II, p. 282.

porque el demandado formula una pretensión indemnizatoria o restitutiva dineraria vía derecho de repetición contra el tercero.

Está regulada como una de las formas de acumulación objetiva sucesiva en el inciso 4 del artículo 88 del CPC, y como acumulación subjetiva sucesiva, en el artículo 104 del mismo cuerpo normativo; precisamente por su naturaleza mixta.

La pretensión postulada por el demandado contra el tercero tiene naturaleza accesoria a la pretensión principal que controvierten actor y demandado. Por consiguiente, si el juez desestima la pretensión principal, no podría estimar la pretensión sucesiva.

3) *Llamamiento posesorio*

Según el artículo 105 CPC, quien, teniendo un bien en nombre de otro, es demandado como poseedor de él, debe expresarlo en la contestación de la demanda, precisando el domicilio del poseedor, bajo apercibimiento de ser condenado en el mismo proceso a pagar una indemnización por los daños y perjuicios que su silencio cause al demandante. Además de la multa prevista en el artículo 65 CPC. Para el emplazamiento al poseedor designado se seguirá el trámite descrito en el artículo 103 CPC. Si el citado comparece y reconoce que es el poseedor, reemplazará al demandado, quien quedará fuera del proceso. En este caso, el juez emplazará con la demanda al poseedor. Si el citado no comparece, o haciéndolo niega su calidad de poseedor, el proceso continuará con el demandado, pero la sentencia surtirá efecto respecto de éste y del poseedor por él designado. Lo normado en el artículo 105 CPC es aplicable a quien fue demandado como tenedor de un bien, cuando la tenencia radica en otra persona.

3.1) *Concepto*

Es una de las formas de intervención provocada a instancia de parte, en la que sólo el demandado (poseedor inmediato) puede llamar al tercero (poseedor mediato) en cuyo nombre posee el bien. Está relacionada con pretensiones restitutivas de la posesión de bienes muebles o inmuebles.

Se produce cuando la demanda se dirige contra quien aparentemente tiene la titularidad de la posesión del bien objeto de la pretensión, cuando no es más que un tenedor que detenta el bien a nombre del verdadero poseedor a quien se debió demandar. En otro caso, se demanda a una persona que ya perdió la posesión del bien. En ambos casos, se llama al proceso a quien objetivamente es parte material de la pretensión discutida.

Se origina cuando el demandado alega ser poseedor inmediato en nombre de otro (el tercero) que es el poseedor mediato. Si el tercero llamado no interviene, el juicio continuará entre las partes, y el demandado queda exento de responsabilidad frente al tercero. Si el tercero interviene, sustituye al demandado produciéndose una sucesión procesal[214].

3.2) *Llamamiento posesorio y desalojo*

Esta forma de intervención provocada se produce cuando se postula las pretensiones de desalojo y de reivindicación de determinado bien.

El artículo 588 del CPC regula una situación específica de llamamiento posesorio en el proceso de desalojo: "Si el emplazado acredita no ser poseedor, sino que sólo se encuentra en relación de dependencia respecto de otro, conservando la posesión en nombre de éste y en cumplimiento de órdenes e instrucciones suyas, debe sobrecartarse el admisorio y procederse conforme a lo dispuesto en el artículo 105, salvo que quien demande sea el poseedor con quien mantiene la relación de subordinación".

El emplazado, en este caso, debe comunicar al juez su condición de dependiente del poseedor mediato y que únicamente conserva la posesión en nombre del verdadero poseedor; de igual modo, deberá indicar el nombre y dirección de éste para su emplazamiento.

3.3) *Oportunidad y trámite*

Se formula en la contestación de la demanda, en la que el demandado precisa su condición de guardián o encargado de la posesión o haber

214 ALZAMORA VALDEZ, *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, cit., p. 266.

perdido la posesión del bien; además, señala el domicilio del tercero. Si el juez considera procedente el llamamiento, expedirá el auto respectivo y dispondrá la notificación del tercero; quien solo tiene dos opciones: a) *Comparece y reconoce que es el poseedor del bien.* El juez expide el auto de apersonamiento y dispone que asuma el lugar del demandado, quien quedará fuera del proceso; asimismo, ordena que se emplace con la demanda al poseedor para la respectiva contestación. b) *No comparece o al hacerlo niega su calidad de poseedor*, circunstancia en la cual el proceso continuará con el demandado, pero la sentencia surtirá efecto respecto de éste y del poseedor por él designado.

4) *Llamamiento en caso de fraude o colusión.* Según el artículo 106 CPC, cuando en cualquier etapa del proceso se presuma fraude o colusión entre las partes, el juez, de oficio, ordenará la citación de las personas que puedan resultar perjudicadas, a fin de que hagan valer sus derechos. Para tal efecto, el Juez puede suspender el proceso por un plazo no mayor a treinta días".

4.1) *Concepto*

Conocida también como llamamiento de oficio (*iussu iudicis*), es aquella especie de acumulación subjetiva sucesiva provocada por la cual el juez, ante el fraude o colusión de las partes (demandante y demandado) para perjudicar a un tercero, dispone el emplazamiento de éste para que ejercite su derecho de defensa. Se diferencia de las otras formas de intervención provocada porque en ésta la iniciativa corresponde al juez.

En ambos términos concurren: el engaño, el abuso de confianza y el perjuicio a tercero. Sin embargo, es evidente que la amplitud semántica del fraude y la colusión nunca aparecerá con precisión y nitidez; así lo hace notar Eduardo Couture, al afirmar que "Hay extensas zonas limítrofes imprecisas. Es toda esta materia una cuestión de hecho; y en muchas oportunidades, de circunstancias subjetivas que quedan libradas a la apreciación de los jueces"[215].

215 Couture, Eduardo, *Estudios de derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1978, t. III, p. 387.

En el llamamiento de oficio, el juez dispone la citación del tercero para que haga valer sus derechos; quedando, sin embargo, en libertad de concurrir o no[216].

4.2) *Oportunidad.*

El llamamiento por fraude o colusión sólo procede en primera instancia hasta antes de la expedición de la sentencia. Fluye de la norma que, en cualquier etapa del proceso, el juez ordenará la citación de las personas que considere puedan resultar perjudicadas por la colusión o fraude de las partes.

El juez de segunda instancia no puede disponer este llamamiento porque es un juez de revisión y no de mérito; por lo demás, si el fraude o colusión vincula a las partes, es previsible que ninguna interponga apelación contra la sentencia.

4.3) *Suspensión del proceso*

La suspensión se dispone en interés del tercero para el ejercicio de su defensa, por lo que son las partes las que no pueden realizar actos procesales mientras no se apersone el tercero, o no se declare su rebeldía. Téngase presente que el llamamiento es forzoso o provocado, mientras que la intervención es facultativa.

2.3. La acumulación objetiva originaria

1) *Concepto*

La acumulación objetiva originaria o inicial es la que se produce cuando en la demanda, o en su eventual modificación, se postula una pluralidad de pretensiones con diverso grado de conexidad o afinidad entre ellas. La pretensión o pretensiones que se incluyan en el proceso, luego del emplazamiento con la demanda al demandado, determina el carácter sucesivo, posterior o derivado de la acumulación.

216 AZULA CAMACHO, *Manual de derecho procesal civil*, cit., t. I, p. 74.

Jaime Guasp considera que el nombre de acumulación inicial es preferible por referirse directamente a la verdadera esencia de la figura y describir claramente su interna consistencia[217].

2) *Requisitos*

Son requisitos para la procedencia de la acumulación objetiva, según el artículo 85 del CPC, los siguientes: a) *Que sean de competencia del mismo juez.* El principio de congruencia procesal que sustenta la procedencia de la acumulación de pretensiones se refiere, asimismo, a los principios y reglas que rigen la competencia; puesto que de otro modo se afectaría el ordenamiento jurídico procesal. La congruencia procesal, por tanto, exige que las pretensiones sean tramitables ante el mismo juez, situación que a su vez está determinada por la naturaleza o monto de las pretensiones y la vía procedimental. Sobre el particular, debe tenerse presente las reglas de competencia reguladas por los arts. 11, 15, 16 y 17 del CPC. b) *Que no sean contrarias entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa.* Las pretensiones autónomas y las accesorias son las únicas que no pueden presentar grados de contradicción. Por el contrario, sí es procedente postular dos o más pretensiones subordinadas o alternativas, formalmente contradictorias entre sí, porque en esencia son pretensiones excluyentes; de modo que sólo una de ellas es objeto de amparo o sólo una de ellas es objeto de satisfacción, aunque hubieran sido postuladas y tramitadas acumulativamente. Son casos de acumulación formal y no material. c) *Que sean tramitables en una misma vía procedimental.* La asignación de vías procedimentales para la tramitación de las diversas pretensiones obedece a criterios tales como el grado de tipo de tutela reclamada, complejidad, la trascendencia jurídica o la urgencia de tutela jurisdiccional. Se exceptúan de los requisitos señalados los casos expresamente establecidos en el CPC y leyes especiales. Por ejemplo, la pretensión de separación de cuerpos o de divorcio, a la que deben acumularse las pretensiones de alimentos, tenencia y cuidado de los hijos, suspensión o privación de la

217 Guasp Delgado, Jaime y Pedro Aragoneses Alonso. *Derecho procesal civil*, 4.ª edición, Civitas, Madrid, 1998, t. I, p. 230.

patria potestad, separación de bienes gananciales y las demás relativas a derechos u obligaciones de los cónyuges o de estos con sus hijos o de la sociedad conyugal, que directamente deban resultar afectadas como consecuencia de la pretensión principal (artículo 483 del CPC). Otro caso de excepción es el desalojo accesorio. En efecto, el artículo 590 del CPC establece que "Se puede ejecutar el lanzamiento en un proceso de conocimiento o abreviado, siempre que la restitución se haya demandado acumulativamente...".

También son supuestos de acumulación los siguientes: a) Cuando las pretensiones sean tramitadas en distinta vía procedimental; en cuyo caso, las pretensiones acumuladas se tramitan en la vía procedimental más larga prevista para alguna de las pretensiones acumuladas. b) Cuando las pretensiones sean de competencia de jueces distintos; en cuyo caso, la competencia para conocer las pretensiones acumuladas corresponderá al órgano jurisdiccional de mayor grado.

2.1) *Sobre la conexidad*

La conexidad (de conexo, del latín *conexus*; participio pasivo de *connectere*, que significa *unir*) es el enlace o relación que, a partir de la existencia de elementos comunes o afines, debe producirse entre distintas pretensiones. Es uno de los elementos centrales para la procedencia de la acumulación.

El artículo 84 del CPC prescribe que "Hay conexidad cuando se presentan elementos comunes entre distintas pretensiones o, por lo menos, elementos afines en ellas". Es esta comunidad de elementos lo que justifica el fenómeno de la pluralidad de pretensiones. En efecto, cuando una pretensión es conexa a otra, es decir, cuando tiene en común con ella alguno de sus elementos definidores: sujetos, objeto o título, es cuando surge la necesidad o conveniencia de su acumulación. La conexidad, por ello, está estrechamente ligada a la acumulación procesal, es siempre la causante de la pluralidad de objetos procesales[218].

218 GUASP DELGADO/ARAGONESES ALONSO, *Derecho procesal civil*, cit., t. I, p. 227.

3) *Clases*

Las manifestaciones específicas de la acumulación objetiva originaria son cuatro: copulativa o simple, subordinada, alternativa y accesoria.

3.1) *Acumulación simple o conjuntiva copulativa*

Es aquella en que las diversas pretensiones reunidas se reclaman todas de modo concurrente; por tanto, para satisfacer al titular de la pretensión, debería el órgano jurisdiccional actuarlas todas frente al sujeto pasivo de la misma[219].

AZULA CAMACHO la denomina *concurrente* y explica que se presenta cuando el demandante formula varias pretensiones, todas principales e independientes, en razón de que se fundan en relaciones jurídicas materiales diversas[220].

La acumulación simple o autónoma presenta una pluralidad de pretensiones sin ningún componente de condicionalidad, dado que el actor quiere la estimación de todas las pretensiones que postula. En las otras formas de acumulación objetiva, las pretensiones están supeditadas a la estimación o desestimación de la principal, o al cumplimiento de sólo una de las pretensiones previamente estimadas.

Como ejemplo de este tipo de acumulación, podemos mencionar la demanda interpuesta por el acreedor ante el incumplimiento de su deudor en un contrato de suministro. El petitorio deberá contener las pretensiones siguientes: resolución del contrato y el pago de una indemnización[221]. Ambas pretensiones son postuladas copulativamente porque le interesa al actor que el órgano jurisdiccional las ampare conjuntamente. La estimación de la segunda no está condicionada a la desestimación de la primera, la ejecución de una no excluye a la otra; el amparo o desamparo

219 GUASP DELGADO/ARAGONESES ALONSO, *Derecho procesal civil*, cit., t. I, p. 228.

220 AZULA CAMACHO, Jaime, *Manual de derecho procesal civil*, Temis, Bogotá, 1995, t. I, p. 253.

221 Además, accesoriamente tendría que demandar el pago de intereses. No lo señalamos en el texto principal por razones didácticas.

de la segunda no está supeditado al amparo o desamparo de la primera. El juez perfectamente puede amparar una pretensión y desestimar las otras, dependiendo de los elementos probatorios aportados al proceso[222]. Como en toda acumulación, las pretensiones deben ser conexas, ser de competencia del mismo juez, no ser contrarias entre sí y ser tramitables en la misma vía procedimental.

Este tipo de acumulación de pretensiones que no se subsume dentro de la clasificación regulada por el CPC, pero que la casuística procesal y la doctrina lo admite, es conocida también como acumulación objetiva originaria de pretensiones autónomas[223]. En efecto, el CPC no regula de modo expreso esta forma de acumulación objetiva; sin embargo, a partir del contenido de los arts. 83 y 87, puede sostenerse la existencia de regulación tácita de la acumulación simple por los siguientes fundamentos: a) La acumulación está orientada por los principios de economía y congruencia procesales; se busca mediante este instituto resolver, de una sola vez, todos los conflictos de intereses que sostienen las partes, siempre que las pretensiones presenten compatibilidad sustantiva. b) La primera prescripción normativa del artículo 83 estipula de modo genérico que "en un proceso pueden haber más de una pretensión...", no precisa los niveles de conexión o condicionalidad que pueden existir entre ellas. c) Las formas de conexión o acumulación subordinada, alternativa y accesoria a las que alude el artículo 87 no están expresadas como formas únicas y exclusivas. El tenor de la norma utiliza la expresión condicional "puede ser"; por consiguiente, entre las formas de acumulación es procedente comprender a la acumulación simple.

3.2) *Acumulación objetiva alternativa*

La acumulación objetiva originaria es alternativa cuando el demandado elige cuál de las pretensiones va a cumplir (art. 87 CPC). La acumulación objetiva originaria alternativa se denomina así porque la

222 CARRIÓN LUGO, Jorge, *Tratado de derecho procesal civil*, Grijley, Lima, 2000, t. I, p. 257.

223 CARRIÓN LUGO, *Tratado de derecho procesal civil*, cit., t. I, p. 256.

norma procesal confiere al demandado la facultad de elegir cuál de las pretensiones va a cumplir; lo que supone la existencia de dos pretensiones amparadas por una resolución final firme.

Las pretensiones se excluyen entre sí cuando la elección de una para su cumplimiento o ejecución convierte en ineficaz a la otra. Se trata de una dualidad de relaciones jurídicas que no pueden coexistir. En suma, como sostiene Hernando Morales[224], se trata, por simple razón natural, de resultados, de los cuales sólo uno es posible.

3.2.1) *Concepto*

La acumulación alternativa es aquella en la que el titular, si bien postula dos o más pretensiones diferentes, no pide la estimación de ambas porque la estimación de una de ellas satisface su interés. El juez no podría, por lo tanto, condenar al demandado a la realización de todas las prestaciones pedidas[225]. Acotamos que las pretensiones estimadas están relacionadas de modo conjuntivo disyuntivo; la realización de una excluye a la otra, por ello la postulación y estimación formal de ambas pretensiones exige el empleo de una conjunción disyuntiva.

Las pretensiones que se postulan son contradictorias entre sí, e incompatibles sustantivamente. Por ejemplo, como pretensión principal se demanda el pago del saldo deudor por la venta del inmueble "o", como pretensión alternativa, que se declare resuelto el contrato de compra-venta y accesoriamente se ordene la restitución de la posesión del inmueble. Las pretensiones alternativas son legítimamente estimables, manteniendo su naturaleza excluyente, siempre que cuenten con el respectivo sustento fáctico-jurídico y el suficiente caudal probatorio.

La pluralidad de pretensiones postulada de modo alternativo es un fenómeno de acumulación formal. El actor en modo alguno pretende el amparo efectivo y real de ambas pretensiones. Es oportuno precisar que la exclusión se produce entre las pretensiones postuladas alternativamente;

224 Citado por Azula Camacho, *Manual de derecho procesal civil*, cit., 1995, t. I, p. 254.

225 Guasp Delgado/Aragoneses Alonso, *Derecho procesal civil*, cit., t. I, p. 228.

mas no respecto de aquellas postuladas de modo accesorio, que siguen la suerte de la pretensión a la cual están vinculadas.

3.2.2) *Acumulación alternativa y proceso*

La acumulación alternativa tiene como escenario preferente, no exclusivo, el proceso de ejecución de resoluciones judiciales; puesto que estamos frente a pretensiones amparadas jurisdiccionalmente, manteniendo su carácter excluyente, pero aún insatisfechas, y que por tanto requieren de ejecución o cumplimiento.

Por ejemplo, la primera pretensión estimada (*pretensión principal*) puede referirse al cumplimiento de una obligación de dar suma de dinero respecto al pago de cuotas vencidas del contrato de compra-venta de un bien inmueble; la segunda pretensión estimada excluyentemente puede referirse a la resolución del contrato de compra-venta celebrado entre las partes (*pretensión alternativa*). Las pretensiones amparadas judicialmente, como podemos observar, tienen naturaleza distinta: la primera contiene un deber de prestación impuesto al vencido, una obligación de dar suma de dinero, contenida en un título judicial; por tanto, estamos frente a una obligación de naturaleza ejecutiva. La segunda contiene una declaración judicial constitutiva extintiva, puesto que pone fin a determinada situación o relación jurídica sustantiva que vinculaba a las partes. La ejecución o cumplimiento de una excluye a la otra.

3.3) *Acumulación objetiva subordinada*

El artículo 87 del CPC dispone que la acumulación objetiva originaria es subordinada "cuando la pretensión queda sujeta a la eventualidad de que la propuesta como principal sea desestimada".

3.3.1) *Concepto*

La acumulación objetiva subordinada, conocida también como pluralidad eventual o subsidiaria, es aquella en la que el actor solicita al órgano jurisdiccional, en primer término, el amparo de la pretensión principal; y, en segundo lugar, el amparo de la pretensión subordinada, siempre que la primera sea desestimada.

La demanda, por ser el acto postulatorio central, debe contener la fundamentación fáctica y jurídica tanto de la pretensión principal como de la subordinada; no existe otro momento procesal para que ésta última sea sustentada. Del mismo modo, los medios de prueba ofrecidos deben referirse a todas las pretensiones postuladas; la actividad probatoria, en general, no reviste ninguna particularidad, salvo la previsible y potencial complejidad del proceso. La eventual estimación de la pretensión subordinada es determinada sólo con la sentencia.

3.3.2) *Conversión de la subordinada a principal*

La naturaleza subordinada de la segunda pretensión desaparece cuando la pretensión postulada como principal es desestimada; ante esta hipótesis, la pretensión postulada como subordinada emerge como opción principal. Sin embargo, debe precisarse que la desestimación de la pretensión principal no determina necesariamente la estimación de la subordinada; corresponde al juez examinar la consistencia del fundamento jurídico y la probanza de los hechos afirmados en la demanda. Por ejemplo, puede demandarse como pretensión principal la nulidad de un contrato de donación de un inmueble[226]; como pretensión subordinada, en el supuesto de que esta pretensión sea desestimada, puede plantearse el pago de una indemnización por enriquecimiento sin causa. Como puede verse, las pretensiones revisten algún nivel de aparente contradicción. En realidad, esta situación no se produce porque aquella es propuesta en una relación de subordinación, puede valorarse y estimarse solo al desestimarse la pretensión principal. A la referida contradicción aparente se refiere el inciso 2 del artículo 85 del CPC, cuando sostiene que "Se puede acumular pretensiones en un proceso siempre que éstas: 2. No sean contrarias entre sí, salvo que sean propuestas en forma subordinada o alternativa...".

226 Por la conviviente que, habiendo aportado económicamente para la construcción de la casa, no expresó su consentimiento para la celebración del contrato de donación. Fue suscrito únicamente por el conviviente a cuyo nombre se registró el terreno, incluyendo la fábrica. La demandante sí aportó al proceso medios probatorios que acreditan su aporte dinerario para la compra de materiales de construcción, pago de ingeniero civil, albañiles, etcétera.

La incompatibilidad entre las distintas pretensiones no obsta, sin embargo, a su acumulación condicional o eventual, la que se verifica cuando se propone una pretensión como principal y otra a título subsidiario, a fin de que el juez conozca de la última sólo en el caso de desestimar la primera (p. ej., la acumulación subsidiaria de las pretensiones de nulidad y simulación de acto jurídico; de nulidad y cumplimiento de contrato, etcétera)[227].

El artículo 71.4 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española del año 2000 señala que "El actor podrá acumular eventualmente acciones entre sí incompatibles, con expresión de la acción principal y de aquella otra u otras que ejercita para el solo evento de que la principal no se estime fundada".

Se sostiene, de otro lado, que el hecho de postular una pretensión subordinada implica admitir que el actor no tiene seguridad sobre la viabilidad y estimación de la pretensión principal; es decir, liminarmente el demandante presume su propia derrota respecto de esta pretensión. En la realidad, estas situaciones son cotidianas; por ejemplo, cuando se demanda como pretensión principal o primera opción la rescisión del contrato de compra-venta de un bien parcialmente ajeno, o la reducción del precio como pretensión subordinada (art. 1540 CC)[228]. Sobre el particular, Jaime GUASP opina que debe admitirse esta forma de acumulación "como un correctivo al principio de preclusión procesal, que obliga a formular dentro de un momento determinado las pretensiones sobre las que haya de decidir el órgano jurisdiccional, sin posibilidades de rectificación ulterior"[229].

La acumulación subordinada es también un caso de acumulación formal, porque, en esencia, el actor sólo quiere el amparo efectivo de una

227 PALACIO, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, 18.ª edición actualizada. LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004, p. 115.

228 Art. 1540 CC. "En el caso del artículo 1539, si el bien es parcialmente ajeno, el comprador puede optar entre solicitar la rescisión del contrato o la reducción del precio".

229 GUASP DELGADO/ARAGONESES ALONSO, *Derecho procesal civil*, cit., t. I, p. 228.

de las pretensiones relacionadas por subordinación. Por consiguiente, el razonamiento, valoración y decisión judicial deben orientarse en primer lugar a la pretensión principal; si esta es amparada, carece de objeto emitir pronunciamiento sobre la subordinada. Por consiguiente, el juez incurriría en error inexcusable si declarara fundada, en parte, la demanda, por el hecho de amparar la pretensión principal; o, en otro supuesto, ampara tanto a la pretensión principal como a la subordinada. En este caso, el fallo estaría impregnado de nulidad por incongruencia y ultra petición.

De otro modo, si se desestima la pretensión principal y no se emite pronunciamiento sobre la pretensión subordinada, o es amparada sin motivación, se vuelve a incurrir en incongruencia, esta vez por omisión de pronunciamiento (incongruencia omisiva), y el fallo estaría impregnado de nulidad por vulneración del debido proceso.

Por último, si primero se examina y emite pronunciamiento sobre la pretensión subordinada y después respecto de la principal, la sentencia también sería incongruente, ya que aquella sólo debió haberse examinado en el supuesto de denegación de la principal y por desestimación de esta[230].

3.4) *La acumulación objetiva accesoria*

"La acumulación objetiva originaria es accesoria cuando habiendo varias pretensiones, al declararse fundada la principal, se amparan también las demás" (art. 87).

Salvatore Satta sostiene que la accesoriedad es una relación de carácter sustancial, por la cual la pretensión que constituye el objeto de la demanda accesoria, aun siendo autónoma, tiene su título en la pretensión que constituye el objeto de la demanda principal, de cuyo acogimiento depende[231].

En esta modalidad de acumulación, pese a la evidente complejidad del proceso, la economía procesal es más ostensible, pues se agotan todas

230 Fons Rodríguez, Carolina, *La acumulación objetiva de acciones en el proceso civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 1998, pp. 202 y 203.

231 Satta, Salvatore, *Derecho procesal civil*, EJEA, Buenos Aires, 1971, t. I, p. 40.

las posibles y eventuales peticiones de tutela en torno a la misma cuestión, evitándose, en consecuencia, ulteriores procesos, tanto si se estima como si se desestima la pretensión principal. Por ejemplo, la pretensión de resolución de un contrato por incumplimiento permite la acumulación de la pretensión indemnizatoria por tal causa, que en este caso asume la calidad de accesoria, puesto que presenta conexión y subordinación a la primera. En el caso planteado, la pretensión indemnizatoria no puede ser postulada autónomamente[232].

3.4.1) *Postulación extraordinaria*

Las pretensiones accesorias, como todas las pretensiones objetivas originarias, se postulan conjuntamente con la pretensión principal en la demanda. Sin embargo, es procedente la postulación de este tipo de pretensiones con posterioridad hasta antes del saneamiento procesal (art. 87 parte final, CPC), por su marcada conexión con la pretensión principal, situación que otorga a estas pretensiones un privilegio postulatorio. Desde esta perspectiva, se configuraría una forma especial de acumulación objetiva sucesiva.

3.4.2) *Integración implícita de pretensiones accesorias*

Finalmente, la integración tácita o implícita de pretensiones accesorias aparentemente rompe esquemas y posturas doctrinarias clásicas; sin embargo, satisface los fines del proceso.

El legislador nacional reguló esta forma particular de accesoriedad en la parte final del artículo 87 del CPC, al estipular que "cuando la accesoriedad está expresamente prevista por la ley, se consideran tácitamente integradas a la demanda." En este supuesto, el juez puede pronunciarse por la pretensión accesoria no postulada sin incurrir en transgresión del debido proceso; puesto que, en la realidad, la postulación de la pretensión principal subsume a la accesoria siempre que esté expresamente prevista por la ley. La probanza de la principal se irradia

232 FONS RODRÍGUEZ, *La acumulación objetiva de acciones en el proceso civil*, cit., p. 118.

a las accesorias, luego no se genera indefensión; de este modo se evita todo asomo de arbitrariedad.

2.4. La acumulación objetiva sucesiva

1) *Concepto*

Esta forma de acumulación se produce en acto posterior al emplazamiento, por cuya razón algunos tratadistas la denominan acumulación sobrevenida o posterior. La pretensión o pretensiones nuevas se incorporan al proceso mediante mecanismos de ampliación, inserción y reunión.

El artículo 88 del CPC limita la acumulación objetiva sucesiva a cuatro casos: el *primero*, cuando el demandante amplía su demanda agregando una o más pretensiones; el *segundo*, cuando el demandado reconviene; el *tercero*, cuando de oficio o a petición de parte, se reúnen dos o más procesos en uno, y el *cuarto*, cuando el demandado formula el aseguramiento de pretensión futura.

Además, podemos incluir en este grupo a la intervención excluyente dentro de la acumulación objetiva sucesiva. En estos casos, no se trata únicamente del ingreso de un tercero al proceso, sino qué intervención de estos tiene como propósito insertar una pretensión nueva distinta a la que defiende el demandante y, con mayor razón, el aseguramiento de pretensión futura. Todos estos casos constituyen modalidades de la acumulación subjetiva, objetiva y sucesiva.

2) *Mecanismos de acumulación objetiva sucesiva*

2.1) *Por ampliación de demanda*

Conforme a la legislación nacional, la demanda puede ser variada antes de su notificación o después de ella. El primer supuesto alude a la modificación de demanda; el segundo, a una ampliación de demanda. Este mecanismo de acumulación objetiva sucesiva está regulado en el artículo 428 del CPC. La modificación de la demanda puede producirse

tanto en sus componentes subjetivos, objetivos e incluso en sus aspectos formales. En el caso que tratamos, el componente objetivo puede referirse a la inserción o retiro de alguna de las pretensiones sin importar su naturaleza patrimonial o extrapatrimonial, salvaguardando los requisitos de la acumulación.

Reiteramos, la inclusión de otra u otras pretensiones en este momento se ubica aún dentro de la acumulación objetiva originaria, porque el hito demarcatorio para establecer el carácter sucesivo u originario es el emplazamiento del demandado mediante la respectiva notificación.

Una condición importante a considerar es que la pretensión a incluir haya sido objeto de controversia en el procedimiento conciliatorio extrajudicial; obviamente, siempre que se tratase de materia conciliable.

Por su parte, la ampliación de la demanda es la variación que se produce luego del emplazamiento del demandado y únicamente en su componente objetivo, referido exclusivamente a pretensiones patrimoniales dinerarias, siempre que al interponer la demanda el actor se hubiera reservado este derecho.

El reconviniente, al postular una o más pretensiones, puede modificar o ampliar su demanda en las mismas condiciones que el demandante, en aplicación de los principios de contradicción y de igualdad de armas.

El artículo 428 del CPC regula este tema.

2.2) *Por inserción*

Inserción es la acción y efecto de insertar, y ésta a su vez significa incluir o introducir algo en otra cosa[233]. La acumulación objetiva sucesiva por inserción se produce cuando se introduce una nueva pretensión a través de la reconvención o del aseguramiento de pretensión futura.

233 REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22.ª ed., Real Academia Española, Madrid, 2001 t. 6, p. 869.

2.2.1) *La reconvención*

a) *Concepto*

La reconvención es el acto procesal por el cual el demandado, asumiendo posición activa, inserta una pretensión nueva al proceso contra el demandante, que en este caso asume la posición de *reconvenido*, para que sea tramitada conjuntamente con la pretensión originaria postulada por el actor y sea resuelta con la misma sentencia. La reconvención constituye una auténtica acumulación objetiva sucesiva que se produce con ocasión de la contestación de la demanda, por lo que tiene existencia condicionada.

El demandado no limita su accionar a la contestación de la demanda, sino que puede promover cuestiones probatorias, o deducir excepciones; todas, no obstante, son opciones defensivas. Una alternativa distinta es la reconvención, mediante la cual el demandado, al proponer una nueva pretensión, asume una posición de ataque respecto al demandante originario. En el marco de la contestación de la demanda, se ubica de este modo en una posición análoga a la del actor originario[234].

b) *Fundamentos*

El principal fundamento alude a la necesidad de permitir al demandado la posibilidad de ejercitar en un mismo proceso las pretensiones que tuviere contra el actor, opción que también encuentra sustento en el principio de contradicción. La pervivencia de la reconvención en nuestro ordenamiento jurídico obedece a una fundamentación plural en la que convergen los principios de economía, armonía o congruencia, contradicción e igualdad, procesales.

Como bien explica el profesor GÓMEZ ORBANEJA, la reconvención no debe entenderse como oposición ni respuesta a la demanda, sino como una acción independiente que se acumula a la primera, respecto de la cual el demandado pasa a ser actor y el demandante primitivo, deman-

234 VALLESPÍN PÉREZ, David, "Aspectos problemáticos de la reconvención en el proceso civil español", en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, N.º 3-4, Barcelona, 1999, p. 437.

dado[235]; nosotros decimos que es preferible denominárseles reconviniente y reconvenido.

c) *Fuente normativa*

Dice el *artículo* 445 del CPC: "La reconvención se propone en el mismo escrito en que se contesta la demanda, en la forma y con los requisitos previstos para ésta, en lo que corresponda. La reconvención es admisible si no afecta la competencia ni la vía procedimental originales. La reconvención es procedente si la pretensión en ella contenida fuese conexa con la relación jurídica invocada en la demanda. En caso contrario, será declarada improcedente. El traslado de la reconvención se confiere por el plazo y en la forma establecida para la demanda, debiendo ambas tramitarse conjuntamente y resolverse en la sentencia. En caso que la pretensión reconvenida sea materia conciliable el Juez para admitirla deberá verificar la asistencia del demandado a la Audiencia de Conciliación y que conste la descripción de la o las controversias planteadas por éste en el Acta de Conciliación Extrajudicial presentada anexa a la demanda".

d) *Reconvención y proceso*

Por su naturaleza jurídica, la reconvención sólo puede ser promovida en los procesos de cognición; pues sólo en estos existe contestación de demanda. Solamente en estos se discute pretensiones; por tanto, no cabe la reconvención en los procesos de ejecución ni en los cautelares. El CPC admite la reconvención de modo irrestricto en los procesos de cognición amplia; en los procesos de cognición abreviada la admite sólo en determinados casos (incs. 4, 7 y 8 del art. 490), y la prohíbe en los procesos de cognición sumarísima (inc. 1, art. 559).

2.2.2) *Aseguramiento de pretensión futura*

Esta forma de acumulación mixta fue concebida originariamente por el legislador como un caso de ingreso de terceros al proceso, regulado en el artículo 104 del CPC, dejando de lado su componente objetivo.

235 GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y Vicente HERCE QUEMADA, *Derecho procesal civil*, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1975, t. I, p. 281.

Sin embargo, mediante Ley N.º 30293, publicada el 28 de diciembre del 2014, se corrigió tal omisión, incluyéndose al aseguramiento de pretensión futura como un cuarto supuesto de la acumulación objetiva sucesiva prevista en el artículo 88 del CPC, sin desconocer su componente subjetivo como mecanismo de acceso de un tercero al proceso. De este modo, se reconfiguró su naturaleza como una forma de acumulación mixta: subjetiva-objetiva sucesiva.

2.3) *Por reunión de procesos*

Dice el inciso 2 del artículo 89 del CPC: "Cuando dos o más pretensiones intentadas en dos o más procesos autónomos, se reúnen en un proceso único"; por lo que, siguiendo a Lino Enrique Palacio, podemos sostener que esta acumulación consiste en la reunión material de dos o más procesos que al tener por objeto pretensiones conexas, no pueden ser sustanciados separadamente sin riesgo de conducir al pronunciamiento de decisiones contradictorias, e incluso de cumplimiento imposible por efecto de la cosa juzgada[236]. En la base de la acumulación objetiva sucesiva por reunión, "existe, en rigor, una pluralidad de pretensiones, las cuales, al acumularse, determinan la unión material de los distintos procesos en los que aquéllas se hicieron valer"[237].

2.3.1) *Trámite*

El pedido de acumulación es *de parte*. Cuando los procesos se tramitan ante jueces distintos, se solicita ante cualquiera de los jueces, anexándose copia certificada de la demanda y de su contestación, si la hubiera. Entre los procesos que se reúnen, existe una prelación determinada por la ley; el proceso base es aquél en el cual se produjo el primer emplazamiento, al que se unen los demás, siempre que el pedido sea fundado (2.º párrafo del art. 90 del CPC). La acumulación puede disponerse *de oficio*, si ambos procesos se tramitan ante el mismo juez.

236 Palacio, *Manual de derecho procesal civil*, cit., p. 118.

237 Palacio, *Manual de derecho procesal civil*, cit., p. 118.

2.3.2) *Oportunidad*

Se solicita antes de que uno de ellos sea sentenciado. El sólo pedido de acumulación impide la expedición de sentencia en cualquiera de los procesos hasta que se resuelva en definitiva la acumulación (1.er párrafo del art. 90 del CPC); en caso contrario, la sentencia se impregna de nulidad.

Los requisitos de la acumulación objetiva, establecidos por el artículo 85 del CPC, son igualmente aplicables a la acumulación objetiva sucesiva de procesos autónomos. Sin embargo, esta acumulación presenta algunas particularidades; como cuando las pretensiones se tramitan en vías procesales distintas, casos en los cuales la norma especial (2.º párrafo del art. 89 del CPC) prevé que "atendiendo a la conexidad y a la eventual diferencia de trámite de los procesos acumulados, el Juez puede disponer su desacumulación en el trámite, reservándose el derecho de expedir una sola sentencia".

El juez resuelve el pedido de acumulación mediante un auto, previo traslado por tres días, con contestación o sin ella, atendiendo al mérito de los medios probatorios acompañados. La decisión es apelable sin efecto suspensivo; no obstante, el juez no podrá expedir sentencia en ninguno de los procesos acumulables mientras no quede firme el auto que resuelve la acumulación.

2.3.3) *Desacumulación*

Es la opción procesal en virtud de la cual, si en la dinámica del proceso acumulado el juez advierte que la acumulación perjudica el principio de economía procesal por razones de tiempo, gasto o esfuerzo humano, puede disponer la separación de los procesos para que sigan su trámite independientemente, ante sus jueces originarios (art. 91 del CPC).

LECCIÓN 20

EL MINISTERIO PÚBLICO

SUMARIO

1. El concepto de *ministerio público*
2. La ubicación del ministerio público en el orden estatal
3. La composición del ministerio público
4. La competencia del ministerio público

1. EL CONCEPTO DE *MINISTERIO PÚBLICO*

Como bien se sabe, es recién a partir de MONTESQUIEU que la división de funciones del Estado (los mal llamados *poderes* Ejecutivo, Legislativo y Judicial) adquiere su definición actual. Es por esta razón que el Poder Judicial –tal cual lo concebimos hoy– no existía en la alta Edad Media, cuando todo litigio se resolvía exclusivamente entre los propios particulares afectados y, a lo sumo, bajo la comprobación –por parte de quien ejercía el *poder*– de la regularidad de los procedimientos utilizados. En esa época, y feudalismo mediante, se efectuó una gran acumulación de riqueza y de armas en manos de unos pocos; lo cual, a su turno, convirtió a esos pocos en auténtico *poder* que se impuso sobre el resto de los individuos. A consecuencia de esa imposición, los particulares perdieron la posibilidad de solucionar privadamente sus conflictos: ya había fuerza armada que lo impedía por las más variadas razones, todas fáciles de comprender.

En este cuadro de situación, *circa* 1300, surge una figura nueva en el orden jurídico imperante y que carece de precedentes en Grecia o en Roma: el *procurador.* He ahí el antecedente primero de lo que hoy se

conoce como *ministerio público*, representante de quien ejercía el poder (rey, señor feudal, etcétera).

En esos comienzos, el procurador se colocó al lado de la víctima en su lucha contra el victimario, so capa de que la *infracción* –otro concepto nuevo en la época– no sólo lesionaba el interés particular, sino también el del propio Poder, cuyas instrucciones no eran cumplidas. Posteriormente, esa actuación *conjunta* cesó y el procurador pasó a *sustituir* a la víctima en la persecución de la infracción, no tanto para castigar al victimario cuanto para exigirle una *reparación pecuniaria* –la más nefasta invención de ese tiempo– del daño sufrido por el rey o soberano de turno.

Así es como aparecen, históricamente, las *multas* y las *confiscaciones de bienes* a favor de las nacientes monarquías, a las que enriquecieron incrementando grandemente sus propiedades. A estos efectos, no siendo factible que el procurador se enfrentase personalmente en pruebas de fuerza y destreza (a la antigua usanza), el combate armado se convirtió en *indagación.* De ahí en más, se desarrolló notablemente todo el sistema procedimental ya explicado en la Lección 4, al describir lo que se conoció con el nombre de *inquisición española.*

Conforme a estos antecedentes, puede conceptuarse al *ministerio público* de la época como la institución que, representando al soberano, intervenía necesariamente en la persecución de delitos para lograr mediatamente una reparación económica para el fisco. De ahí su primigenia denominación de *procurador*, *promotor*, *patrono* o *agente fiscal.* Después de la creación de los Estados modernos, este concepto no varió en mucho: ya podrá comprenderse mejor esta afirmación cuando se enuncie el inventario de las funciones que las actuales leyes le asignan.

Lo que interesa destacar ahora es que los orígenes tan poco claros y las obvias finalidades *políticas* –que no jurídicas– que se tuvieron en miras al crear la institución, la han convertido en el tema menos estudiado por los autores de la materia. Y es que tal finalidad ha generado las mayores discusiones entre quienes ejercen el poder en todas las épocas, con lo cual se ha desvirtuado su tratamiento doctrinal: cualquier explicación pasa

siempre por el meridiano de la filosofía política del autor que, así, exalta sus preferencias y degrada las ideas que no comparte. Indudablemente, es ésta la razón primera de la nunca acabada discusión acerca de la naturaleza jurídica de la institución.

No siendo la finalidad de esta obra evacuar todos los interrogantes que el tema merece y requiere, baste decir que, de acuerdo con la absoluta mayoría de las legislaciones vigentes, el ministerio público es una institución estatal con competencia asignada por diversas leyes, cuyo ejercicio lo convierte en una *posible parte procesal* que se torna en *necesaria* –no importa por ahora si su actuación es *principal* o *promiscua*– en todos los litigios de naturaleza penal y en gran parte de los no penales.

Antes de entrar a detallar las funciones que cumple esta figura, conviene ver la ubicación que ostenta en el orden estatal y cuál es su conformación.

2. LA UBICACIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO EN EL ORDEN ESTATAL

Ya se ha visto que los inicios de la institución la muestran ubicada dentro de la esfera propia de quien ejerce el poder (rey), cuyos intereses defiende. De ahí que, ya en el Estado moderno, el ministerio público aparezca definitivamente en la órbita presupuestaria del Poder Ejecutivo, con clara dependencia funcional del máximo órgano de la administración que, como tal, designa a sus integrantes, les asigna funciones, les da órdenes, suspende y cesantea.

El orden constitucional que impera en el presente siglo, cada vez más alejado de toda idea de autocracia y de autoritarismo, se ha preocupado por dar otra ubicación al ministerio público, no sólo para terminar con la antigua, nefasta y poco republicana dependencia del Poder Ejecutivo, sino, fundamentalmente, para lograr por fin la existencia de un *acusador procesal* cuando ello fuere menester respecto de los integrantes del poder político, de suerte que no esté sujeto a las instrucciones y guarda de obediencia debida de los propios eventuales acusados. Y así, a pesar

de que en muchas partes se mantiene en la órbita del Poder Ejecutivo (Nación Argentina desde 1860 y hasta 1994), en otras se vincula al ministerio público con el Poder Legislativo (Constituciones de la República Democrática Alemana de 1974 y de Bulgaria de 1971) o con el Poder Judicial, cuya planta permanente integra; en otros casos, y mucho más inteligentemente, se le ha otorgado una *autonomía* plena (caso de Brasil desde 1993 y de Costa Rica, pionera en la materia) o aparente (caso del Paraguay, donde maneja presupuesto propio, pero actúa como asesor y defensor del Poder Ejecutivo).

A partir de la Reforma de 1994, el Ministerio Público nacional está emplazado como un órgano independiente, con autonomía funcional y autarquía financiera. Se trata de un órgano *extra poder* que no integra (ni depende de) el Poder Judicial ni el Poder Ejecutivo, como ocurría anteriormente. Aunque parezca obvio, es preciso remarcar la necesidad de lograr la plena independencia de la *función acusadora* (en rigor se trata o debería tratarse de un verdadero *cuarto poder* equiparado absolutamente a los otros tres conocidos) para lograr un respeto definitivo a los principios republicanos de cogobierno e intercontrol de poderes, de todo lo cual estamos aún tan lejos en América del Sur. Y es que así como no parece conveniente que la dependencia funcional se establezca con el Poder Legislativo o con el Poder Ejecutivo, por cuanto la institución se coloca al servicio de los intereses políticos y partidistas del sector gobernante, tampoco parece razonable –en plan de estricta lógica jurídica– su inserción dentro de la esfera propia del Poder Judicial, cual ocurre en la mayoría de los sistemas vigentes en América Latina. Y ello porque, de tal forma, la dependencia se establece ahora con la autoridad judicial llamada a resolver los litigios en los cuales el ministerio público es *parte procesal*; y no es sensato hacer que la parte dependa funcionalmente del propio juzgador. Nótese bien que no afirmamos que el juez no pueda *dirigir el debate procesal* (cosa correcta), sino que no debe indicar a las partes cómo acusar, demandar, contestar, etcétera, con lo que puede perder la obvia neutralidad que ha de ostentar durante todo el curso procedimental para no romper la igualdad entre ellas.

La recurrente presencia del ministerio público en la estructura y presupuesto del Poder Judicial ha logrado –tiempo y mucho esfuerzo doctrinal mediante– que sus integrantes sean vistos como verdaderos jueces o compartiendo sus caracteres, derechos y deberes. De ahí que algunos autores –con tesis hoy superada– exigen a los integrantes del ministerio público una categórica *imparcialidad* en el desempeño de su función sin advertir que tal afirmación contiene una clara contradicción lógica: decir que el fiscal es la *parte imparcial* del proceso constituye un disparate imposible de sostener por más que los autores hayan persistido años en el error. De tal modo debe quedar en claro que aspiramos a que todo sistema jurídico republicano cuente con un ministerio público independiente de todo otro poder del Estado, con un orden interno que sea funcionalmente vertical –para posibilitar y respetar el principio de actuación unitaria y no contradictoria entre sus distintos integrantes– y que se concrete en el cumplimiento de su labor a las pautas que luego enumeraré al analizar las actividades que le competen.

Finalmente: la decisión política de aceptar la independencia absoluta del ministerio público y su actuación como verdadero cuarto poder del Estado, implica resolver los problemas que ello genera: decidir desde el propio texto constitucional quién designa a la cabeza del poder (recuérdense los distintos sistemas que ya se han visto respecto de la designación de los jueces) y al resto de sus integrantes y ante quién responden todos por el incumplimiento de sus funciones.

3. LA COMPOSICIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO

Precisamente por las razones históricas antes apuntadas, el otorgamiento de las más diversas competencias a sus integrantes ha generado una institución compleja que, según las circunstancias de tiempo y espacio, requiere mayor o menor número de componentes o, más propiamente dicho, *secciones* en las cuales puede dividirse el ministerio público.

Como se trata de *defender los intereses del Estado y de sus variados fines*, hay integrantes que actúan como: a) *acusadores públicos*; b) otros,

controlando el régimen de legalidad; c) otros, en defensa de los *intereses pecuniarios del fisco*; d) otros, *representando o defendiendo a los pobres*; d) otros, actuando junto con sus representantes legales en defensa de los intereses de quienes se supone desprotegidos de hecho: *incapaces* y *ausentes*; e) y otros, modernamente, dentro de una sociedad de consumo cual la que nos toca integrar, defendiendo los *derechos de los consumidores en general* con la legitimación de lo que se ha dado en denominar *intereses difusos*. De esta forma, se ha compuesto un ministerio público formado por: a) un *ministerio fiscal* dedicado tanto a la acusación pública como a la defensa de los intereses pecuniarios del Estado, al control de la legalidad y a la concreción de un contradictorio en cierto tipo de procedimientos, y b) un *ministerio pupilar* dedicado a la defensa de los intereses de los menores, incapaces y ausentes. Esta defensa se efectúa *solitariamente* por un *defensor general* respecto de pobres y ausentes y *promiscuamente* en caso de menores e incapaces, actuando en cada litigio *al lado* del *representante legal* (padres, tutor, curador). Además, y respecto de estos últimos, actúan *colegiadamente* varios *defensores generales* para decidir el destino de los patrimonios pertenecientes a menores e incapaces. Por supuesto, y como sucede siempre en esta obra, el lector debe ocurrir a la normativa vigente en un lugar dado a fin de poder saber cómo funciona y se compone la institución.

En razón de que todos estos funcionarios se han dedicado desde antaño a las más variadas tareas, en los últimos tiempos se han distribuido de modo tal que los mencionados en el párrafo anterior se han quedado principalmente con la actividad *acusadora* y *controladora del orden legal* (ya se verá luego qué es lo que hacen en este aspecto) en tanto que la defensa del interés puramente patrimonial del Estado se ha atribuido por derivación a otros funcionarios que, lógicamente, deben componer el concepto de ministerio público: son los abogados del Estado que actúan en algunos países como integrantes de una *fiscalía general* (caso del Paraguay) o de una *procuración general del tesoro* (caso de la Argentina) o de una *fiscalía de Estado* (caso de algunas provincias argentinas, como las de Santa Fe y Mendoza), cuyas respectivas cabezas desempeñan las tareas propias del asesor jurídico del presidente, del gobernador, etcétera.

Pero ahí no concluye el concepto: según los intereses políticos y las necesidades sociales de cada época, la actividad de control se ha derivado nuevamente a otras instituciones que, si bien se presentan como independientes del ministerio público propiamente dicho, integran por lógica su concepto en cuanto cumplen una función eminentemente *controladora*. Así, por ejemplo, la *fiscalía nacional de investigaciones administrativas*, de obvia naturaleza similar a la de la institución que nos ocupa, y los *tribunales de cuentas* y algunas *auditorías* o *sindicaturas* de las sociedades del Estado que, aunque también con funciones de control, no actúan como partes procesales. Del mismo modo, para la defensa de los intereses difusos de los consumidores en general, los distintos ordenamientos han creado figuras como las del *ombudsman* o *defensor del pueblo* que, por elementales razones, deberían integrar también esta institución, al menos dentro de un plano de adecuada lógica racional, máxime cuando tienen competencia para actuar en calidad de partes procesales.

Finalmente: en algunos países en los que se ha otorgado al ministerio fiscal la potestad de accionar penalmente, se le anexó la *policía judicial* como parte integrante de la institución.

4. LA COMPETENCIA DEL MINISTERIO PÚBLICO

Dado que las leyes otorgan las más variadas y disímiles competencias a las distintas secciones en las que se puede dividir la institución, conviene inventariar –a título meramente ejemplificativo– las funciones asignadas según sus ramas: ministerio fiscal y ministerio pupilar, las que –a su turno y según ya se ha visto– admiten nueva división.

Así, el *ministerio fiscal* actúa:

a) Como *acusador público*, al promover la averiguación y enjuiciamiento de los delitos cometidos y ejercer la llamada *acción* penal, salvo en los casos de necesario ejercicio privado, a menos que la ley acepte la presencia de un querellante particular. Este *impulso procesal penal* lo realiza con *exclusividad* sólo en aquellos ordenamientos legales que parten

de una clara y lógica idea de proceso, pues en la mayoría de los casos tal impulso está en manos del propio juez (cosa realmente absurda, si las hay). La iniciativa propia del fiscal, a su turno, se encuentra sometida a dos reglas antagónicas: es el mismo ministerio quien decide si acusa o se abstiene de hacerlo (la regla se conoce con la denominación de *principio de oportunidad*) o es el legislador (la ley) quien ordena al funcionario que mantenga una postura incriminadora (*principio de legalidad*);

b) Como *control del orden legal*, las mayorías de las legislaciones exigen del funcionario actuante, y dentro de la esfera de un determinado grado de conocimiento: 1) que vigile el cumplimiento de las reglas de la competencia judicial (¡otra vez *la parte imparcial* controlando a los jueces... cuando, de verdad, está sujeta –como verdadera parte procesal que es– a su potestad procesal!); 2) y que vigile el cumplimiento de las reglas de procedimiento, de la ejecución de las sentencias penales y de las leyes que regulan la restricción de la libertad personal; 3) y que cuide la recta y pronta administración de justicia, denunciando las irregularidades y malas prácticas y peticionando ante quien corresponda la aplicación de sanciones disciplinarias contra jueces (?) y demás funcionarios del poder judicial; 4) y que dictamine en las más variadas suertes procedimentales, tales como las cuestiones relativas a: la caducidad de una instancia, y a la competencia, y a las propias de las tramitaciones de exhortos, y de aseguramiento de pruebas, cuando la urgencia del caso impide dar noticia a la parte a la cual se habrá de oponer el resultado, y de otorgamiento de carácter de heredero, etcétera, etcétera.

Como se ve, la lista puede llegar al infinito con sólo proponérselo el legislador de turno...

Por supuesto, exigir que los fiscales controlen a los jueces, más allá de lo que puedan actuar como partes en un proceso, es subvertir el orden natural de las cosas. Al mismo tiempo, la atribución de esa competencia controladora constituye una enorme hipocresía que no puede cohonestarse. De ahí que la tendencia contemporánea mayoritaria sea la de otorgar al ministerio público el exclusivo papel de *acusador penal* y, en posición

que comienza a imponerse con fuerza arrolladora, con función requirente sujeta a la regla de la *oportunidad*;

c) Como *defensor de los intereses pecuniarios del fisco*, interviene en calidad de ejecutor de impuestos, tasas y multas en aquellos ordenamientos o lugares en los cuales no existe una dependencia propiamente abogadil del Estado (tal como la Procuración del Tesoro o Fiscalía de Estado) o debe denunciar a la correspondiente autoridad administrativa toda infracción a las leyes impositivas que comprueban en expedientes judiciales, etcétera. Por supuesto, esta función debe enmarcarse en la órbita propia de los abogados del Estado, con lo cual se evitará la atribución de competencias que hacen poner en duda la independencia con la cual el ministerio público debe manejarse;

d) Como *parte procesal necesaria*, aparece en todos los denominados legalmente como *actos de jurisdicción voluntaria* a fin de *integrar un contradictorio* (ver la Lección 8).

La enunciación es contingente en cada normativa: a título de ejemplo, citamos los casos de mi provincia de Santa Fe: es contradictor necesario en la protocolización de instrumentos públicos, en la apertura de testamento cerrado, en la reposición de escrituras públicas, en la autorización para contraer matrimonio y en todos los demás actos que no están legislados en la normativa procesal, pero sí en la de fondo, como, por ejemplo, la autorización a menores emancipados para disponer o para estar en juicio o para contraer deudas o para demandar a sus padres o para autorizar al padre a la venta de bienes del hijo o al tutor para invertir la renta del pupilo, etcétera.

Por su parte, el *ministerio pupilar* actúa por medio de:

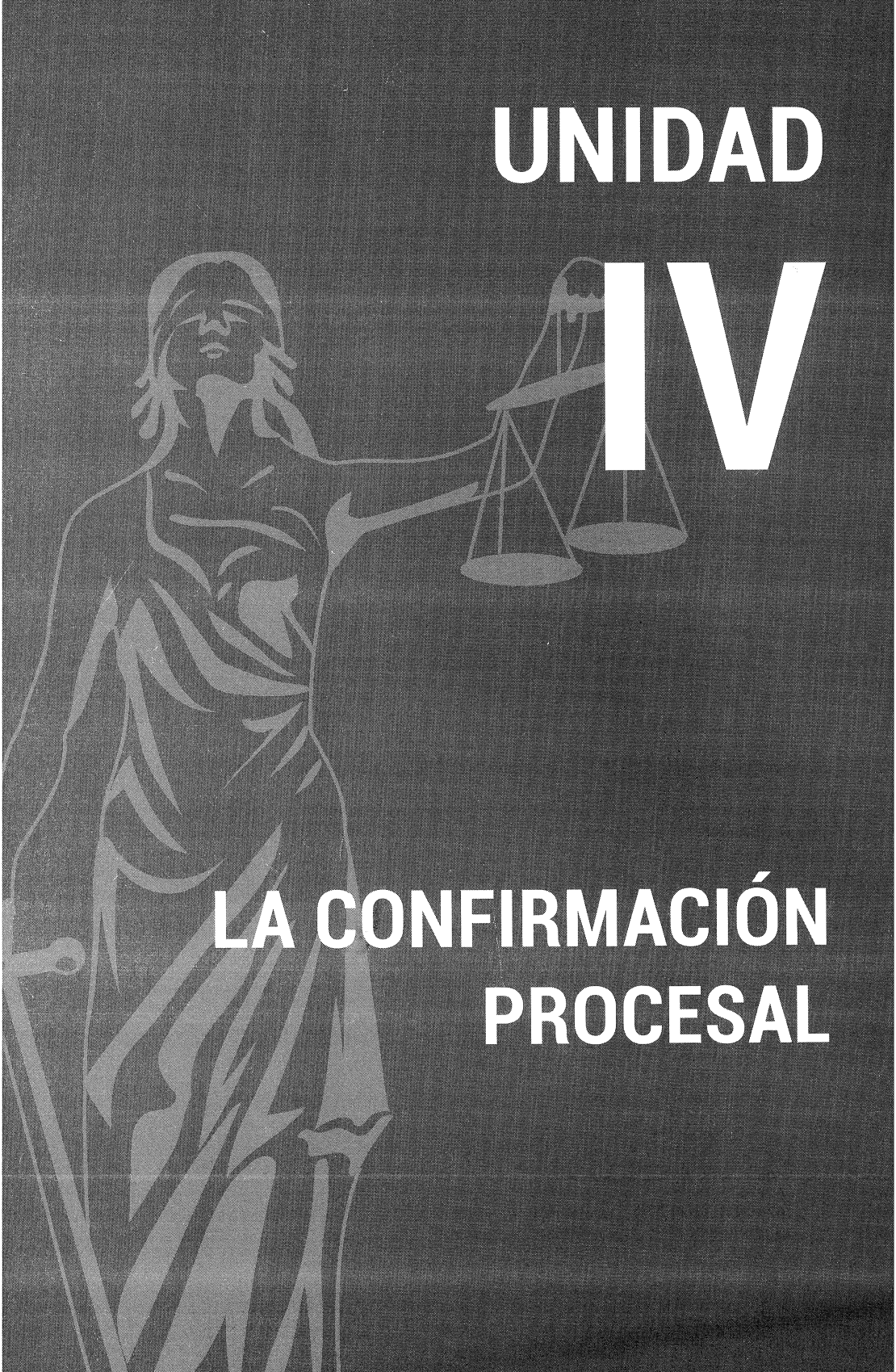
a) Los *defensores generales*: 1) en forma *autónoma*, al ejercer la defensa de los derechos de los pobres que no pueden afrontar los gastos del juicio (algunas leyes establecen que su solo patrocinio tiene para el patrocinado los mismos efectos que el otorgamiento del beneficio de litigar sin gastos); también ejerciendo la defensa de menores, incapaces de hecho y ausentes que carecen de representación legal; 2) en forma *conjunta* o *promiscua*

con los representantes legales de menores (padres o tutor) e incapaces y ausentes (curador): cuando actúa al lado de ellos controlando y, llegado el caso, supliendo la defensa). En este aspecto, ver Ccc, art. 103[238]. 2) El *ministerio público de menores e incapaces* o *ministerio pupilar* (como órgano colegiado integrado por varios defensores generales), que en la mayoría de las legislaciones fiscaliza la conducta de los representantes legales de menores, incapaces y ausentes sobre la conservación de sus bienes; también toma las medidas necesarias para proveer de representación legal a quien no la tiene, aprueba las rendiciones de cuentas de los representantes legales que administran bienes de menores, incapaces y ausentes y ejerce el control de las administraciones concernientes a personas que se hallan bajo tutela o curatela, etcétera.

238 "*Actuación del Ministerio Público.* La actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos puede ser, en el ámbito judicial, complementario o principal.

a) Es complementario en todos los procesos en los que se encuentran involucrados intereses de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida; la falta de intervención causa la nulidad relativa del acto.

b) Es principal: 1) cuando los derechos de los representados están comprometidos, y existe inacción de los representantes; 2) cuando el objeto del proceso es exigir el cumplimiento de los deberes a cargo de los representantes; 3) cuando carecen de representante legal y es necesario proveer la representación". En el ámbito extrajudicial, el Ministerio Público actúa ante la ausencia, carencia o inacción de los representantes legales, cuando están comprometidos los derechos sociales, económicos y culturales".



UNIDAD IV

LA CONFIRMACIÓN PROCESAL

LECCIÓN 21

TEORÍA GENERAL DE LA PRUEBA JUDICIAL

SUMARIO

1. El concepto de *confirmación* y su relación con el vocablo *prueba*
2. Los problemas filosófico-políticos de la confirmación procesal
   - 2.1. La política legislativa en cuanto a la confirmación procesal
   - 2.2. La actividad del juzgador en la etapa confirmatoria
3. Los problemas técnicos de la confirmación procesal
   - 3.1. El objeto de la confirmación (o de la prueba) (qué puede ser confirmado)
   - 3.2. El tema de la confirmación (o de la prueba) (qué debe ser confirmado)
   - 3.3. La fuente de la confirmación (o de la prueba) (de dónde se extrae la confirmación)
   - 3.4. La incumbencia de la confirmación (o de la prueba) (quién debe confirmar)
   - 3.5. Los medios para confirmar (cómo se confirma)
     - 3.5.1. Los medios de confirmación en general
       - 3.5.1.1. La comprobación (o prueba propiamente dicha)
       - 3.5.1.2. La acreditación
         - 3.5.1.2.1. El instrumento
         - 3.5.1.2.2. El documento
         - 3.5.1.2.3. El monumento
         - 3.5.1.2.4. El registro
       - 3.5.1.3. La mostración
       - 3.5.1.4. La convicción
         - 3.5.1.4.1. La confesión (en general)
         - 3.5.1.4.2. El juramento
         - 3.5.1.4.3. El peritaje de opinión (en general)
         - 3.5.1.4.4. El testimonio (en general)
         - 3.5.1.4.5. El indicio y la presunción (en general)
     - 3.5.2. Los medios de confirmación en particular
   - 3.6. El procedimiento confirmatorio (cuándo se confirma)
     - 3.6.1. Las etapas del procedimiento confirmatorio
       - 3.6.1.1. La subetapa de ofrecimiento de los medios de confirmación

3.6.1.2. La subetapa de aceptación de los medios ofrecidos
3.6.1.3. La subetapa de admisión judicial de los medios ofrecidos
3.6.1.4. La subetapa de producción de los medios admitidos
3.7. La etapa de alegación acerca de los medios confirmatorios producidos
3.7.1. La evaluación por las partes litigantes acerca de los medios producidos
3.7.2. La evaluación por el juez acerca de los medios producidos (qué valor tiene la confirmación)
3.7.2.1. El sistema de la tasación o de pre ordenación por la ley del valor de cada medio en particular
3.7.2.2. El sistema convictivo

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

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

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

En el plano de la pura lógica, cuando una *afirmación* cualquiera (el cielo es azul, por ejemplo) es *contestada* (negada: por ejemplo, el cielo no

es azul) por alguien, pierde de inmediato la calidad de *verdad definitiva* con la cual pudo ser expresada y se convierte, automáticamente, en una *simple proposición* que requiere ser *demostrada* por quien desea sostenerla.

Dados los alcances de la ciencia actual, no puede escapársele al lector que, por otra parte, conforme al estado de la ciencia en un momento determinado, *existen afirmaciones científicas definitivamente incontestables*: por ejemplo, la existencia de la *ley de gravedad*, la rotación del planeta alrededor del Sol, etcétera. Adviértase que si se lanza un objeto hacia el cielo, por ejemplo, inexorablemente caerá: una o un millón de veces (en rigor, tantas cuantas se arroje el objeto). Esto permite la formulación de una *ley física* cuya existencia se probará *siempre*, en *todo tiempo*, en *todo lugar* y por *toda persona*, sin admitir jamás la posibilidad de la existencia de opiniones encontradas acerca de ella. Lo mismo ocurre, por ejemplo, si se desea verificar el movimiento de la Tierra: Galileo Galilei ya no podría tener contestatarios...

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

Compare ahora el lector estos resultados definitivamente incontestables con el que arrojan cuatro testimoniales acerca de un mismo hecho: la experiencia judicial demuestra hasta el hartazgo que, aun si los testigos obran de buena fe, darán versiones distintas y, muchas veces, claramente antagónicas (recuerde el lector la magnífica obra de Marco Denevi "*Rosaura a las 10*"[239] y comprobará cuán exacta es esta afirmación). Esta enorme diferencia conceptual existente entre los diversos *medios de prueba* hace que la más moderna doctrina se abstenga de utilizar dicha palabra *prueba* y prefiera el uso del vocablo *confirmación* (significa *reafirmar una probabilidad*): en rigor, una afirmación negada se *confirma* con diversos medios que pueden generar *convicción* (no *certeza* o *crédito*) a un juzgador en tanto que no la generan en otro. De tal modo, no necesariamente se confirma siempre con prueba científica (o prueba propiamente dicha) que no admite opinabilidad alguna.

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

2. LOS PROBLEMAS FILOSÓFICO-POLÍTICOS DE LA CONFIRMACIÓN PROCESAL

Varios y disímiles son los problemas que muestra el tema cuando se pretende conocerlo en toda su extensión. El primero de los principales de ellos tiene que ver con la asignación del papel que le toca cumplir al juzgador respecto de la actividad de *confirmar los hechos*: se trata de determinar *a priori* y desde la propia ley cuál debe ser su actuación procesal en cuanto a la búsqueda y captación de los hechos litigiosos. El segundo de los problemas aludidos tiene que ver con los *deberes* y *facultades* que los jueces *deben* o *pueden* ejercitar durante el desarrollo de la etapa confirmatoria. Los trataremos a continuación.

2.1. La política legislativa en cuanto a la confirmación procesal

Analizando la actividad que debe cumplir el juzgador en la etapa confirmatoria (o *probatoria*, en el lenguaje habitual), la doctrina y las diferentes leyes han establecido parámetros muy disímiles en orden a la filosofía que inspira al legislador de una normativa dada. En otras palabras: son distintas las respuestas que pueden darse en cuanto a la tarea que debe cumplir el juzgador en la etapa confirmatoria, debatiéndose acerca de si le toca *verificar* los hechos, o bien si debe *comprobarlos*, o *acreditarlos*, o *buscar la certeza de su existencia* o la *verdad real de lo acontecido en el plano de la realidad* o, más simplemente, contentarse con *lograr una mera convicción* acerca de los hechos controvertidos en el litigio. Por cierto, entre cada una de tantas inocentes palabras –que se presentan como equipolentes en el lenguaje diario– existe diferencia sustancial. En rigor, un mundo de distancia que separa inconciliablemente a quienes practican el *autoritarismo procesal* –que los hay, y muchos– de quienes sostienen que el proceso no es *medio de control social o de presión*, sino que es *garantía de libertad* en un plano constitucional.

Esta separación conceptual no es novedosa, ya que tiene profundas raigambres en la historia, tanto antigua como reciente. En la actualidad, los bandos antagónicos se hallan claramente configurados: por un lado, existe

una decidida vocación popular –sostenida por numerosos medios de información– que pregona la necesidad de actuar de inmediato y de castrar al violador, matar al homicida, cortar la mano del ladrón, aumentar las penas de los delitos de moda, vedar toda excarcelación, etcétera. Esta posición filosófica se conoce en el derecho penal con la denominación de *solidaria*, generadora del *solidarismo penal*[240] y éste, a su turno, del *solidarismo* o *decisionismo*[241] *procesal*, y se caracteriza por la tendencia doctrinal que procura denodadamente que los jueces sean cada más *activos*, más *viriles* (dijo un autor), más *comprometidos con su tiempo*, con la Verdad y con la Justicia.

En contra de esta posición, existe otra línea doctrinal aferrada al mantenimiento de una irrestricta vigencia de la Constitución y, con ella, de la del orden legal vigente en el Estado en tanto ese orden se adecue en plenitud con las normas programáticas de esa misma Constitución. En otras palabras: los autores así enrolados no buscan a un juez comprometido con persona o cosa distinta de la Constitución, sino a un juez que se empeñe en respetar y hacer respetar a todo trance las garantías constitucionales. A esta posición filosófica que se muestra antagónica con el *solidarismo procesal* (no quiere ni admite castrar ni matar ni cortar la mano

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

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

de nadie *sin el previo y debido proceso legal*) se le da el nombre de *garantista* o *libertaria* (por oposición a la antagónica, claramente *totalitaria*).

No se nos escapa que las banderas que levanta el solidarismo (la Justicia, la Verdad, el compromiso del juez con su tiempo, con la sociedad, etcétera) ganan adeptos rápidamente, pues ¿quién no quiere la Justicia? ¿Quién no quiere la verdad? Pero no se trata de abandonar o sustituir esas banderas para siempre, sino de no colocarlas por encima de la Constitución. Y es que el proceso es *la garantía constitucional* y el *garantismo procesal* –que se postula en esta obra– no tolera alzamiento alguno contra la norma fundamental (que, en el caso, prohíbe la tortura en cualquiera de sus manifestaciones); por lo contrario, se contenta modestamente con que los jueces –insistimos en que comprometidos *sólo con la ley*– declaren la *certeza de las relaciones jurídicas conflictivas* otorgando un adecuado derecho de defensa a todos los interesados y resguardando la igualdad procesal con una clara imparcialidad funcional para, así, hacer plenamente efectiva la tutela legal de todos los derechos y lograr a la postre el mantenimiento de la paz social. Y ello, particularmente en el campo de lo penal, pues las garantías constitucionales son como el sol, que sale para todos. Muy especialmente, para quienes más las necesitan: los sometidos a juzgamiento...

Como se ve, el tema es reflejo actualizado del antiguo enfrentamiento de dos sistemas antagónicos de enjuiciamiento: *inquisitivo* y *dispositivo*, que sigue vigente en forma inexplicable y con visos de no mejorar, al menos en el campo del derecho procesal civil. En fecha relativamente reciente –1998– ha comenzado la vigencia de un nuevo Código Procesal Penal en la Provincia de Buenos Aires (Argentina) que, enrolado en un claro sistema acusatorio, *¡prohíbe que el juez decrete oficiosamente medios de confirmación!* Extraño movimiento conceptual éste que muestra un exótico cruzamiento filosófico doctrinal: en tanto se pretende *penalizar cada vez más al proceso civil*, se *civiliza cada vez más el proceso penal*...[242].

242 ¿Cómo puede comprender este desfase un alumno de Derecho? ¿Cómo explicarle que el juez de lo penal, que maneja derechos no disponibles, *no puede salir a probar a favor de una de las partes* en tanto que el juez de lo civil, que habitualmente sí maneja dere-

2.2. La actividad del juzgador en la etapa confirmatoria

El tema merece una aclaración previa: en toda esta obra, la Lección que aquí se desarrolla es la que mejor permite explicar cómo se ha llegado a una situación de crudo enfrentamiento doctrinal, toda vez que ahora cabe definir y ampliar o limitar la actividad de los jueces en cuanto a la tarea de confirmar procesalmente. Para que se entienda cabalmente el tema, es menester recordar muy brevemente la historia de los sistemas de enjuiciamiento ya explicada antes. Durante casi toda la historia del Derecho, se aceptó en forma pacífica y en todo el universo entonces conocido que al juzgador sólo tocaba establecer en su sentencia la *fijación de los hechos* y, luego, aplicar a tales hechos la norma jurídica correspondiente a la pretensión deducida.

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

Por supuesto, la función del juzgador cambia radicalmente en uno y otro sistema: a) en tanto en el primero el juez sólo debe buscar –con clara imparcialidad en su actuación– el otorgamiento de *certeza* a las relaciones jurídicas a partir de las posiciones encontradas de los litigantes (aceptando sin más lo que ellos mismos admiten acerca de cuáles son los hechos discutidos), con lo que se logra aquietar en lo posible los ánimos encontrados para recuperar la paz social perdida, b) en el segundo el juez

chos disponibles, *no sólo* puede, *sino que* debe *salir a probar a favor de una y en contra de otra de las partes procesales?* ¿No se ve que esto, además de ilegítimo, es absolutamente esquizofrénico?

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

El tema no sólo es fascinante, es preocupante. Gravemente preocupante, pues quienes aconsejan adoptar legislativamente la figura del *juez investigador* lo hacen partiendo de la base de que la Verdad y la Justicia son *valores absolutos.*

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

Traído el problema al terreno judicial, parece fácil de resolver. En efecto: piénsese en un juzgador justiciero que, con rectitud y honestidad de espíritu, hace todo lo que está a su alcance para llegar a la *verdad real* de los hechos sometidos a su juzgamiento. Y, después de ardua búsqueda, cree haber logrado esa verdad –en rigor, *la Verdad*, única y con mayúsculas– y, a base de ella, emite su fallo, por ejemplo, *absolviendo* al demandado o reo. Adviértase que esta óptica muestra a la Verdad como un valor absoluto. De tal modo, *la Verdad es una e idéntica en todo tiempo y lugar y para todas las personas por igual.* Piénsese también en que ese fallo es impugnado por el demandante o acusador perdidoso y, así, elevado el asunto a un tribunal superior donde también hay juzgadores justicieros, con igual o mayor rectitud y honestidad de espíritu que el juez inferior. Imagine ahora el lector que tales juzgadores, después de ardua búsqueda, creen haber llegado por ellos mismos a la *Verdad* –otra vez con mayúscula– que, lamentablemente, no coincide con la que había pregonado el

inferior... Y, de tal manera, revocan su sentencia y, en su lugar, *condenan* al demandado o reo. Y parece obvio destacar que la *segunda Verdad* debe prevalecer por sobre la *primera Verdad*, por simple adecuación lógica del caso a la verticalidad propia de los estamentos que integran el Poder Judicial, en el cual *la Verdad* será sólo la que declare el último juzgador previsto como tal en el sistema de que se trate...

Lo primero que se le ocurrirá al lector es que lógicamente no pueden coexistir *dos Verdades antagónicas* acerca de un mismo tema, a menos que, en lugar de ser *la Verdad*, ambas sean la simple *verdad* de cada uno de los juzgadores (en rigor, *sus verdades*, que pueden o no coincidir con la *Verdad*)[243]. Adviértase que, desde esta óptica, la verdad es un *valor*

243 En realidad, todo esto es un juego de palabras al que son muy afectos los jueces decisionistas, divorciados por completo de los problemas epistemológicos y filosóficos relativos a *la Verdad* y a *las verdades*, aunque sobre tales términos orbitan en sus saberes y sentencias. Sobre ellos, enseña Susan HAACK que "Este doble rol de las palabras «truth» y «verdad» puede generar problemas. Algunos, confundiendo los dos usos, tratan al sustantivo abstracto *verdad* como si se refiriese a algún tipo de proposición verdadera muy especial e indispensable; y, por ello, hablan con reverencia de *la Verdad*, usando una «V» mayúscula, como en «la Verdad os hará libres». Otros, considerando perturbador este tipo de reverencia por *la Verdad*, llegaron confusamente a la conclusión equivocada de que es una mera superstición asignar cualquier valor a la verdad o, incluso, que debemos rechazar hablar sobre la verdad (...)".
"He hecho ya un análisis de estos dos tipos de confusión en otros trabajos; aquí, quiero concentrarme en un tercer tipo de confusión, también provocado por los dos usos de la palabra «truth» (o «verdad»); atribuyéndosele a la verdad, entendida como veracidad, propiedades de algunas, pero no todas las verdades. Existe *una* verdad, *una* veracidad o *un* concepto de verdad. Pero hay *muchas verdades*, es decir, muchas y varias proposiciones, etcétera, verdaderas. La verdad no depende de lo que nosotros creemos o aceptamos, no es relativa a la cultura, a la comunidad, a una teoría o a un individuo; y no es una cuestión gradual, ni una conglomeración de propiedades que pueden estar total o parcialmente satisfechas. Sin embargo, algunas verdades son tales en virtud de algo que nosotros hacemos; otras en virtud de lo que creemos; y algunas verdades sólo tienen sentido relativizadas a un tiempo, a un lugar o a una cultura. Por otra parte, algunas proposiciones verdaderas son en algún grado vagas, otras son más precisas; algunas son, en una u otra forma, parciales y otras más completas. *La verdad*, en pocas palabras, es simple; *las verdades*, en cambio, no lo son. Las verdades vienen en todo tipo de formas y tamaños; y la mayor parte del tiempo transitamos en el casi, en lo aproximado o en lo parcialmente verdadero".
"En definitiva, y según muchos epistemólogos (que no todos, claro, hay escépticos que creen que el mundo exterior a uno mismo no existe y que nos resulta imposible

relativo. De tal modo, lo que es verdadero o justo para uno puede no serlo para otro o lo que fue verdadero o justo en el pasado o aquí puede no serlo en el presente o allá. En otras palabras, hay *tantas verdades como personas pretenden definirlas.*

El problema ejemplificado excede el marco de una explicación lineal del tema. Pero sirve para comprender cabalmente que la *simple posibilidad de que el juzgador superior revoque la decisión del juzgador inferior* muestra que *la verdad* (así, con minúscula) como *proposición que se afirma verdadera* puede no serla, o ser relativa, si quiere, a la percepción, interpretación, contexto, tiempo, cultura, etcétera, de quien las afirma. Si esto es correcto –y creemos firmemente que lo es– ¿cómo puede implementarse un sistema judicial en el cual se imponga al juez actuante *el deber de buscar la verdad real...*? ¿Cuál es la lógica de tan imprudente imposición?

Sentadas estas ideas básicas para la plena comprensión del tema, adelantamos con su explicación. Es dato conocido ya por el lector que la serie procesal comprende cuatro pasos: *afirmación, negación, confirmación y alegación* (o evaluación o conclusión). Sabe también que el desarrollo de tal serie sigue un orden estricta y puramente lógico, por lo que resulta *invariable* (no puede comenzar con la etapa de *negación* o con la de *confirmación*, por ejemplo) e *inmodificable* (en orden a mantener los principios que hacen a la existencia del *debido proceso*, no puede eliminarse alguna de dichas etapas).

En razón de que el objeto del proceso es la *sentencia*, en la cual el juzgador debe *normar específicamente* el caso justiciable presentado a su decisión, parece obvio señalar que debe contar para ello con un adecua-

---

conocerlo), el concepto de *verdad* es *uno* (correspondencia de una proposición con la *realidad*), las proposiciones pueden ser *verdaderas o no*, y aquí está el asunto: como es imposible la referencia a y el conocimiento de todos los aspectos del pasado, del presente y del futuro, *no hay verdades absolutas...* siempre puede aparecer algo que *derrote* o relativice esa proposición y, en ese sentido –solo en ese sentido– no habría *verdades absolutas* (entendidas como *juicios de verdad absolutos...* porque somos imperfectos y tenemos límites en nuestro conocimiento)".

do conocimiento del litigio a efectos de poder cumplir con su deber de resolverlo.

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

Insistimos particular y vivamente en esto: no hay litigio (civil o penal) sin *hechos afirmados* que le sirvan de sustento. De tal forma, el juzgador debe actuar en forma idéntica a lo que hace un historiador cualquiera para cumplir su actividad: colocado *en el presente* debe analizar hechos que se dicen cumplidos *en el pasado.* Pero de aquí en más, las tareas de juzgador e historiador se diferencian radicalmente: en tanto éste puede darse por contento con los hechos de cuya existencia se ha convencido –y, por ello, los muestra y glosa– el juzgador debe *encuadrarlos necesariamente en una norma jurídica* (creada o a crear) y, a base de tal encuadramiento, ha de normar de modo imperativo para *lo futuro*, declarando un derecho y, en su caso, condenando a alguien al cumplimiento de una cierta conducta. En otras palabras y para hacer más sencilla la frase: el juzgador analiza en el *presente* los hechos acaecidos en el *pasado* y, una vez convencido de ellos, dicta una norma jurídica individualizada que regirá en el *futuro* para todas las partes en litigio, sus sucesores y sustitutos procesales.

3. LOS PROBLEMAS TÉCNICOS DE LA CONFIRMACIÓN PROCESAL

De lo precedentemente explicado se desprende ahora la extrema importancia del tema en cuestión: la ley debe regular con todo detalle lo relativo a: a) *qué puede* ser confirmado (*objeto* de la confirmación), b) *de*

dónde debe extraerse la confirmación (*fuente* de la confirmación), c) *qué debe* ser confirmado (*tema* de la confirmación), d) *quién* debe confirmar (*incumbencia* de la confirmación), e) *cómo* ha de hacerse la confirmación (*medios* de confirmación), f) *cuándo* y *dónde* ha de hacerse la confirmación (*procedimiento* de la confirmación). Todo ello será explicado a continuación.

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

Se ha recordado recién que todo litigio supone, esencialmente, *la afirmación de un hecho* ocurrido en el plano de la realidad social. Por tanto, el objeto de la confirmación *será siempre un hecho* susceptible de ser confirmado. Con esta aseveración queda fuera del campo confirmatorio todo lo que sea *ley en sentido formal* y a partir de la fecha de su vigencia (es decir, toda norma que ha cumplido el trámite constitucional relativo a su sanción, promulgación y publicación). Tal ley se supone conocida por todos –sin admitir prueba en contrario (Ccc, art. 8)– y, particularmente, por el juzgador, para quien rige en este aspecto la regla procesal *iura novit curiæ* (el juez conoce el derecho) (v. Lección 12). De este modo, constituyen *verdaderos hechos* a los fines confirmatorios todas las expresiones de la *ley en sentido material* no formal: las resoluciones generales no publicadas en el Boletín Oficial respectivo, las ordenanzas municipales, los convenios colectivos de trabajo, los usos y la costumbre, etcétera, y, por supuesto, la ley extranjera en cualquiera de sus formas. Claro está: lo que *puede ser confirmado no siempre debe serlo.* Para elucidar sobre qué debe versar la confirmación, hay que desarrollar el punto siguiente.

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

Ya se ha visto que –en el desarrollo de la serie procesal– la etapa confirmatoria viene después de la correspondiente a la de negación por el demandado (o imputado) de los hechos afirmados por el actor (o acusador). Si ambos contendientes están de acuerdo acerca de la existencia de los hechos afirmados (es decir: no hay negación de ellos y, por tanto, no

hay *hechos contradictorios*), se acostumbra a decir entre los procesalistas que miran exclusivamente a la pretensión civil que no hay *controversia*, de modo que la *cuestión es de puro derecho* y, por ende, *nada hay que confirmar en el respectivo proceso.* Obviamente, no puede ocurrir cosa similar cuando la pretensión es penal, respecto de la cual el imputado no tiene carga de contestar al ampararse sólo en *su constitucional estado de inocencia.*

A este supuesto de *no controversia* quedan legalmente equiparados en innumerables leyes procesales los casos referidos a *contestación evasiva* y *admisión tácita de hechos por falta de negación específica.* Por cierto, lógicamente quedan equiparados a los de esta especie los *hechos admitidos* y los *hechos presumidos por la ley.* Por lo contrario, si en la etapa pertinente hubo negación, de entre todos los hechos que en general son susceptibles de ser confirmados, en el caso concreto habrán de serlo sólo y exclusivamente los *hechos controvertidos* (son los hechos afirmados por una parte y negados por la otra). Puede ocurrir también a veces que, maguer no existir negación en el caso y, por ende, no haber hechos controvertidos acerca de los cuales tenga que recaer la tarea confirmatoria, *el actor deba confirmarlos del mismo modo que si hubieran sido negados*: esto ocurre siempre que: a) esté comprometido el *orden público* (por ejemplo, en los litigios que versan acerca de cuestiones de estado de familia). Doctrinalmente, este supuesto se conoce con la denominación de *cuestión de demostración necesaria*; b) haya *respuesta en expectativa* de los defensores de ausentes, de los herederos de un causante, del curador de un insano, etcétera, a quienes la ley autoriza a no negar hechos (que obviamente no pueden conocer por boca de sus defendidos) y permite que efectúen una negativa genérica sólo para provocar el contradictorio.

En ambos supuestos, la confirmación debe ser efectuada del mismo modo que si hubiera mediado negativa expresa respecto de la pretensión deducida. De tal forma, se da la denominación de *tema de confirmación* a lo que la parte que afirmó un hecho *negado* (o de *demostración necesaria*) *debe confirmar aquí y ahora* para que su pretensión quede expedita al momento de ser sentenciada por el juzgador. Sin embargo, y no obstante haber sido negados en la etapa respectiva de un proceso, hay varios tipos

de hechos respecto de los cuales se acepta uniformemente en la doctrina que son insusceptibles de ser confirmados: los *evidentes*, los *normales*, los *notorios*, los *presumidos por la ley* y los *negativos*. En otras palabras, no importa al efecto si son negados o no en la respectiva etapa procesal: tales tipos de hecho están *exentos de confirmación*, por las razones que seguidamente se verán en cada caso.

a) *Hechos evidentes.* Son los conocidos por *todos* los integrantes de una sociedad dada y que, por ende, integran el conocimiento propio del juez producido por el diario vivir como integrante de aquella. Por ejemplo, nada hay que justificar para sostener que durante el día se tiene mejor visión que por la noche, en la cual los objetos en general se ven con mayor dificultad, o que en el invierno hace más frío que el verano (por supuesto, es tema de confirmación la alegación contraria). Esta afirmación no contradice otra anterior: cuando referimos que el juez no puede hacer valer su *conocimiento personal* del hecho litigioso queda obviamente excluido todo lo que el juez puede conocer y conoce como cualquier otro hombre –y todos los hombres– por el sólo hecho de serlo[244].

b) *Hechos normales de convivencia.* En una sociedad dada, son los que conforman un nivel medio generalizado de comportamiento entre los coasociados, que permite al juez –que también lo practica y lo observa en sus propias relaciones sociales– aceptarlo como *conducta normal del grupo social.* Y es que cuando cualquier hombre observa que algo se verifica siempre de la misma manera en todos o en el mayor número de casos, aplica ese resultado de *generalidad* a todo supuesto acerca del cual deba emitir opinión, entendiendo que es altamente posible que ocurra en particular lo que siempre acaece en general. Casi todos estos hechos aparecen casi siempre como *presumidos por la ley*: la *buena fe* en las relaciones humanas, la *finalidad lucrativa* de los actos de comercio, la *capacidad* de la persona

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

adulta, etcétera. Pero en nada empece al concepto la circunstancia de que alguna ley no los presuma.

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

Hasta aquí parece clara la conceptuación[245] y la utilidad de esta clasificación fáctica, que tiene en mira el no hacer pesar sobre el incumpliente el incumplimiento de una carga confirmatoria, posibilitando así la dispensa judicial de tal inactividad. En otras palabras: si se niega un hecho y luego no se confirma por quien lo invocó, el juez puede tenerlo por confirmado so capa de que, para las partes, es *hecho notorio.* Pero el tema acerca del cual cabe reflexionar no es *si el hecho notorio lo es para las partes*, sino *si lo es para el juzgador*, quien debe tenerlo o no por *confirmado.* En efecto: ¿por qué debe saber un juez el horario de la rueda de la Bolsa de Comercio o la ubicación de un inmueble dentro del ejido municipal? Si no lo sabe y, por ello, el propio juez concurre a constatar tal horario o tal dirección, se aparta de los deberes que puede ejercitar en un sistema acusatorio, siendo ilegítimo lo que haga al respecto en razón de violar con ello su propio deber de imparcialidad. Y si no lo hace, ¿cómo lo sabe? Estas preguntas determinan que el tema referido a esta clase de hechos no sea pacífico en la doctrina. Hay quien opina –y creo que con razón– que han sido instituidos doctrinal y jurisprudencialmente en el sistema inquisitivo que nos rige como un medio para evadir y superar el límite investigativo que fija la falta de controversia acerca de la existencia de un determinado hecho. De tal forma, y por la vía de la invocación a este tipo de hecho, el juez puede hacer valer su propio saber personal respecto del

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

tema que se halla vedado para él en orden a lo debatido y confirmado en el litigio. Y esto no es jurídicamente bueno y conspira contra toda idea de imparcialidad judicial.

d) *Hechos presumidos por la ley.* Son los que la ley admite como ciertos, aceptando (presunción *juris tantum* o *relativa*) o no (presunción *jure et de jure* o *absoluta*) prueba en contrario. Por ejemplo: es *matrimonial* el hijo nacido después de la celebración del matrimonio y hasta los trescientos días posteriores a la interposición de la demanda de divorcio o nulidad del matrimonio, de la separación de hecho o de la muerte de los cónyuges (Ccc, art. 566), la *concepción de un hijo* se produce entre los trescientos y los ciento ochenta días anteriores al nacimiento (Ccc, art. 20), la convivencia de la madre durante la época de la concepción hace presumir el vínculo filial a favor de su conviviente, excepto oposición fundada (Ccc, art. 585), etcétera.

e) *Hechos negativos.* Son los que importan la alegación de una omisión o de una calidad o cualidad negativas. Por ejemplo, la afirmación de que una letra de cambio no fue presentada al cobro por su tenedor (afirmación de *omisión*), o la afirmación de que alguien no es integrante de una asociación cualquiera (negación de *calidad*), o la afirmación de que alguien no es buena persona (negación de *cualidad*). Como fácilmente puede ser comprendido, el hecho negativo no admite un medio de confirmación *directo* –no puede ser percibido lo que no existe– sino sólo *indirecto*, mediante la confirmación de un hecho positivo que descarte lógicamente al negativo (insisto: no se puede probar el ser soltero, pero sí que se es casado, con lo cual se descarta la soltería). Todos estos supuestos, aunque afirmados y negados en la controversia, quedan –y siempre deben quedar– exentos de toda confirmación procesal directa por parte de quien los afirmó como sustento de su pretensión. No obstante, pueden ser confirmados indirectamente a través de la acreditación de la existencia de *hechos positivos* que necesariamente los excluyen, cuya carga confirmatoria puede variar en cada caso y que generalmente pesa o debe pesar sobre la parte que lo invocó (no sobre la que lo negó). Por ejemplo, nada puede confirmar el marido que impugna una filiación matrimonial

afirmando no haber tenido cohabitación con su mujer durante el tiempo que la ley presume que se operó la concepción (hecho negativo), cosa que sí es sencillo para la mujer ya que para ella es un *hecho positivo.*

Igualmente, nada debe confirmar quien afirma que no le fue presentada al cobro una letra de cambio porque le resulta materialmente imposible hacerlo[246]. En cambio, bien puede acreditar tal circunstancia el tenedor, con sólo presentar testigos al efecto.

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

Es importante detenerse en la formulación del concepto de *fuente*, toda vez que la cabal comprensión del fenómeno permitirá al estudioso distinguir entre *medio* y *fuente* de confirmación. Una simple reflexión acerca del tema posibilita distinguir lógicamente entre la *persona que declara* (*fuente* del conocimiento que permite llegar a la comprensión del hecho) y la *declaración que la misma persona hace ante un juzgador* acerca de ese hecho (*medio* por el cual se confirma). Esta diferenciación logra que el intérprete pueda ver distintas condiciones o requisitos en ambas ideas: en tanto que, por ejemplo, el *testigo* –como *fuente*– debe tener un mínimo de capacidad (edad, discernimiento, etcétera), de comprensión

246 Esto ha sido denominado desde antaño en la doctrina como *prueba diabólica.* No obstante ello, hay leyes que ignoran el problema y que, por ende, generan una carga confirmatoria que no puede ser cumplida en los hechos, con las consecuencias que de ello se derivan. Adviértase la entidad del problema señalado: si yo afirmo que *no soy deudor* o que *el deudor no me pagó* o que *no cometí el delito que se me imputa*, por ejemplo, no puedo confirmarlo de manera alguna pues es imposible percibir directamente lo que no existe. Y cuando las leyes generan una carga confirmatoria de este tipo, resulta claro que es de *cumplimiento imposible.*

En esta línea legislativa está, por ejemplo, el Decreto Ley 5965/63 que, al establecer la posibilidad de que una letra de cambio se emita con la *cláusula sin protesto*, añade en su a.: "...Esta cláusula no libera al portador de la obligación de presentar la letra de cambio en los términos prescritos ni de dar los avisos correspondientes. *La prueba de la inobservancia de los términos incumbe a quien lo invoca en contra del portador*".

¿ Cómo puede hacerlo? ¿Y si el documento es pagadero a la vista? ¿Y si, además, debe ser pagado en el domicilio del acreedor, cosa que es corriente en la operatoria bancaria actual?

inteligente y de conocimiento del hecho (de lo contrario, no sería *fuente*), su declaración debe exhibir una clara ajenidad respecto del litigio y ajustarse estrictamente al deber de decir la verdad...

Así las cosas, la confirmación de un hecho cualquiera debe ser buscada por el interesado en las siguientes posibles fuentes: a) las *personas físicas* que lo conozcan y puedan declarar acerca de su existencia en el plano de la realidad social. Tales personas son las *propias partes litigantes* y los *terceros ajenos a ellas* y, por ende, no interesados en el resultado final del litigio. Sus declaraciones son aportadas al proceso por diferentes *medios*, que luego se explicarán y que se distinguen según que la declaración la efectúe la propia *parte litigante* (*confesión*) o un *tercero* que, a su turno, puede ser simple conocedor de hechos (*testimonio*) o capacitado para emitir una opinión fundada acerca de alguna ciencia, técnica, industria, arte, etcétera (*peritaje*); b) las *personas jurídicas* (que, obviamente, no pueden *declarar*), respecto de las constancias que se hallan registradas en los libros que la ley les ordena llevar en debidas condiciones. La aportación confirmatoria se hace por el medio conocido como *expedición de informes* que, al igual que los anteriormente citados, explicaremos más adelante; c) los *documentos* en los cuales las partes han dejado plasmado un hecho al cual han asignado relevancia jurídica para lograr la eventualidad de acreditar su existencia en el futuro. La aportación confirmatoria se efectúa por el medio conocido como *documental* (o instrumental), no importando por ahora si el respectivo documento pertenece o está en poder de las partes o de terceros. Tampoco importa mucho para cierta doctrina que tales documentos sean instrumentos públicos o privados, anotaciones escritas no firmadas, fotografías o cualquier tipo de registración similar, facsímiles, mojones, etcétera: a todos les otorga el mismo tratamiento y, así, las leyes, resultan final y ferozmente confusas para el intérprete; d) los *lugares, cosas o personas* que pueden ser captados por los sentidos del juzgador para producirle convicción acerca de algún hecho referente a ellos. La respectiva aportación confirmatoria es el *reconocimiento* que el propio juzgador debe hacer de tales personas, cosas o lugares por la vía

del medio conocido como *inspección ocular*. Ya veremos todo ello desde otra óptica...

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

Si al momento de sentenciar, el juez ignora a quién debe dar la razón cuando se encuentra con versiones antagónicas entre sí y que han sido esgrimidas acerca de un mismo hecho por ambas partes en litigio, es menester proporcionarle legalmente reglas claras a las cuales deba sujetarse en el supuesto de no lograr convicción acerca de la primacía de una de las versiones por sobre la otra. Pues bien: el problema de determinar a quién le incumbe aportar al proceso la confirmación de los hechos afirmados por una de las partes y negados por la otra (se reitera que esos son los *hechos controvertidos*) es tan antiguo como el derecho mismo y ha preocupado por igual a la doctrina y a la jurisprudencia de todos los tiempos.

Parece ser que en los juzgamientos efectuados en los primeros períodos del desenvolvimiento del derecho romano, el pretor o el magistrado –luego de conocer cuáles eran los hechos susceptibles de ser confirmados– convocaba a las partes litigantes a una audiencia para establecer allí a quién le incumbía hacerlo sobre la exclusiva base de *la mejor posibilidad de confirmar* cada uno de los hechos controvertidos. De aquí en más pesaba en el propio interés particular de cada litigante el confirmar el hecho atribuido por el magistrado, so pena de tenerlo por inexistente al momento de sentenciar. Llegada la oportunidad de resolver el litigio, si el magistrado encontraba que carecía de *hechos* (en rigor de verdad, de confirmación –o prueba– acerca de esos hechos) o de *norma* que pudiera aplicar clara y directamente al caso, pronunciaba una frase que terminaba el proceso dejando subsistente el conflicto que lo había originado. A este efecto, decía *non liquet* –no lo veo claro– y, por ello, se abstenía de emitir sentencia (si bien se piensa, ese *no juzgamiento* es lo que se conoce doctrinalmente con el nombre de *sobreseimiento*). Pero en algún momento de la historia fue menester cambiar la pauta relativa a la *mejor posibilidad o facilidad de confirmar*, pues ella estaba –está– confor-

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

A mediados del siglo XIX, el codificador argentino advirtió el grave problema que entraña la posibilidad de emitir un pronunciamiento *non liquet* y decidió terminar con ella. Y así, el hoy derogado Cc de Vélez estableció que "*Los jueces no pueden dejar de juzgar bajo el pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de las leyes*" (art. 15). No obstante tal disposición, el problema se mantuvo idéntico hasta hoy, pues la norma transcrita resolvió qué hacer en caso de *carencia de norma*, pero dejó irresuelto el supuesto de *carencia de hechos* o, mejor aún, de *carencia de prueba acerca de esos hechos*. Y ello porque la regla que establece que *el que afirma, prueba*, resultó incompleta por su excesiva latitud. Otro tanto ocurre respecto del llamado *hecho negativo*.

Ya que, según se ve, el problema no fue resuelto por el codificador, la doctrina procesalista ha debido encarar el tema y buscar su solución a base de pautas concretas y de pura objetividad. Para ello se han sustentado diversas teorías, defendidas y criticadas con ahínco por los estudiosos que se han ocupado del tema. Y entre ellas, la que ha cuajado legislativamente en la mayoría de las legislaciones procedimentales es la que atribuye la carga a *cada una de las partes respecto de los presupuestos de hecho de la norma jurídica que le es favorable* (*teoría normativa* de la carga de la prueba). En rigor de verdad, si se comprende sistémicamente su significado y no se la deforma para forzar su aplicación, la norma que consagra esta teoría es más que suficiente para que todo el mundo sepa a qué atenerse. De ahí

que esta idea haya sido generadora de varias reglas que cubren todos los supuestos fácticos susceptibles de ser esgrimidos en un proceso, dejando con ello erradicada la posibilidad de emitir un pronunciamiento *non liquet.*

Tales reglas indican que debe tenerse en cuenta el tipo de *hecho* que se afirma como sustento del encuadre o implicación jurídica que esgrime el pretendiente en su demanda o quien se defiende en oportunidad de deducir excepciones. Debe quedar claro ahora que se entiende por *hecho* la *acción y efecto de hacer algo* o, mejor aún, *todo acontecimiento* o *suceso susceptible de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de un derecho u obligación.* Así concebido, un hecho puede ser producido por la *naturaleza* (granizo, inundación) o por el *hombre* (contrato, daño). Reiterando: a los efectos de esta explicación, el *hecho* puede ser: a) *generador del derecho o de la responsabilidad* que se afirma en la demanda como fundante de una pretensión cualquiera, y b) *eximente de responsabilidad* o *demostrativo de la inexistencia del derecho* pretendido, que se afirma como fundamento fáctico de una excepción cualquiera.

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

a) Hecho *constitutivo.* Es el que sostiene todo pretendiente al imputar responsabilidad o demandar la declaración de un derecho con basamento en ese específico hecho, del que afirma que emerge el efecto pretendido. Por ejemplo, se sostiene en la demanda la existencia de un préstamo de dinero que no ha sido devuelto, o la comisión de un ilícito civil generador de responsabilidad aquiliana o, en términos similares, que ha transcurrido el plazo necesario para que la posesión pueda derivar en derecho de propiedad o para declarar la prescripción liberatoria, etcétera. Caso de *ser negado* el hecho constitutivo, debe ser confirmado por el propio pretendiente y nada debe hacer al respecto el demandado que simplemente lo ha negado. Si la confirmación es convincente para el juez,

ganará el pleito el actor. Caso contrario, lo perderá sin que el demandado haya realizado tarea alguna al respecto.

b) Hecho *extintivo.* Es el que afirma todo resistente para liberarse de la responsabilidad imputada o evitar la declaración del derecho pretendido a base del hecho constitutivo, pues implica por sí mismo la inexistencia de tal responsabilidad o derecho. Por ejemplo, el demandado sostiene al oponer excepciones en la etapa de negación que ha pagado la obligación cuyo cumplimiento le reclama el actor o que la posesión alegada fue interrumpida, etcétera. Caso de *ser alegado* este tipo de hecho, debe ser acreditado exclusivamente por el propio excepcionante, con lo cual se releva de toda carga confirmatoria al actor respecto del hecho constitutivo alegado por él.

En otras palabras: si el excepcionante afirma haber pagado el mutuo alegado por el actor, debe confirmar dicho pago. Y, nótese bien, en este caso nada debe confirmar el actor en cuanto al hecho constitutivo por él alegado, toda vez que no se justifica lógicamente la afirmación de un pago sin reconocer implícitamente la existencia del préstamo que tal pago extinguió. Así, toda la tarea confirmatoria pesará en el caso sobre el excepcionante, quien ganará el pleito en el supuesto de lograr la respectiva confirmación y lo perderá en el caso contrario (y, así, ganará el actor aunque nada haya hecho en el campo confirmatorio). Como se ve y se ratificará luego, en el juego de posibles confirmaciones se trabaja siempre sólo sobre el último hecho afirmado en la cadena de *constitución*, *extinción*, *invalidación* y *convalidación* antes referida.

c) Hecho *invalidativo.* Es el que afirma todo aquél contra quien se ha opuesto un hecho constitutivo o un hecho extintivo del hecho constitutivo alegado para fundar la respectiva pretensión. Por ejemplo, si Pedro sostiene que contrató un mutuo con Juan, afirmando que éste recibió el dinero y que no lo devolvió oportunamente (*hecho constitutivo*) y, a su turno, Juan afirma que pagó a Pedro tal dinero (*hecho extintivo*), el mismo Pedro puede alegar ahora que el pago se hizo indebidamente a un tercero (*hecho invalidativo*) y que, por ende, no lo recibió; por tanto,

como quien paga mal debe pagar dos veces, espera ahora la condigna condena a su favor.

Este tipo de hecho debe ser confirmado por quien lo alega. Caso de no hacerlo (y sólo este hecho, ya que el constitutivo se encuentra exento de confirmación –pues es lógico presumir que quien pagó es porque debía– y que el hecho extintivo también está exento de confirmación –ya que si se afirma que el pago es inválido es porque se reconoce el hecho de haber sido realizado–), ganará el pleito el que alegó el último hecho implícitamente aceptado: el del pago, al que se tendrá como existente.

d) Hecho *convalidativo.* Es el que afirma todo aquel contra quien se ha opuesto un hecho invalidativo de un hecho extintivo de un hecho constitutivo. Por ejemplo, si en el caso recién relatado, Juan reconoce haber pagado a un tercero y afirma que, a la postre, éste entregó el dinero al propio Pedro –con lo cual recibió finalmente su acreencia–, parece claro que la invalidez del pago ha quedado convalidada. De modo similar al expresado antes, aquí Juan habrá de confirmar sólo el hecho convalidativo, quedando todos los demás fuera de la tarea confirmatoria. Y resultará con ello que ganará el pleito si logra hacerlo y lo perderá en caso contrario.

e) Hecho *impeditivo.* Es el que afirma una parte sosteniendo la ausencia en el hecho constitutivo o en el hecho extintivo de alguno de los requisitos generales que son comunes a todas las relaciones jurídicas (por ejemplo, la capacidad de las partes, la libertad con la cual fue expresado el consentimiento –cuando éste es necesario–, la existencia de vicios del consentimiento, la ilicitud de la causa obligacional, etcétera). Similarmente, es el que refiere a la ineficacia del *proceso como medio* para debatir en él la pretensión (por ejemplo, se afirma que el juez actuante es incompetente, que el actor carece de personalidad, que la demanda es oscura, etcétera). La carga de confirmar este tipo de hecho pesa exclusivamente sobre la parte que lo invocó.

* * *

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

blecer desde la propia ley un claro criterio objetivo que indica al juez qué hacer cuando no hay elementos suficientes confirmatorios productores de convicción. En efecto: si al momento de sentenciar, un juez se encuentra con un caso en el que hay varias declaraciones testimoniales acordes entre sí, un buen peritaje que responde adecuadamente al interrogatorio formulado al efecto y varios documentos que acreditan los hechos litigiosos, el juez falla según la interpretación que haga de la suma de tales medios y, por supuesto, no se pregunta a quién le incumbía la carga de confirmar. No le hace falta hacer esa indagación. En cambio, si el juez carece de elementos confirmatorios suficientes para que pueda formar su convicción en uno u otro sentido, como no puede ordenar por sí mismo la producción de medio alguno de confirmación (v. *supra*, # 2.2.) y como tampoco puede hacer valer su conocimiento personal del asunto a fallar, recién ahí se interroga acerca de quién debía confirmar determinado hecho y no lo hizo. Y la respuesta a ese interrogante sella definitivamente la suerte del litigio: *quien debió confirmar su afirmación y no lo hizo*, pierde el pleito aunque su contraparte no haya hecho nada al respecto. Así de fácil. Comprenderá ahora el lector la enorme importancia del tema en estudio: se trata, simplemente, de facilitar la labor del juez al momento de fallar, otorgándole herramientas que le imposibiliten tanto el pronunciamiento *non liquet* como su propia actuación confirmatoria, involucrándose con ello personalmente en el resultado del juicio.

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

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

Con posterioridad, conocida doctrina americana comenzó a insistir en la necesidad de lograr la vigencia en el proceso de una adecuada y justa ética de la solidaridad entre ambos contendientes, exigiendo para ello la plena y total *colaboración de una parte con la otra* en todo lo que fuere menester para lograr la producción eficiente de un medio cualquiera de confirmación. A nuestro juicio, esta doctrina es exótica y divorciada de la realidad de la vida tribunalicia, por lo que merece ser sepultada en el olvido. Sin embargo, actualmente tal doctrina ha ido mucho más lejos respecto de la vigencia de la carga de confirmar. Y es que, so pretexto de que la justicia debe merecer un tratamiento más ágil y eficiente en esta época que ha dado en llamarse *posmodernista*, algunos jueces con alma de pretores desean volver raudamente a las incertidumbres del pasado. En esta tesitura, sin sentirse vinculados a un orden jurídico previo, creen que pueden cambiar las reglas procedimentales según sus propias opiniones —haciéndose eco de otros sistemas jurídicos no vigentes en nuestros países y con olvido del claro mandato constitucional que establece la inviolabilidad de la defensa en juicio—. Y así, han decidido dejar de lado

las reglas normativas de la incumbencia confirmatoria recién explicadas, variándolas en cada caso concreto por la mera aplicación caprichosa de las antiguas reglas subjetivas de la *facilidad* o de la mejor *posibilidad de "probar"*.

Con estos alcances es que se habla hoy de las *cargas dinámicas probatorias* que, más allá de las buenas intenciones que animan a sus sostenedores, no podemos compartir en tanto repugnan al texto expreso de la ley y, con ello, se acercan peligrosamente al prevaricato. Para que se entienda adecuadamente la seriedad de la crítica, cabe recordar que hay códigos en América Latina que nada establecen en cuanto al tema en trato. En los lugares donde ello ocurre (por ejemplo, en SFE), es la sola doctrina la que se encarga de explicitar a quién incumbe la tarea de efectuar la confirmación procesal. Por tanto, si un juez sostiene algo diferente, no viola el texto expreso de la ley y puede imponer la incumbencia confirmatoria que se le ocurra. Y así, con indudable actitud justiciera, alguna jurisprudencia comenzó a sostener, *en el momento mismo de sentenciar un recurso de apelación* –es decir, después de que el proceso terminó–, que *si bien no fue adecuadamente confirmado por el actor el hecho constitutivo de la imputada responsabilidad aquiliana, ello carecía de importancia en la especie pues la respectiva carga* (cabría preguntar ¿de qué?) *correspondía a la contraparte y, por tanto, al nada haber acreditado ésta, debía acogerse sin más la pretensión demandada* (¡!). En otras palabras: quien así sentenció el pleito *varió a su voluntad las reglas del juego a las cuales se ajustaron los contrincantes durante todo el proceso.* ¡*Sólo que lo hizo* después de *que el juego terminó*! Y esto parece de ilegitimidad manifiesta por más que pueda ser justa la solución dada al caso.

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

Resulta ya claro que la tesis jurisprudencial que acepta sin más la vigencia de las *cargas dinámicas probatorias* no puede coexistir con la norma legal pre transcrita. En definitiva: la ley –y sólo la ley, nunca la jurisprudencia– es la que regula y debe regular todo lo referente a la incumbencia confirmatoria a fin de dar total y objetiva seguridad a la actividad que los jueces cumplen al sentenciar, evitando así que ellos puedan alterar las reglas del *onus probandi* a discreción y una vez que el pleito ha finalizado.

Insistiendo en la idea: la teoría que aquí se critica y que constitucionalmente luce trasnochada, no nace porque sí o de la nada, sino de la circunstancia de advertir su autor que hay un problema mal resuelto, ya que es cierto que existen situaciones en las que la confirmación del hecho resulta muy difícil o virtualmente inaccesible (realmente *diabólica* es la meneada prueba de lo que acontece en un quirófano en los pleitos de responsabilidad médica). Cosa similar sucede en ámbitos en los que el legislador sustantivo quiere consagrar un criterio de justicia especial (v. gr., derecho del trabajo, casos de niñez, derecho del consumidor). Es lícito preguntarse, entonces, qué parte será, en definitiva, la que corra el riesgo de la *no prueba* conforme a un ordenamiento jurídico determinado y, de tal suerte, establecer presunciones e inversiones de la carga de la prueba conforme a la política pública del momento. Lo que no resulta admisible –una vez más, y si queremos ser respetuosos de las *reglas del juego* del debido proceso– es que esa definición pase por el juez, caso por caso, y no por el legislador sustantivo, a partir de una regla general aplicable a todos los supuestos análogos y conocida de antemano.

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

3.5. Los medios para confirmar (cómo se confirma)

Habitualmente, en los códigos y leyes procesales se menciona como *medios de prueba* a los conocidos desde antiguo como: *documentos* (o prueba *documental*), *confesión* (o prueba *confesional* o de *declaración de parte*), *testimonio* (o prueba *testimonial*), *pericia* (*rectius est*: peritaje) (o prueba *pericial*), *informes* (o prueba *informativa*), *presunciones* (o prueba *presuncional* o *indiciaria*) y *reconocimiento* (o prueba de *inspección ocular*). Todo ello es explicado actualmente desde novedosa óptica que sistematiza adecuadamente dichos conceptos, luego de advertir que el juez, para tomar contacto con los medios de confirmación que le presentan las partes, tiene que: *ver* (en rigor, *mirar*) experimentos, análisis, documentos, registros, informes, etcétera, y, también, personas, lugares y cosas; *oír* (en rigor, *escuchar*) declaraciones de partes y de terceros, y *razonar* y *deducir* o *inferir* hechos desconocidos a partir de hechos conocidos para poder *presumir*.

Pero, además, no todo lo que ve, oye y razona el juez tiene o puede tener objetivamente la misma entidad confirmatoria. Por eso es que, con el declarado propósito de intentar que el lector comprenda cómo funciona un *verdadero sistema procesal* con pautas directrices de absoluta objetividad que hagan *previsible* (máxima seguridad para las partes) el eventual resultado del litigio, dicha doctrina explica la *confirmación procesal* enumerando sus distintos posibles *medios* que, en general y enunciados conforme al grado de eficacia confirmatoria que ostentan, se denominan: a) de *comprobación* (producen *certeza*); b) de *acreditación* (producen *verosimilitud*); c) de *mostración* (producen *percepción*), y d) de *convicción* (producen *probabilidad*).

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

3.5.1. Los medios de confirmación en general

3.5.1.1. La comprobación (o prueba propiamente dicha)

Castizamente, *comprobación* es *lo que se hace para revisar* o *confirmar un hecho* o *dato* o *una teoría, aplicándola en experimentos* o *casos concretos.* En este sentido, *toda* comprobación implica *experimentación*, *ensayo* o *verificación* para lograr la obtención de un resultado que, cuando es de carácter científico y el estado actual de la respectiva ciencia lo permite, debe ser idéntico para *toda* persona, en *todo* tiempo y en *todo* lugar. Por ejemplo, la comprobación de que una suma cualquiera es correcta se logra por medio de la resta; del mismo modo, se verifica el resultado de una división por medio de la multiplicación. Y esto puede hacerlo acá o allá, ayer, hoy y mañana, cualquier persona que conozca las cuatro operaciones aritméticas.

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

En el proceso, la *comprobación* sólo se logra por medio del trabajo (insisto: ensayo, experimentación, análisis, etcétera) *estrictamente científico* o *técnico* que hace un tercero ajeno al pleito respecto de un tema litigioso que es susceptible de ser comprobado indubitablemente por la ciencia que es base de su conocimiento o especialidad. Así concebido, es obvio que configura un medio sumamente restringido que se presenta procesalmente de modo exclusivo en lo que se conoce con el nombre de *peritaje.* Pero no en todo y cualquier peritaje, sino sólo y exclusivamente en el *científico.* No en el "peritaje" de *opinión* o en algunos "peritajes" *técnicos*, por ejemplo, que apenas constituyen un medio de *convicción* del que me ocuparé luego.

El *peritaje científico* –el que realmente *comprueba* algo– es tal porque, conforme al estado de la ciencia en un momento histórico dado, existe en toda persona, tiempo y lugar la certeza de la verificabilidad de las reglas empleadas para hacer la verificación. Y es que este medio tiene la particularidad (no ocurre igual con la *mostración*, como luego se verá) de ofrecer dos objetos diferentes de conocimiento: el del *hecho a comprobar* y el del *hecho de efectuar la comprobación.* De ahí que es obvio que ambos tipos de *peritajes* –el *científico* y todos los demás que no lo son– se presenten siempre como claramente diferentes, aunque las leyes les asignen idéntico grado de importancia. Sin embargo, la doctrina generalizada –que tanto ha laborado sobre estos conceptos– no ha hecho aún la distinción que en forma clara y lógica se advierte entre ellas. A no dudar, ésta ha sido la causa del papel absolutamente secundario que el legislador de todos los tiempos ha otorgado a la "*prueba pericial*" en el contexto de la totalidad de los códigos vigentes.

No obstante ello, parece claro para el pensamiento lógico que el juez no debe apartarse jamás del resultado de un verdadero peritaje científico que, por sus mismos fundamentos, lo vincula a una realidad que no le es dado ignorar. O, acaso, ¿puede el juez desconocer un dictamen que afirma la existencia de la ley de gravedad so pretexto de que no lo convence o de que él opina lo contrario? Por eso es que éste es un auténtico medio de *prueba*, en el sentido dado al vocablo al comienzo de esta obra; y por eso también la aclaración que acompaña al título de ella: "*o prueba propiamente dicha*". Es más: la comprobación es el medio confirmatorio que se erige por sí mismo en el más importante de cualquier sistema procesal.

3.5.1.2. La acreditación

El vocablo *acreditación* es un neologismo que implica la sustantivación del verbo *acreditar* (*hacer digno de crédito, probar la certeza de alguna proposición* y, referido a algo con determinada apariencia, *asegurar que es lo que parece*).

Esta vinculación significativa de la *acreditación* con la *creencia* no es aceptada por algunos importantes autores, quienes encuentran en ella una fuente de confusión en cuanto también hay *creencia* en la *convicción*. Sin embargo, en tren de explicar el tema con el mejor sentido docente, preferimos mostrar el medio confirmatorio de *acreditación* teniendo en vista una actitud judicial de absoluta *creencia* en la legitimidad o certeza impuesta por la ley respecto de ciertas cosas –a menos que se confirme por el interesado su inexistencia, invalidez o ineptitud confirmatoria– y en la aceptación generalizada que en toda sociedad tienen ciertos lenguajes simbólicos.

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

Todo lo que continuaremos explicando en este tópico se halla legislado habitualmente bajo el rótulo de *documentos* o de *prueba documental*. En esta denominación quedan comprendidos, así, los *instrumentos públicos* y los *documentos privados*, auténticos e inauténticos, pertenecientes a las partes procesales o a terceros. Si bien se mira, todos los *documentos* mencionados muestran el común denominador de ser *escritos*, pero no todos, sino sólo algunos de ellos ostentan el importante valor que otorga el legislador a su continente o a su contenido al establecer que el juez debe aceptarlos –en principio– como ciertos y confiables, lo que presenta obvio problema de interpretación sistemática al juzgador. Pero no se detiene allí la complicación. En la actualidad –cuando los adelantos tecnológicos han superado largamente las previsiones del legislador– se engloban ahora dentro de la denominación de *documentos* a un sinnúmero de cosas, escritas y no escritas, tales como: fotografías, fotocopias, discos, dispositivos electrónicos, medios digitales, registros de electrocardiogramas, mojones, logotipos, marcas de fábricas, etcétera. De ahí que sea menester efectuar

una adecuada sistematización de *todo* lo que la doctrina comprende dentro de la voz *prueba documental*, no sólo para hacer asequible el tema, sino, fundamentalmente, para facilitar la tarea judicial de evaluar medios de confirmación al momento de sentenciar.

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

3.5.1.2.1. El instrumento

Es el medio de acreditación mediante el cual se plasman por escrito y en forma original e indubitable las conductas constitutivas de relaciones jurídicas o de las que se vinculan con ellas. La idea de instrumento está estrechamente ligada a la de *fe pública* y, por ende, a lo que es *fehaciente*, que comprende la *dación de fe*, la *certificación* y la *autenticación.* Por ello, ejemplos de instrumentos son las *escrituras públicas*, los *protocolos* (notariales y judiciales), los *expedientes* y las *actas judiciales*, la *correspondencia oficial*, los *asientos en libros* de los corredores, los *libros de registración de movimientos* administrativos o judiciales, las *acciones* de las compañías autorizadas para su emisión, los *billetes*, *libretas* y toda *cédula* emitida por los bancos, etcétera. Como se ve, el instrumento –por definición– es *siempre auténtico*, cualidad que, en la terminología tradicional, la tiene sólo el *documento público* y algunas veces, cumpliendo ciertos requisitos, también el *documento privado* (hoy en día, en especial, el documento con firma digital, en el sentido estricto de Ln 25506, art. 2).

3.5.1.2.2. El documento

Es el medio de acreditación mediante el cual *se representa por escrito* la materialización de un pensamiento o la descripción de circunstancias de las que alguien cree conveniente dejar memoria. En ambos casos, la escritura puede ser hecha con signos corrientes o convencionales. Ejemplos de documentos son todas las representaciones escritas que contienen declaración de voluntad y que no constan en instrumentos (*testamento*

ológrafo, facturas, recibos, presupuestos, promesas de pago, reconocimientos de derechos, etcétera) y las *cartas privadas*, los *libros de comercio* que no son llevados conforme con la ley, etcétera. En todos estos casos, la declaración de voluntad puede obrar en formato papel o en soporte digital. Así concebido, el documento es siempre *privado* e *inauténtico* y, por ende, *no creíble*. Sin embargo, la credibilidad se logra con su *reconocimiento por la persona contra quien se opone*.

3.5.1.2.3. El monumento

Es el medio de acreditación por el cual se representa la materialización de un pensamiento *mediante formas* o *figuras* a las cuales la ley o la costumbre les asigna un preciso significado. Adviértase la diferencia con el instrumento y el documento: en tanto éstos siempre son escritos, el monumento puede no serlo y, generalmente, no lo es. El mundo real –más allá del jurídico– muestra enorme número de monumentos con preciso significado para el común de los hombres: *alambrados, bordes, cercos, demarcaciones, **límites de bosques**, mojones, señales, surcos y zanjas; bosquejos, diagramas, dibujos, signos, precintos y tarjas; logotipos, marcas de fábrica y marcas y señales de ganado; **árboles genealógicos**, señales de tránsito*, etcétera. Parece obvio sostener que tan importante número de cosas para el desenvolvimiento de las relaciones humanas, no puede quedar aprisionado dentro de la denominación tradicional del vocablo *documento* que utiliza habitualmente la ley. Baste un solo dato para demostrar el aserto: el documento exige esencialmente la signatura del otorgante (¡menudo problema crearon doctrinalmente –en su momento– el télex, el fax y el e-mail!).

Hoy se considera *firma electrónica* cualquier vinculación con una persona, sin perjuicio de que después pueda desconocer su contenido o su autoría o su integridad, como por lo demás ocurre con la firma ológrafa. Por ejemplo, si alguien ingresa a una plataforma virtual con usuario y clave y envía una orden de compra a Amazon, eso está –en términos jurídicos– *firmado*. Concretamente, todo e-mail hoy se considera *firmado*

por el titular de la dirección de e-mail, que accede a él con su dirección y clave...

3.5.1.2.4. El registro

Es el medio de acreditación por el cual se captan técnicamente expresiones del hombre o de la naturaleza en general y las apariencias mismas de las cosas, cuya materialización se hace de forma tal que puede ser perdurable y utilizable o reproducible a voluntad. La vida actual nos muestra un sinfín de ejemplos del tema en cuestión, tanto en soportes analógicos como digitales: *copias en general*; *grabaciones y discos en general*; *electrocardiogramas*; *huellas de personas, animales y cosas*; *negativos fotográficos y fílmicos, fotografías y radiografías*; *registros de voces, de sonidos, de luminosidad, de electromagnetismo, de fotoquímica, de dactiloscopia*, etcétera.

Nada de ello es *escrito*. Por tanto, un registro no puede ostentar la categoría de instrumento ni la de documento. Y tampoco se materializa por medio de *formas o figuras*, por lo cual no puede ser monumento. Como se ve, configura una categoría diferente y propia dentro de los medios de acreditación (nadie duda de que una fotografía algo acredita...) que hasta hoy no ha sido convenientemente legislada.

3.5.1.3. La mostración

El vocablo *mostración* es otro neologismo que implica la sustantivación del verbo *mostrar* (*exponer a la vista* o *dejar ver*) y que, en términos de *confirmación procesal*, refiere a lo que el juez *ve* cuando *reconoce* o hace *inspección* (judicial) de personas, lugares y cosas. En este caso, parece claro que el juez, al reconocer o inspeccionar personalmente, realiza lo que la doctrina ha llamado *prueba directa*, pues *percibe por sí mismo* (y no por medio de otra persona, cual lo hace en el testimonio, en la confesión o en el peritaje) los hechos a confirmar. En otras palabras: como el juez se convierte así en el propio sujeto de la confirmación, parece claro que en

el resultado que se logra se confunde el *hecho a confirmar* con el *hecho confirmatorio.*

Esto ha preocupado severamente a los autores que han tratado en forma seria el tema, que hoy tiene relevancia notoria en el debate filosófico planteado entre el *solidarismo* y el *garantismo* procesal. Es que quienes defienden a toda costa la irrestricta vigencia del principio de *imparcialidad judicial* buscan implementar pautas absolutamente objetivas de procesamiento y juzgamiento de los litigios y bregan por la existencia de jueces apegados al texto de la ley preexistente (y niegan que puedan apartarse de ella permanentemente haciendo juicio acerca de su justicia intrínseca), lo que permite no sólo hacer previsible el resultado final de todo litigio, sino también tornar posible el control de las partes sobre la actuación del juzgador durante toda la etapa de procesamiento (y, en particular, durante la producción de los medios confirmatorios). Y resulta claro que es materialmente imposible ejercer ese control cuando el juez deja de ser propiamente tal para convertirse en el *sujeto de la confirmación.* Con el agregado de que, cuando ello ocurre, amén de que el juez puede ver –y aprehender– cosas diferentes de las que le muestran las partes (con lo que se convierte en buscador oficioso de hechos a confirmar que, una vez establecidos, sirven como indicios), puede también fijar los hechos a resolver sin que en tal tarea exista el menor e indispensable control de los interesados.

El problema no es baladí. Por lo contrario, sigue siendo preocupante cuando opera en un régimen acusatorio o dispositivo en el cual el juez actúa como tal y no como parte procesal. A pesar de todo, la doctrina continúa sosteniendo hasta hoy la excelencia de este medio de confirmación.

3.5.1.4. La convicción

Castizamente, el vocablo *convicción* significa *seguridad de algo que parece lógico racionalmente.* Psicológicamente, es el *fenómeno interno que se produce en la mente del juzgador que posibilita la inclinación de su áni-*

mo hacia la aceptación como probable de una afirmación ("se convence de ella") *que no es comprobable ni acreditable.* En otras palabras: se utiliza la convicción cuando hay ausencia de otros medios de mayor gradación en el campo de la confirmación. Es, por tanto, el menos importante de los todos los que he presentado hasta ahora. Y es que la *convicción* se presenta como un medio confirmatorio *puramente subjetivo* que se aparta de la *objetividad manifiesta* propia de los medios de comprobación y de acreditación. De ahí su larvada peligrosidad. No obstante eso y, además, ser extraños a los *sistemas acusatorios* que rigen en América Latina, los medios de convicción son los que más se usan en la tarea de confirmar procesalmente pues, a todo evento, permiten la reflexión indiciaria que puede generar una presunción *hominis.* Ya referiremos luego al tema. Y es que si bien el juez (especialmente, el de lo penal) no debe sentenciar sólo a base de la confesión del interesado, si está convencido de su sinceridad la tomará como un *indicio* que, al ser valorado con otros varios más en las condiciones que luego explicaremos, permitirán fundar adecuadamente su pronunciamiento.

Los medios de convicción, finalmente y reiterando conceptos ya expresados *supra*, son los que el juez puede: a) *oír* (declaración de las partes procesales –*confesión* y *juramento*– y declaración de terceros que no son partes procesales –*peritaje de opinión*, *testimonio* y *fama pública*–); b) *ver* (documentos simples comprobados por testigos) y c) *razonar* (*indicios*). Trataremos a cada uno de ellos desde una óptica general. En la parte especial de la asignatura, se verán en particular.

3.5.1.4.1. La confesión (en general)

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

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

Recuerde el lector la aparición del sistema inquisitivo en el siglo XII –como expresión de un poder espiritual actuando sistemáticamente– con ciertas órdenes mendicantes que hacían pesquisa por casi toda Europa en la búsqueda de herejes para lograr su *confesión* y el sincero arrepentimiento por el pecado cometido. Cuando ello se lograba, se lo absolvía y se perdonaban los pecados confesados, quedando así expedita su reinserción en el seno de la Iglesia. Hasta ese entonces, el tema poco interesaba al Derecho. Cuando andando el tiempo cambiaron los intereses de Roma, y el Papado se alejó de la pura espiritualidad inicial para comenzar a privilegiar los bienes materiales, con notable injerencia en los gobiernos seculares a quienes disputó el ejercicio del *poder*, aquella inocente *Inquisición* se convirtió en la *Inquisición medieval o Santa Inquisición* que, en sus inicios, tuvo a su cargo el juzgamiento de los delitos eclesiales (herejía, apostasía, sortilegio, adivinación, invocación a los demonios, cisma, sodomía, mancebía, solicitación, superstición, etcétera). Nuevamente se procuró obtener la *confesión* y el arrepentimiento pues, a la postre, se buscaba la reconciliación del pecador con la Iglesia. Sólo que ahora se lograba por medio de la *tortura*, para ayudar al alma a arrancar el pecado de su seno, y la condena por herejía se acompañaba con la orden de absoluta expropiación de los bienes del condenado.

Terminando el siglo XV, el sistema se endureció notablemente en España, donde se instaló la conocida ahora como *Inquisición española*, que tomó a su cargo el juzgamiento de los delitos seglares que se originaron para sojuzgar a judaizantes (*marranos*), musulmanes, luteranos, etcétera. Otra vez se buscó la *confesión* del imputado con el obvio fin de lograr una condena que posibilitara la expropiación de bienes. Y así, fue el medio preferido para *hallar la verdad* de una proposición cualquiera durante varios siglos... Por eso es que a nadie puede extrañar que las leyes procesales españolas comenzaran a legislar codificadamente acerca de los *medios de prueba* incorporando como tal a la confesión, que ya a la sazón

exhibía más de seiscientos años de antigüedad y eficacia en el sistema de juzgamiento por entonces practicado. Pero, además, se la privilegió frente a todos los demás *medios probatorios.* Tanto, que se la ungió como la *probatio probatissima*, de donde nace el antiguo refrán "a confesión de parte, relevo de prueba...". Y aplicando este criterio, igual en lo civil que en lo penal, los jueces de todos los tiempos fundamentaron sus sentencias sólo en el *hecho de la confesión*, si ella había sido rendida en autos.

No obstante tanta prosapia y antecedentes históricos, el Iluminismo del Siglo XVIII –con la influencia intelectual de VOLTAIRE y BECCARIA, entre otros grandes de la época– logró que la tortura y la confesión cayeran en desgracia entre los autores del derecho; y ello se plasmó elocuentemente en el movimiento constitucionalista que se expandió vertiginosamente en el Siglo XIX. A tal punto ello es cierto, que hoy –y desde finales del Siglo XX– se estudia a la confesión como un simple *medio de convicción.*

Con la imprescindible recordación de estos antecedentes, ya es hora de acotar ideas: la confesión judicial es *la declaración que hace una parte procesal en contra de su propio interés litigioso, aceptando extremos fácticos que lo perjudican de una u otra manera.* Precisamente porque la lógica histórica enseña que si ello ocurre se debe a que el confesante –actuando de buena fe, cual lo haría en la confesión religiosa– acepta como exacta una verdad que alguien quiere imponerle, resulta obvio que lo confesado debe coincidir con esa verdad... Sin embargo, la vida muestra ejemplos en los cuales esa coincidencia no se presenta. Muchas veces –en rigor, más de las que podemos imaginar– un padre confiesa haber cometido el delito imputado a un hijo. Si bien se mira, ¡se trata de noble actitud fundada en el amor filial! Pero que, a la postre, proclama que lo confesado *puede no coincidir con la realidad...* El problema no se detiene allí: la historia reciente muestra que en la época dorada de la mafia conocida como *cosa nostra*, había personas que –por dinero– confesaban haber cometido los delitos imputados al *capo mafiosi.* Y esto no se presenta como hecho noble y amoroso, sino como vil negocio.

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

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

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

Pero nos quejamos mal. Parece obvio que *si nadie está obligado a declarar en contra de sí mismo* y, en esta tónica, el *imputado penal puede abstenerse de declarar* sin que sufra efectos contrarios a su propio interés, es *absurdo y contrario al orden constitucional que se pueda exigir judicialmente que el demandado civil declare en contra de sí mismo* y se le apliquen

gravísimas consecuencias en caso de inasistencia a la respectiva audiencia o de silencio ante las posiciones o preguntas que se le formulan. Y esto es así en todos los códigos del continente que siguen la impronta del derecho español en la materia penal. No ocurre lo mismo en los países que responden al sistema del *common law*. En ellos, nadie puede exigir en proceso penal la prueba de *absolución de posiciones* (provocación de la confesión) a su oponente. Por el contrario, cada parte es libre de decidir si ha de declarar o no en el proceso. Nótese bien que, en tales condiciones, si la parte declara es porque espontáneamente así lo quiere. Insisto: nadie puede generar en su contra la carga de hacerlo. Y por ello, *debe decir la verdad*, en serio y bajo juramento, pues a la postre se trata de un testimonio en causa propia. Obviamente, aquí la mentira se castiga con la pena del falso testimonio. De ahí entonces que no debemos quejarnos de la mentira, sino de comprender y aceptar que la ley admite –inconstitucionalmente– que pueda ser provocada una confesión convocando el juez a la parte procesal a una audiencia donde se le pide que declare en su contra, reconociendo hechos que le son adversos. **¿No habrá llegado ya la hora de terminar definitivamente con tanta incongruencia y adecuar por fin la ley procesal al texto de la Constitución?**

3.5.1.4.2. El juramento

Es éste un medio de confirmación que, no obstante su glorioso pasado, se encuentra actualmente en desuso; a tal punto, que muchos códigos no lo aceptan como medio de confirmación. Sin embargo, sí lo hace la normativa de fondo, razón por la cual debemos dedicarle aquí una explicación. Se entiende castizamente por *juramento* la *afirmación o negación de alguna cosa poniendo por testigo a Dios en sí mismo o en una de sus criaturas.* Recurrentemente, la *Ley de Partidas* lo definió como "*el averiguamiento que se hace nombrando a Dios o a alguna otra cosa santa sobre lo que alguno afirma o niega que es así*". Del mismo modo, la doctrina lo consideró como la *invocación tácita o expresa del nombre de Dios –como verdad primera e infalible– poniéndolo por testigo de la certeza de lo que se declara.* Y así presentado, el juramento es el más fuerte vínculo con el

que puede ligarse un hombre creyente para decir la verdad pues, de no cumplirlo, pone en riesgo la gloria y paz de su vida eterna.

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

A los efectos confirmatorios y apuntando a la decisión de un litigio, el juramento se clasificó en: a) *juramento decisorio del pleito*: es el que un actor defiere a su demandada, obligándose a pasar por lo que ésta jure, a fin de terminar así sus diferencias. Y se llama así por cuanto la parte que lo defiere consiente que su adversario sea el juez final de la causa y se aviene a cumplir lo que él afirme o declare; b) *juramento estimatorio* o *decisorio en el pleito*: es el que, por falta de otra prueba, exige el juez al actor sobre el valor o estimación de la cosa que demanda, para determinar la cantidad en que ha de condenar al demandado; c) *juramento supletorio* o *necesario*: es el que el juez manda oficiosamente hacer a cualquiera de las partes para completar una prueba que no le satisface en su resultado.

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

3.5.1.4.3. El peritaje de opinión (en general)

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

Ya se ha visto antes que el medio de confirmación denominado *comprobación* es conocido habitualmente en las leyes con el nombre de

prueba pericial, informe de peritos o prueba de experticia, la que no siempre ostenta en la realidad ese carácter absoluto que le otorga a su resultado el conocimiento científico actual. Antes bien, sostuvimos que, al lado de esta *pericia que realmente prueba*, hay otras que sólo *reflejan una opinión de alguien que está o se presume que está calificado para darla.*

Explicamos también que en el primer supuesto –comprobación– el perito efectúa experimentos propios de su conocimiento sobre un tema técnico cuyo resultado produce un incontrovertible resultado *científico* que es y será siempre el mismo, no importando al efecto quién, cuándo o dónde se haga, si se respetan en todos los casos los parámetros brindados por la ciencia para su realización. Aclaramos ahora que hay otras –también llamadas equívocamente– *pericias* (de verdad, *peritajes*), en las cuales el *perito* no actúa en calidad de tal, sino como una suerte de *testigo calificado* en razón de sus conocimientos (acerca de los cuales es interrogado judicialmente) y que produce o emite al finalizar su gestión una *simple opinión* acerca de cómo ocurrieron o hubieron de ocurrir los hechos sujetos a juzgamiento.

Claro está que, como aquí no se exige una comprobación de carácter científico, es posible –y de hecho así ocurre a diario– que varios peritos puedan llegar –y lleguen– a conclusiones diametralmente diferentes (en el muy conocido caso *Dieser*, por ejemplo, se produjeron cuatro informes periciales completamente diferentes en cuanto a la causa que produjo la muerte de la víctima). Parece, entonces, que hay *peritos* y *peritos*. De ahí que resulta importante hacer la distinción académica presentada *supra*, aunque con ella no se propicie por ahora lograr un cambio de denominaciones en las leyes. De cualquier modo, ahora se comprende que hay peritos químicos, físicos, lumínicos, contables, etcétera, que actúan *comprobando*, y peritos médicos, mecánicos, armeros, fotógrafos, tasadores, etcétera, que actúan *opinando*. Insistimos con este último ejemplo: ¿puede haber algo más disímil que la opinión de varios tasadores respecto del valor real y actual de una fracción de campo que sirve en parte para agricultura y en parte para ganadería? ¿Cuáles son *las pautas objetivas* que se hacen valer en el caso? ¿Los precios obtenidos en operaciones recientes de

venta de fracciones linderas? ¿Y si se fraguaron precisamente para amañar el resultado del peritaje?

La importancia del tema se advierte cuando se compara el diferente grado de poder confirmatorio que tiene cada uno de tales *peritajes.* El de *comprobación* debe ser aceptado irremediablemente por el juez, claro que a salvo de las impugnaciones que puedan hacerse en su contra por no haber respetado las pautas científicas para su realización. En cambio, el de *opinión* merece una cautela especial del juzgador: para su aceptación, debe hacer siempre un juicio de valor acerca de su contenido, de la idoneidad del perito y del resultado que propicia en función del tema a peritar.

Por cierto, tal resultado no vincula al juez –cual ocurre en la tarea de *comprobación*– y es a este tipo de peritaje que se refieren las leyes cuando, palabras más o menos, establecen que "...los jueces no están obligados a seguir el dictamen de los peritos y deben apreciar el mérito de la prueba según su propio criterio". En otros términos: el juez acepta el peritaje si es *convincente.* Caso contrario, lo deja de lado. De ahí que, insistimos, se trata de un medio de *convicción* y no de *comprobación.*

3.5.1.4.4. El testimonio (en general)

La palabra *testimonio* refiere a la declaración, afirmación o explicación que da una persona llamada *testigo* en el acto de *atestiguar o testimoniar* en juicio que le es ajeno respecto: a) de hechos[247] ajenos que ha conocido o percibido por medio de alguno de sus sentidos (vista, oído, tacto, gusto y olfato), o b) de hechos que ha realizado personalmente, o c) del conocimiento que tiene de alguna persona o d) de lo que ha oído acerca de la fama que ostenta alguien. Nos detendremos luego en cada uno de estos supuestos.

La situación de *ajenidad* del testigo respecto del pleito en el cual declara tiene una precisa excepción: cuando una parte procesal se halla

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

formada por varios sujetos y entre ellos existe una relación de *litisconsorcio*, el único medio que tiene cada uno de ellos de hacer declarar a los demás que se hallan en el mismo bando, es la vía del *testimonio*. Y cuando esto ocurre, la *parte atestigua* sobre hechos propios o ajenos, pero que, nótese bien, carecen de toda posibilidad de perjudicarla (que es la nota distintiva de la confesión).

La *declaración*, finalmente, puede ser *oral* (el testigo habla, el juez oye) o *escrita* (el testigo no habla, sino que escribe; el juez no oye, sino que lee). Si bien la primera de tales formas es la que se presenta habitualmente en el mundo judicial, hay casos en los que es menester soslayarla: si el testigo es mudo, por ejemplo, y si quien debe declarar está exento del *deber de comparecer*. Veamos ahora los distintos supuestos:

a) *Testimonio de hechos percibidos por el propio testigo.* En este caso, el testigo relata el conocimiento personal que tiene acerca de *hechos que han realizado otras personas* y que él ha captado por medio de alguno de sus sentidos.

La palabra *hechos* está utilizada en amplio sentido comprensivo muchas veces de la opinión que el testigo tenga acerca de tales hechos (por ejemplo, puede afirmar la condición de ebriedad o de manifiesta ira en la cual se hallaba cierta persona al momento de cometer un determinado hecho) pues resulta imposible separar adecuadamente el *hecho declarado* de la *opinión que el testigo tenga sobre ese hecho*. Por eso es indispensable recordar que ya hemos referido *supra*, # 1, que el *testimonio de terceros* es un medio confirmatorio absolutamente relativo y, por ende, no seguro ni confiable. Preguntamos allí: ¿hay algo más cambiante y menos convincente que la declaración de un tercero procesal que muchas veces se muestra teñida de clara o de velada parcialidad? O, sin llegar a ello, ¿no está sujeta a un cúmulo de imponderables que resultan por completo ajenos al juzgador? Para demostrar tal relatividad, recuérdese que en el año de 1880, el codificador procesal de Santa Fe, en la Argentina, legisló en norma todavía vigente: "La admisibilidad de la prueba testimonial no puede ser objeto de controversias. Los jueces deberán decretar *siempre* el

examen de los testigos, sea cual fuere su opinión al respecto". Y recalcamos: ¿qué decir de la tan fácilmente posible adulteración de documentos escritos o de registraciones fotográficas o visuales, de fotocopias, etcétera?

Finalmente, propusimos al lector comparar los resultados definitivamente incontestables de una *comprobación*, por ejemplo, con el que arrojan cuatro testimoniales acerca de un mismo hecho: la experiencia judicial demuestra hasta el hartazgo que, aun si los testigos obran de buena fe, darán versiones distintas y, muchas veces, claramente antagónicas. Y explicamos que ello es posible porque, además de que cada testigo *es él y sus propias circunstancias* (su salud, su cultura, su educación, su inteligencia, su agudeza mental y visual, su poder de observación, etcétera), resulta que un testigo puede ver un hecho desde un ángulo diferente al que ocupa otro para ver el mismo exacto hecho. Esto es corriente en el ámbito judicial cuando –desde cuatro esquinas de una misma bocacalle, por ejemplo– cuatro personas presencian un accidente de tránsito. Interrogadas testimonialmente al respecto, presentarán siempre versiones que pueden ser muy diferentes y que –esto es importante de destacar– pueden ser *todas reales* aunque luzcan antagónicas. Y es que son *subjetivamente* reales, toda vez que en tanto uno vio el choque desde el norte, por ejemplo, otro lo observó desde el sur. Y parece obvio señalar que, en tales circunstancias, ambos testigos vieron de verdad cosas realmente diferentes.

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

Insistimos finalmente en que la captación del hecho por parte del testigo puede ser realizada con los cinco sentidos. Así, puede atestiguar que ha visto una puesta de sol, oído un ruido determinado, tocado la aspereza de una tela, gustado una comida con demasiada sal y olido los efluvios de una sustancia nauseabunda. La amplitud que en este sentido tiene un testigo no la posee un dador de fe pública, que sólo debe limitarse en su tarea a lo que puede ver y oír, según se acepta desde antaño.

b) *El testimonio de hechos realizados por el propio testigo.* En este caso, el testigo relata el conocimiento que tiene acerca de *hechos que ha realizado él mismo* y que tienen vinculación con el objeto de la pretensión discutida por las partes procesales. El ejemplo clásico es el reconocimiento de un documento escrito o firmado por él y que puede tener trascendencia en el proceso en el cual declara. Si bien se ve, el testigo declara acerca de un hecho propio, no de un hecho ajeno, cual lo hace en el caso anteriormente explicado.

c) *El testimonio de conocimiento de una persona.* En este caso, el testigo no relata hechos propios ni ajenos, sino que expresa el saber directo que tiene acerca de una persona y de su identidad, condiciones, cualidades, etcétera. El ejemplo clásico es el testigo de conocimiento que desde siempre utilizan los notarios para dar por acreditado que el desconocido que se le apersona es quien dice ser. Igual ocurre en el proceso y, muy habitualmente, en los llamados *actos de jurisdicción voluntaria* incoados para establecer, v. gr.: la identidad o el estado civil de alguien.

d) *El testimonio de oídas.* En este caso, el testigo relata el conocimiento indirecto que tiene *de oídas* acerca de hechos que han realizado otras personas o de su fama pública o de un rumor sobre ella. Aquí, el relato del testigo no versa sobre un hecho propio o ajeno que percibió directamente, sino sobre lo que han dicho otras personas acerca de algo o de alguien. Este supuesto incluye el caso particular del testimonio de oídas que versa sobre: 1) la *fama* de algo o alguien: consiste en el concepto generalizado que, a partir de un hecho de origen conocido, un medio social determinado tiene respecto de una persona o acontecimiento. Por cierto, la declaración puede confirmar la fama, no los hechos que la habrían generado; 2) el *rumor público* acerca de algo o alguien: se trata de un hecho indeterminado y vago, de origen habitualmente desconocido, que versa no sobre la existencia, sino sobre la posibilidad de que haya existido. Ambos pueden llegar a constituir verdaderos *indicios*, en los términos que explicaremos en el número siguiente. Basta por ahora para presentar el tema.

3.5.1.4.5. El indicio y la presunción (en general)

a) *El indicio.* Denomínese *indicio* a un *hecho conocido* (el *indiciario* o el *indicador*) a partir del cual se razona –por inducción[248], deducción[249] o abducción[250] crítica– la existencia de un *hecho desconocido* (el *indicado*). Constituye, por ende, un *medio de confirmación indirecto* que le permite al juez obtener el *resultado* de una *presunción*[251] que, a su turno, es el juicio lógico que permite al juzgador tener como *cierto o probable* un hecho incierto después de razonar a partir de otro hecho cierto.

Para llegar a ese resultado, que bien puede ser fundamento definitivo de una sentencia judicial, el juez debe razonar desde la entidad misma del hecho indiciario o indicador, que puede ser *necesario* o *contingente.* 1) Un indicio es *necesario* cuando por sí solo e inexorablemente –y con

248 Se entiende por *inducción* el método de razonamiento que consiste en partir del estudio y del análisis de datos particulares conocidos y avanzar lógicamente hasta alcanzar un principio general desconocido. Actualmente se expresa mejor diciendo que es la forma de inferencia que afirma que la *regla* que vincula a ciertos *rasgos* (o características) que surgen de los *casos* observados" (la idea sería que con un solo caso no hay inducción posible) permite predecir la *regla* que vincula a ciertos *rasgos* (o características) que surgen de un *caso* determinado. Por ejemplo, "estos porotos son de este saco" (caso), "estos porotos son blancos" (rasgo, que se repite con otros "casos"), "todos los porotos de este saco son blancos" (regla).

249 Se entiende por *deducción* el método de razonamiento que consiste en partir de un principio general conocido y avanzar lógicamente hasta alcanzar una conclusión particular desconocida. Actualmente se explica mejor el tema diciendo que es la inferencia que permite predecir los *rasgos* (o características) que aparecerán a partir de la aplicación de una *regla* a un *caso* determinado de esa regla. Por ejemplo, "todos los porotos de este saco son blancos" (regla), "estos porotos son de este saco" (caso), "estos porotos son blancos" (rasgo).

250 El moderno término *abducción* refiere a la forma de inferencia que permite identificar a un *caso* perteneciente a una *regla* a partir de ciertos *rasgos* (o características) determinados. La abducción consiste en interpretar los *rasgos* a partir de alguna *regla* que se propone para entenderlos como *caso* que se subsume en ella. Por ejemplo, "todos los porotos de este saco son blancos" (regla), "estos porotos son blancos" (rasgo), "estos porotos son de este saco" (caso).

251 La presunción nunca es *medio* de confirmación, sino el *resultado* que se obtiene después de razonar a partir de la aceptación de hechos debidamente confirmados en la búsqueda de otros hechos que no lograron confirmación alguna. Hablo aquí, por cierto, de la presunción *hominis* (o del hombre), no de la impuesta por el legislador.

independencia de cualquier otro medio de confirmación– permite aceptar la existencia del hecho indicado. Por ejemplo: si la experiencia indica que ningún animal irracional puede construir un edificio de hormigón, la construcción de una casa en un lugar dado permite colegir sin más que hubo allí presencia humana pues sólo hombres pudieron hacerla. Del mismo modo, la experiencia indica que un embarazo no puede durar más de trescientos días, de donde puede colegirse que si el cónyuge de la madre murió antes de comenzar ese lapso, el hijo concebido no es matrimonial. 2) Un indicio es *contingente* cuando exige la presencia de otros indicios –también contingentes– para posibilitar el resultado de la presunción que tendrá por confirmado al hecho indicado.

Siempre que las leyes autorizan la utilización de estos indicios contingentes, son particularmente severas en la determinación de cómo debe ser el razonamiento judicial que termine en presunción. Y así, se exige que tal razonamiento vincule a indicios que sean *ciertos* (es decir, hechos debidamente confirmados por otro medio cualquiera), *varios* (deben ser por lo menos tres[252] para que el razonamiento tenga peso confirmatorio), *graves* (deben mostrar mucha entidad o importancia, no ser una cosa baladí), *precisos* (deben ser necesarios o indispensables para el fin procurado) y *concordantes* (deben mostrar correspondencia o conformidad de un hecho con otro).

Este medio de confirmación ha tomado mayor auge en los últimos años por imperio de la propia realidad que muestra el litigio habitual: la parte procesal que pretende declarar simulado a un documento que refleja cierto acto, difícilmente puede contar con un contradocumento que le permita confirmar su afirmación; de donde se impone la confirmación indiciaria como único medio posible. La tenaz negativa de un presunto padre de someterse a los análisis de sangre que podrían comprobar su negada paternidad y la imposibilidad de extraer por la fuerza la respec-

252 Confieso que hemos pensado mucho para establecer este número, al que señalamos como mínimo para poder obtener una presunción *hominis*. Y lo elegimos por creer que con él se respetan los elementos necesarios para la operación lógica que conlleva, de la cual puede nacer la inducción, la deducción y la abducción (v. notas 248, 249 y 250).

tiva muestra, exigen ocurrir al indicio emergente de su propia negativa (sumado a otros indicios, cual una relación convivencial o de noviazgo, o una habitación compartida en un viaje), cual invariablemente lo hacen nuestros tribunales desde hace ya bastante tiempo.

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

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

Actualmente, corresponde hacer nueva sistematización: toda presunción admite un doble estudio: en cuanto a su origen y en cuanto a su valor. Por el *origen*, puede ser: 1) *legal*, que está impuesta por el legislador y debe ser aplicada por el juez, y 2) *humana* o *del hombre* que el juzgador establece a su voluntad después de trabajar con indicios en las condiciones que la ley los admite. A su turno, y en cuanto a su valor, la *presunción legal* admite ser clasificada conforme con que admita o no prueba en contrario: la *presunción absoluta de pleno derecho*, que no admite medio confirmatorio alguno en contrario y que otorga *certeza* al juzgador, y la *presunción relativa* que admite confirmación en contrario y que, por tanto, genera *certeza* o *simple probabilidad* en el juzgador (por eso es un medio de *convicción*).

3.5.2. Los medios de confirmación en particular

Hasta aquí hemos efectuado una explicación sistemática del difícil tema relativo a la *confirmación procesal*, que permite comprender adecuadamente a cada uno de los medios respectivos y sus notas distintivas frente a todos los demás. Sin perjuicio de ello, la legislación y la doctrina procesales identifican medios confirmatorios en particular, de los que es menester ocuparse y evaluar a partir de esta explicación sistemática previa.

Los medios confirmatorios en particular más usuales son: a) la "prueba" de confesión; b) la "prueba" de documentos; c) la "prueba" de peritos (o de peritaje); d) la "prueba" de testigos; e) la "prueba" de informes; f) la "prueba" de indicios y presunciones; g) la "prueba" de inspección o reconocimiento judicial.

El análisis crítico de cada uno de ellos y de su regulación habitual se hará en la parte especial de la asignatura.

3.6. El procedimiento confirmatorio (cuándo se confirma)

Ya explicamos en su momento que todo proceso constituye una serie de etapas de necesaria existencia y que se abren -o no- en cada caso concreto en función de lo efectivamente allí actuado por las partes. Cabe recordar que la *etapa de afirmación* debe presentarse siempre e imprescindiblemente en *todo proceso*, pues éste se incoa por demanda y ella debe contener *sí o sí* una afirmación. También debe existir la posibilidad legal de abrir una *etapa de negación* de lo afirmado en la demanda. Pero esta etapa no es de tránsito imprescindible para el demandado. De la misma forma, de no haber oposición a la demanda nada habrá para confirmar, pues en un verdadero sistema procesal el silencio *debe tener un valor impuesto por la ley*: en todo litigio de objeto transigible, implicará siempre el reconocimiento de los hechos expuestos por el actor.

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

confirmatorio alguno, carece de sentido abrir dicha etapa. Por tanto: la pregunta *¿cuándo se confirma?* debe ser contestada con la respuesta *en la etapa respectiva*, siempre que ella sea abierta al efecto. Habida cuenta de que en cada tipo procedimental las leyes establecen plazos diferentes a tal efecto, ese *cuándo*, además, debe ser relacionado con aquél.

3.6.1. Las etapas del procedimiento confirmatorio

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

3.6.1.1. La subetapa de ofrecimiento de los medios de confirmación

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

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

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

Excepcionalmente, además, puede aceptarse la posibilidad de ofrecer, admitir y producir algún medio de confirmación *antes* de estar trabada la litis (contestada la demanda) o, aún más, *antes de deducir la demanda*. Esto ocurre cuando la ley permite probar ciertos hechos como *medida cautelar previa a un juicio*. Esto es bueno y aceptable en un sis-

tema en tanto no se vulnere el derecho de defensa de la persona a quien eventualmente se opondrá el resultado de la prueba anticipada.

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

En las décadas de los años '40 y '50, totalitarismo procesal mediante, se intentó a todo trance reducir el lapso de duración de los procesos. Y para eso se reformó la ley estableciendo que todos los *medios de prueba* presentados en ciertos tipos procedimentales debían ser ofrecidos junto con los escritos constitutivos del proceso (demanda y contestación ¿principal o incidental?, y oposición y contestación de excepciones). Con impensable e imperdonable ingenuidad, se creyó que con la eliminación de la subetapa de ofrecimiento se ganaba valioso tiempo para hacer avanzar rápidamente el desarrollo del proceso (en la realidad ocurrió todo lo contrario).

Acepte el lector que el tema relativo al *ofrecimiento de los medios confirmatorios en forma conjunta con la presentación de los escritos constitutivos del proceso* es, por lo menos, opinable, ya que luego de casi cincuenta años de practicarlo no se ha logrado ni remotamente los resultados esperados. De donde surge la conveniencia de repensar la ley para, por fin, tornarla sistémica, intentando con ello mejorar la eficacia de la Justicia a partir de la instauración de un proceso verdaderamente acusatorio en materia civil.

3.6.1.2. La subetapa de aceptación de los medios ofrecidos

Si se mira con atención el texto de las leyes procesales, se advertirá que esta subetapa no se encuentra habitualmente legislada, salvo mínima excepción producida por algún legislador que entendía del tema en tratamiento. Parece claro que, en orden a resguardar la bilateralidad de

la audiencia -efecto primario de la igualdad de instancias del que deben gozar constitucionalmente las partes de un proceso-, cada uno de los litigantes debe conocer inicialmente los medios de confirmación de los cuales se valdrá su contradictor, para tener oportunidad de decir y de hacer lo que fuere respecto de ello.

Para cumplir tal bilateralidad, todo juez debe sustanciar los ofrecimientos de medios confirmatorios confiriendo traslados recíprocos a ambas partes en litigio, para que actúen en consecuencia a sus respectivos intereses. Cuando no se procede así, no sólo no se ahorran incidentes, sino que se potencia la posibilidad de incoarlos. En efecto: si el juez admite liminarmente todos los medios ofrecidos y ordena la producción de ellos, no será posible incoar el trámite respectivo pues alguna de las partes no consentirá el decreto de proveimiento a fin de poder presentar las oposiciones respecto de las cuales estuvo imposibilitado antes.

3.6.1.3. La subetapa de admisión judicial de los medios ofrecidos

Ofrecidos los medios confirmatorios y consentidos por ambas partes o resueltas por el juzgador las oposiciones deducidas, se abre esta subetapa, en la cual dicta resolución admitiéndolas y ordenando su producción. A este efecto, ordena citar a partes, testigos, peritos y terceros a las audiencias señaladas al efecto, libra los oficios y exhortos del caso, ordena la agregación de documentos, etcétera.

Finalmente, cabe reparar en dos problemas que se presentan siempre en esta oportunidad y que las leyes denominan como *improcedencia* o *inadmisibilidad* e *impertinencia* o *inconducencia* de un medio confirmatorio.

Es medio confirmatorio *improcedente* o *inadmisible*: a) el que está prohibido por la ley; b) el ofrecido extemporáneamente, luego del vencimiento del plazo respectivo; y c) el que se ofrece como ya producido sin haberse respetado el control de partes o sin haber sido ordenado regularmente por el juez competente en el pleito o el que ha violentado el derecho a la intimidad de la parte interesada o afecta la libertad, o la moral, de los litigantes o de terceros.

Es medio confirmatorio *impertinente* el que tiende a lograr convencimiento en el juzgador acerca de la existencia de hecho no litigioso.

Es medio confirmatorio *inconducente* el que refiere a hecho que no interesa para la solución del litigio.

Desde las antiguas leyes españolas, se ha facultado al juez para declarar liminarmente la improcedencia, pero no la impertinencia de un medio confirmatorio ofrecido por las partes. Y esto, que obvia y elementalmente es correcto, ha sido desconocido por casi todos los códigos que han instrumentado el desarrollo de la producción de la prueba conforme con los postulados del ya tantas veces denostado sistema inquisitivo. Es claro que ha habido motivo para ello a partir del notable abuso que durante muchos años se hizo del ofrecimiento de prueba impertinente con la finalidad de dilatar, hasta llegar a extremos insospechados, la duración de un pleito. Pero si hubo mala fe y carencia de escrúpulos por parte de algún abogado, lo que correspondía era sancionarlo con todo el rigor que la ley permitiera en el caso. En cambio, lo que se hizo fue establecer el deber judicial de evaluar siempre la eventual pertinencia confirmatoria de un medio cualquiera y, con ello, hacer que *todo* juez investigue en *todo* expediente si *todo* medio de confirmación ofrecido es o no pertinente. Con los inconvenientes sistémicos que ello genera para el servicio.

En el sistema procesal civil santafesino, el juez no puede pronunciarse sobre la pertinencia de los hechos alegados o de la prueba solicitada; sólo puede desechar la prueba notoriamente improcedente o prohibida por la ley.

Exigen examen de pertinencia, el ofrecimiento de prueba no previsto y la alegación de un hecho nuevo.

Derogadas las normas contenidas en Cc Arg., arts. 1192 y 1193, hoy rige el Ccc art. 1020 que dice: *Prueba de los contratos formales.* Los contratos en los cuales la formalidad es requerida a los fines probatorios pueden ser probados por otros medios, inclusive por testigos, si hay imposibilidad de obtener la prueba de haber sido cumplida la formalidad o si existe principio de prueba instrumental, o comienzo de ejecución.

Se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato.

3.6.1.4. La subetapa de producción de los medios admitidos

Admitidos los medios ofrecidos y ordenada su producción, resta ahora efectivizar cada uno de ellos. Para esto, se cita a las partes que absolverán posiciones, a los testigos que depondrán y a los peritos que dictaminarán; se libran oficios y exhortos pidiendo informes y se agregan los documentos que fueren menester; etcétera.

Para todo ello hay plazos y, además, términos para las audiencias. Y es obvio que en un sistema acusatorio, incumbe a las partes urgir adecuadamente la producción de los medios ofertados.

Por eso es que, fracasada una diligencia confirmatoria, el oferente del medio respectivo ha de solicitar la designación de nueva fecha para la realización de la audiencia que no se efectivizó.

3.7. La etapa de alegación acerca de los medios confirmatorios producidos

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

La voz *alegar*, referida a la confirmación procesal, genera el sintagma *alegato de bien probado*, que es el escrito que hace el abogado después de producidos todos los medios confirmatorios, en el cual trata de convencer al juez de que su parte ha justificado completamente los hechos y el derecho que amparan su pretensión, al tiempo que el contrario no ha hecho lo propio con el suyo, insistiendo así en que el juez sentencie oportunamente a su favor. Por eso es que lo que corresponde hacer a todo letrado, en esta ocasión, es analizar con precisión y esmero cada uno de los

resultados confirmatorios para relacionarlos prolijamente entre sí a fin de llevar de la mano al juzgador en el momento de tener que hacer él mismo su propia evaluación de los mismos medios. Además, debe contener un análisis de la problemática jurídica contenida en el debate procesal, que viene formándose desde el inicio mismo del proceso con el contraste de las pretensiones y de las confirmaciones obtenidas en el curso del proceso.

Los plazos para alegar dependen del tipo procedimental legislado.

3.7.1. La evaluación por las partes litigantes acerca de los medios producidos

Si bien se mira, el alegato es la pieza más importante que puede producir una parte en litigio. Sabido es que una buena demanda debe ser escueta aunque prolija en la enunciación de los hechos en los cuales se basa la pretensión deducida y correctamente implicados en la norma jurídica que el pretendiente desea que se aplique para obtener la solución que él busca en la sentencia. Una buena contestación de demanda, a su turno, debe contener sólo puras negaciones de los hechos afirmados por el actor o del derecho en el cual él los implica. El alegato, en cambio, tiene que contener todos los argumentos necesarios para que el juez se convenza de la razón de la parte mediante el análisis minucioso de quien lo redacta, haciéndole sencilla la lectura y el estudio de los autos, máxime si se trata de folios voluminosos. De la misma forma, debe contener las citas jurisprudenciales que muestran la bondad de la solución pretendida.

Cuando le toque al juzgador hacer su propia evaluación, tendrá que sujetarse a algún sistema previsto en la ley. Y ello nos lleva a explicar el próximo punto.

3.7.2. La evaluación por el juez acerca de los medios producidos (qué valor tiene la confirmación)

Ya se ha mencionado antes de ahora cuál es el valor que el juzgador debe dar a cada uno de los medios confirmatorios. Sin embargo, toca hacer ahora el estudio integral y generalizado del tópico en cuestión a partir de

su verdadera esencia: el problema es de *política procesal* y no de simple *técnica procedimental*, pues se vincula con la mayor o menor confianza que tiene en los jueces quien ejerce el verdadero poder en lugar y tiempo determinado. Cuando esa confianza es escasa, el legislador se reserva para sí el establecer cuál es el exacto valor confirmatorio que tiene cada medio en particular para que así y no de otra forma lo evalúe el juez en cada caso concreto; cuando la confianza es grande, la ley delega a los jueces la extrema facultad de apreciar como mejor les parezca cada uno de los medios aceptados y producidos. De tal forma, lo recién apuntado genera dos sistemas de evaluación de medios de confirmación ya producidos: a) el que se conoce con la denominación de *prueba tasada* o *legal* (establecida por el propio legislador y que los jueces no pueden ignorar); b) el que se menciona como sistema de *prueba convictiva* (que puede analizar el juez según sus propios parámetros interpretativos, fallando luego a base de lo que realmente lo haya convencido para emitir su decisión en determinado sentido). Veamos ahora en qué consiste cada uno de los sistemas señalados.

3.7.2.1. El sistema de la tasación o de pre ordenación por la ley del valor de cada medio en particular

En la historia procesal, este sistema de evaluación vino a civilizar las pruebas judiciales bárbaras (ordalías), como resultado de la influencia que los canonistas ejercieron en todo el sistema procesal vigente durante la Edad Media, y, por supuesto, estuvo al servicio de la Inquisición, donde tuvo gran auge. En lo que interesa a nuestras legislaciones en América, este sistema aparece normativamente en la *Ley de Partidas* y se repite en casi todos los ordenamientos posteriores.

Para la mejor comprensión del tema, cabe recordar que la Partida III otorgaba a ciertos medios confirmatorios un grado probatorio pre ordenado tal que el juez no podía desconocer. Ejemplos de pre ordenación de cierto valor confirmatorio se encuentran en Ccc, art. 296, respecto del contenido de una escritura pública (ver, asimismo, Ccc, art. 292), en cuanto al valor probatorio definitivo de la confesión judicial.

Es indudable que un sistema de valor confirmatorio pleno y pre ordenado tiene enorme importancia para el buen desenvolvimiento del tráfico jurídico: cuando un vendedor entrega al comprador la cosa vendida y no ha percibido aún su precio, parece obvio -ante la posibilidad de que ello sea negado en el futuro- que desee poder mostrar eventualmente un documento fehaciente que tenga para un juez pleno crédito del hecho relativo a la compraventa. De ahí que seamos defensores acérrimos del sistema de tasación en todo lo que refiere a los instrumentos mencionados en el # 3.5.1.2.1. Pero al mismo tiempo, creemos que no cabe hacer tasación alguna de los restantes medios de confirmación y, particularmente, de los relativos a declaraciones de testigos.

3.7.2.2. El sistema convictivo

El sistema contrario al anteriormente explicado es el que hace reposar la evaluación de los medios confirmatorios en la prudencia, el saber y la experiencia del juez para que, razonando los datos evaluados al momento de sentenciar, logre la *convicción* necesaria para aceptar o rechazar la existencia de un hecho afirmado por una de las partes. De tal modo, nada le indica el legislador acerca del valor de eficiencia que debe dar a cada uno de los medios en particular. Al referir al tema, la doctrina apela a sus *máximas generales de experiencia.*

En la mayoría de los casos en los cuales un juzgador cumple la tarea de juzgar, en orden a las pretensiones y defensas esgrimidas, tiene cuasi decidido el pleito inmediatamente después de contrastar demanda y contestación. Cuando le resulta menester el análisis de medios confirmatorios producidos en la causa, en tanto los razona mentalmente puede ir manteniendo o cambiando su posición originaria según el grado de convicción que cada medio le produzca, pues no siempre es sencillo adoptar una solución que sea decisiva en el pleito. Pero en algún momento ella se logra y es menester emitirla. Cuando eso ocurre, y el juez se halla ante la inminencia de dictar sentencia, a) o nada explicará en ella acerca de las razones que tuvo en cuenta para tomar una decisión y no otra, b) o tendrá que explicarlas con la mayor prolijidad posible por mandato de

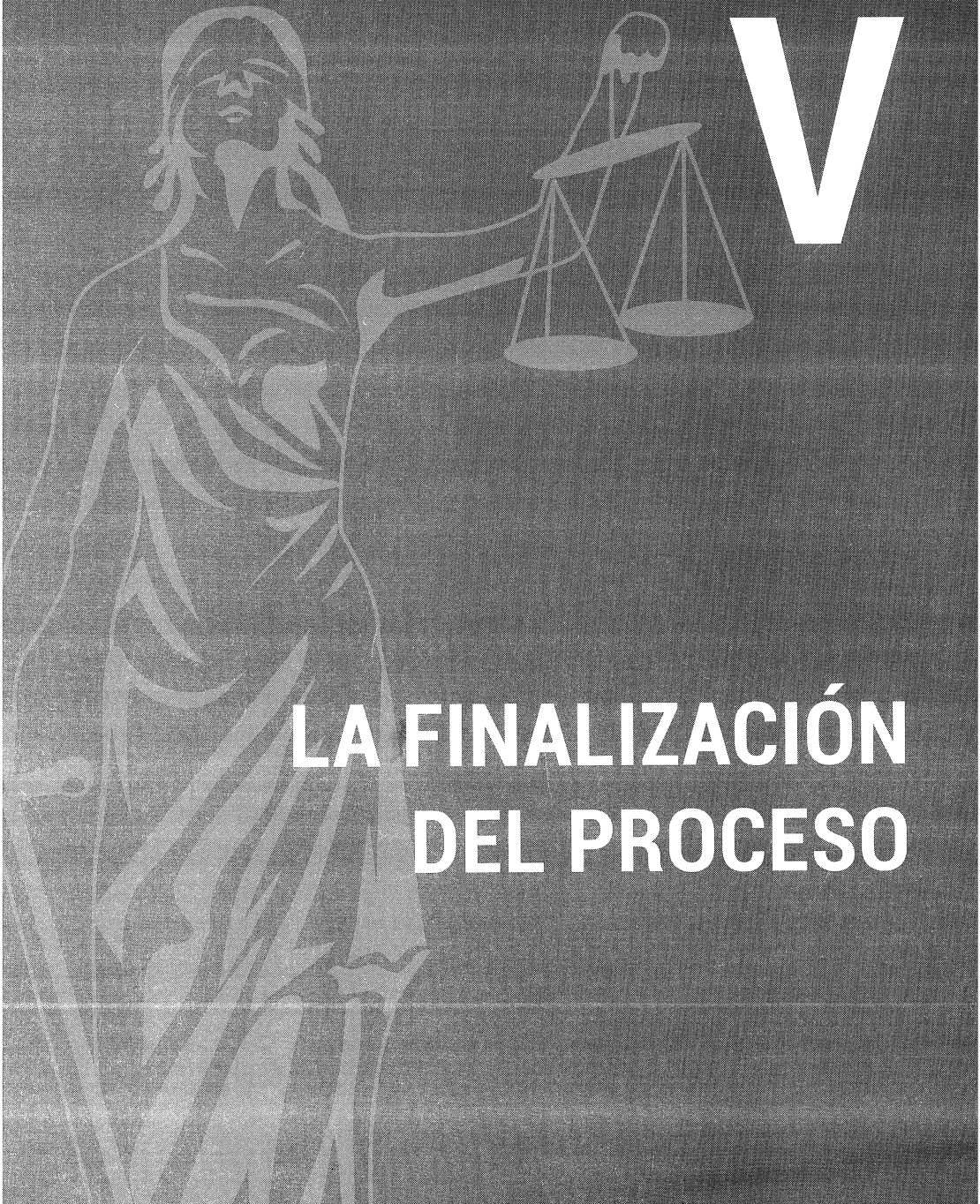
la ley, para lograr con ello que quien pierda en definitiva el pleito acepte convencido la justicia de lo resuelto. Y esto es lo que origina dos subsistemas que encuadran en el concepto de convicción: el primero, en el cual el juez nada explica, se conoce como *libre convicción* (o, también, de íntimo convencimiento o de *convicción moral*) y es el que emplean siempre los miembros de un jurado y los arbitradores en el juicio de arbitramento. El segundo, en el cual se explica razonadamente el *iter* del pensamiento del juez en la tarea de tomar una decisión, se conoce con la denominación de *sana crítica* (o de *apreciación razonada*) y es el que emplean todos los jueces de derecho y los árbitros en los juicios arbitrales.

El sintagma *sana crítica*, o, mejor aún, su equipolente *reglas de la sana crítica*, debutó como método de apreciación de testimonios en el artículo 137 de la *Ley de Enjuiciamiento Civil* española de 1855. Se trataba, simplemente, de eliminar las operaciones aritméticas que debían hacer los jueces al contar y sumar personas que declaraban en un mismo sentido y reemplazarlas por operaciones de razonamiento mental basadas en la lógica y en las observaciones que nacen de la experiencia personal del juez, confirmadas por la realidad. Con el tiempo, y tal vez por la notable imprecisión del significado de los conceptos empleados para formar el sintagma "los autores primero y las leyes después", extendieron estas *reglas* a la apreciación de todo medio confirmatorio[253], con lo cual puede llegar a instalarse la arbitrariedad judicial en el sistema. De donde resulta que, actualmente, el juzgador debe razonar toda su decisión, aun en la etapa que contenga pura valoración tasada por el legislador. De ahí que importante doctrina afirme que la *sana crítica* exige que el juzgador piense y describa su razonamiento de modo tal que permita al perdedor comprender las razones objetivas y subjetivas que influyeron en su ánimo al tomar la decisión que le es adversa y, además, posibilitar al superior igual conocimiento para que pueda saber lo mismo y, eventualmente, atender los agravios del impugnante. Se sigue de ello que la valoración

253 No obstante, la mayoría de los cuerpos legales vigentes en el continente reservan su utilización para la sola apreciación de la declaración de testigos: ver, por ejemplo, Cpcn, art. 456 y Cpcsf, art. 224.

conforme la sana crítica al día de hoy no es una técnica exclusiva, sino que es la resultante de una combinación que reúne desde el valor anticipado de los medios de acreditamiento a la libre convicción en las declaraciones, para llegar a la ponderación final de todos los medios de eficiencia regularmente llevados al proceso.

UNIDAD V



LA FINALIZACIÓN DEL PROCESO

LECCIÓN 22

LOS MODOS DE TERMINAR EL CURSO PROCEDIMENTAL

SUMARIO

1. La terminación del proceso por medios autocompositivos
   - 1.1. Los medios unilaterales expresos
     - 1.1.1. El desistimiento de la pretensión
     - 1.1.2. El allanamiento a la pretensión
   - 1.2. El medio unilateral tácito: la deserción recursiva por carencia de fundamentación
   - 1.3. Los medios bilaterales expresos
     - 1.3.1. La transacción
       - 1.3.1.1. Los requisitos de la transacción
   - 1.4. El medio bilateral tácito: la caducidad de la instancia
2. La terminación del proceso por medio de actividad judicial
   - 2.1. El llamamiento de autos
   - 2.2. La homologación judicial
   - 2.3. El sobreseimiento
   - 2.4. La absolución de la instancia
   - 2.5. El archivo de la causa
   - 2.6. El auto de falta de mérito

1. LA TERMINACIÓN DEL PROCESO POR MEDIOS AUTOCOMPOSITIVOS

Ya hemos sostenido repetidamente en el curso de esta obra que el proceso es, simplemente, un método ideado para que dos sujetos –*natural y esencialmente desiguales*– que ven alterada su convivencia en el plano de la realidad social por coexistencia de la pretensión de uno y la resistencia del otro acerca de un mismo bien de la vida, puedan discutir sus diferencias mediante un diálogo argumentativo que efectúan ante un tercero que los *iguala jurídicamente* por medio de su propia imparcialidad y que, llegado

el caso, dará la razón a uno o al otro si es menester heterocomponer el litigio por ausencia de autocomposición de los propios contendientes durante el desarrollo de la discusión. Con tales ideas que, a estas alturas, ya deben estar incorporadas en el lector, recordamos que en lecciones anteriores hemos explicado cómo se inicia el proceso (por demanda o acusación en la *etapa de afirmación*) y cómo se desarrolla en las *etapas de negación*, de *confirmación* y de *evaluación o alegación*. Toca ahora explicar cómo finaliza el proceso.

La doctrina tradicional explica el tema de manera muy diferente a la utilizada en esta obra, afirmando invariablemente los autores que el *proceso termina con la sentencia* y, reafirmando esa idea, sostienen que ella es el *medio normal de su extinción*, para distinguirla así de aquellos otros que invariablemente denominan desde siempre como medios *anormales de extinción*. Tal explicación es errónea y se contradice con la realidad jurídica de, al menos, los últimos cincuenta años, durante los cuales todo el mundo se ha quejado amarga y recurrentemente de la aún vigente y ya ingobernable *morosidad judicial*.

Para que el lector pueda compartir la crítica, debe reparar en que, si el proceso es *método de discusión* argumentativa que, como tal, sólo puede regirse sistémicamente por los principios propios del sistema acusatorio o dispositivo de enjuiciamiento, parece obvia la idea elemental de que finaliza cuando uno, cualquiera de los antagonistas, deja de discutir. Y mucho más obvia es tal idea cuando son los dos contendientes quienes deponen de común acuerdo su actitud beligerante. Y a esto nos hemos referido concretamente en la Lección 1, al explicar los medios autocompositivos del conflicto y del litigio. Ya se verá luego que en esta Lección se reiteran los conceptos allí empleados. A más de ello, repare también el lector en que la información que surge de estadísticas judiciales serias muestra que los jueces sentencian sólo un promedio de alrededor del quince por ciento de las causas litigiosas incoadas por los litigantes civiles en cada año calendario, de donde resulta que el ochenta y cinco por ciento restante forma una masa inaguantable de asuntos que se acumulan año tras año o terminan necesariamente por medios autocompositivos, que es lo que ocurre en enorme número de expedientes.

¿Cómo es posible, entonces, sostener con seriedad que el modo *normal* (que es, precisamente, lo que *siempre ocurre* o *debe ocurrir*) aparece en quince de cada cien asuntos justiciables, en tanto que el modo *anormal* (que es lo que *ocurre* o *debe ocurrir a veces, no siempre, sino esporádicamente*) se presenta en los demás ochenta y cinco restantes? ¿Cuál es la lógica de todo ello que, además, se enseña a los alumnos de Derecho cual si fuere dogma propio de una Verdad revelada? Por lo demás, si el proceso es *puro método de debate* y la sentencia es esencialmente una *pura norma*, tal como luego se verá, ¿cómo es que se insiste con la reiterada frase de que *la sentencia termina el proceso*? ¿Y qué pasa cuando los jueces no sentencian, cual ocurre en el 85 % de los casos? ¿Es que no terminan? Y si los antagonistas han dejado ya de discutir a la espera de esa sentencia que tarda en llegar o que nunca llega, ¿el proceso como *medio de discusión* sigue vigente? ¿Puede ser reabierto a voluntad de los que discutían en él? No es eso lo que dicen las leyes.

Todas estas incongruencias lógicas que saltan a la vista, apenas se medita mínimamente acerca del tema, desaparecen si se acepta lo que se explica en esta obra: otra vez, que el proceso es *método* (no meta a lograr) y que la sentencia es su *objeto* (recordar lo afirmado en el punto 6 de la Lección 1), a raíz de lo cual no puede integrar lógicamente el concepto de aquél. De tal modo, si la sentencia *no es un acto procesal*, pues *es pura norma*, como ya se dijo *supra*, parece claro que el método como tal termina temporalmente mediante un acto judicial que le otorga ese efecto extintivo y que se repite desde siempre en los diferentes ordenamientos legales con sintagmas que ostentan siempre idéntica significación ("autos para sentencia", "se convoca a las partes para oír la sentencia", "pasen a resolver", "autos para definitiva", etcétera) (ver *infra*, el # 2.1). En esta situación fáctica, a la cual no siempre se llega, el método procesal se considera concluido, no pudiendo hacerse a partir de allí nuevos actos de postulación, salvo muy excepcionales casos.

Reiterando las ideas: resulta claro para esta concepción que el método de debate termina cuando los protagonistas que discuten dejan o deben dejar de hacerlo. También es claro que, cuando ha finalizado la discusión, el litigio existente debe ser resuelto por *decisión de autoridad*

(juez o árbitro), con lo cual logrará al fin su objeto (obtener la dación de la sentencia) sin que con ello se haya alterado para nada la naturaleza del *medio*. Pero si ello no ocurre, habrá que aceptar que el proceso no logró el cumplimiento de su objeto (lo que tampoco altera la naturaleza del medio) y que –a raíz de ello– ha quedado concluido el debate, pero pendiente el litigio, que terminará casi seguramente por alguno de los medios autocompositivos que luego se verán en detalle.

Uniendo estos conceptos con los brindados en la Lección 1, comenzamos recordando que el conflicto puede ser concluido con una de las posibles soluciones que son susceptibles de ser imaginadas lógicamente a partir del análisis de una discusión entre dos partes antagónicas: a) o renuncia el pretendiente al total de su pretensión; b) o renuncia el resistente al total de su resistencia; c) o se hacen ambos concesiones recíprocas y parciales. Estas soluciones, que pueden presentarse en la realidad de la vida social para poner fin al conflicto, pueden ocurrir y ocurren también en el plano jurídico del proceso. En rigor, nada lo impide y se ven cientos de casos todos los días. Y así, para autocomponer el litigio, las leyes en general prevén soluciones *unilaterales* (basta la voluntad de uno de los antagonistas) y *bilaterales* (se exige la concurrencia coincidente de la voluntad de ambos contendientes). Y en los dos casos, tales soluciones pueden ser *expresas* o *tácitas*. Conforme con ello, los medios autocompositivos pueden ser *unilaterales expresos* (son dos) y *unilateral tácito* (es uno) y *bilaterales expresos* (son dos) y *bilateral tácito* (es uno). Los explicamos a todos a continuación.

1.1. Los medios unilaterales expresos

Son el desistimiento de la pretensión y el allanamiento a la pretensión.

1.1.1. El desistimiento de la pretensión

Es el medio procesal por el cual el actor renuncia unilateralmente a continuar con la pretensión demandada y, a raíz de ello, abandona

el proceso en el cual la dedujo (el Cpcsf, art. 229, llama a este medio *desistimiento de la acción*). De tal modo, y en los términos de la ley civil (Ccc, art. 944), constituye una atípica *renuncia del derecho de continuar postulando procesalmente* toda vez que no requiere para su eficacia el consentimiento de aquél a quien favorece la renuncia (por eso es, precisamente, que se presenta como unilateral). Las leyes procesales llaman a esto *desistimiento de la acción*. De la misma forma, y aunque la doctrina en general no haya reparado en ello, también puede desistir el demandado de cualquier excepción al progreso de la pretensión que haya deducido en la etapa procesal de negación. Lo cual, si bien se mira, constituye una pretensión del propio demandado, basada en su afirmación de la existencia de un hecho que condiciona, modifica o extingue los hechos o el derecho enunciados en la demanda por el actor.

Las leyes en general norman sólo el desistimiento desde la óptica del actor y lo denominan *desistimiento de la acción* (utilizando el término *acción* en el exacto sentido que en esta obra le asignamos al vocablo *pretensión*) y, también, *desistimiento del derecho pretendido* (lo que es una obviedad, pues si se renuncia al derecho de pretender para siempre un bien de la vida es claro que también se renuncia a él).

Los *requisitos* para desistir son: a) tener quien desiste la capacidad procesal para renunciar a un derecho; b) en caso de que el desistimiento se haga por medio de apoderado, que éste tenga mandato especial para hacerlo; c) que el litigio no esté aún sentenciado pues, caso ser así, la renuncia referirá sólo al derecho ya otorgado judicialmente (lo que constituye una renuncia a un derecho material y no procesal); d) debe ser aceptado por el juez, haciendo al efecto un juicio de admisibilidad en el cual ha de analizar sólo la existencia de capacidad procesal de la parte y, de ser el caso, de mandato suficiente en su personero.

Una vez lograda la admisión, el desistimiento se torna definitivo y, salvo vicios de la voluntad en el acto de desistir, gana los efectos que se verán luego. No hay límite temporal alguno para su realización.

Los *efectos* de este tipo de desistimiento son: a) desde su presentación ante el tribunal donde radica la causa, es *irretractable*; b) desde su admisión judicial, se asimila al *caso ya juzgado* (ver luego su tratamiento particular al estudiar la sentencia en la Lección 23). A raíz de ello, el derecho renunciado ya no puede ser instado de nuevo útilmente por lo que, si ello ocurre, podrá el demandado oponer la excepción de caso juzgado y el juez suplirla de oficio en homenaje a la vigencia del principio de seguridad jurídica que ya presentamos en la Lección 10; c) el juez debe imponer las costas devengadas a raíz de la pretensión desistida al propio actor que desiste. En la Lección 15 se vio más en detalle el tema. Surge de lo hasta aquí expuesto, la razón por la cual este tipo de desistimiento es de carácter *definitivo* respecto de la pretensión. Hacemos esta aclaración pues se verá *infra* otro tipo de desistimiento, *el del proceso*, que no ostenta tal efecto.

1.1.2. El allanamiento a la pretensión

Es el medio por el cual el demandado (también el reconvenido y el demandado por el reconviniente) renuncia unilateralmente a su derecho de oponerse a la pretensión demandada. A raíz de ello, otorga la prestación reclamada o promete hacerlo oportunamente o reconoce el derecho que sostiene el actor como base de su pretensión. De tal forma, constituye una típica *renuncia al ejercicio activo del constitucional derecho de defensa en juicio.* Las leyes en general lo promueven como forma de evitar la proliferación de litigios, para lo cual otorgan el beneficio de eximición de costas procesales a quien lo realiza en ciertas condiciones ya explicadas en la Lección 15.

Los *requisitos* para que el demandado pueda allanarse útilmente son: a) tener la capacidad procesal para renunciar a un derecho; b) en caso de que el allanamiento se haga por medio de apoderado, que éste tenga mandato especial para hacerlo; c) que la ley admita el allanamiento como forma autocompositiva de terminación del proceso. Repárese especialmente en que no está permitido en los litigios acerca de cuestiones de estado civil y, en general, en todo aquel que interese al orden público, que no puede ser alterado por la simple voluntad de las partes litigantes;

d) que el litigio no esté aún sentenciado pues, caso de ser así, sólo quedará al demandado cumplir el mandato judicial contenido en la sentencia; e) debe ser aceptado por el pretendiente a efectos de que pueda cuestionar su oportunidad, totalidad y efectividad, cuando quien se allana pretende eximirse de costas con su actitud. Nótese bien que si no existe deseo de lograr tal eximición, el actor no puede oponerse al allanamiento. A partir de tal aceptación, y por las razones ya vistas respecto del desistimiento de la pretensión, el allanamiento es irretractable; f) sin perjuicio de lo expuesto *supra*, también debe ser aceptado por el juez, haciendo al efecto un juicio de admisibilidad en el cual ha de analizar exclusivamente: a) la existencia de capacidad procesal de la parte; b) de ser el caso, la existencia de mandato suficiente en su personero y c) la aceptación por la ley de la posibilidad de allanarse el demandado en el tipo de litigio en el cual se presentó. Y ello en razón de que en SFE el allanamiento en sí mismo no concluye el proceso, sino que exige el dictado de una sentencia al efecto.

Una vez lograda la admisión, el allanamiento gana los efectos que se verán luego y que difieren en caso de que la ley exija o no el cumplimiento conjunto de la prestación reclamada en las pretensiones de condena.

Sin perjuicio de lo expuesto *supra*, y de que el allanamiento puede ser efectuado en cualquier estado del proceso, cuando la ley beneficia a quien se allana con la eximición de las correspondientes costas procesales, exige otros varios requisitos: que el allanamiento sea: a) *oportuno*: es decir, que se presente sólo en la fase de negación, *al tiempo de estar vigente el plazo para contestar la demanda*. Surge clara así una diferencia esencial con la ya vista *supra* respecto del allanamiento en general: para lograr el efecto de eximición de costas, tiene un límite temporal; b) *real*: es decir, que surja inequívocamente de la actuación respectiva la voluntad de no litigar; c) *incondicionado*: es decir, que sea puro y simple, no formulado subsidiariamente o con reservas o condiciones; d) *total*: es decir, que comprenda la totalidad de la pretensión actora y no sólo alguna de sus partes. No exige, en cambio, cual lo hacen otros códigos procesales civiles del país, el requisito de que sea *efectivo* (es decir, que, en forma conjunta con la presentación del allanamiento, cumpla efectivamente la prestación

reclamada cuando el litigio versa sobre pretensión de condena; por ejemplo, pagando de una vez el total de la suma de dinero reclamada). Cuando todo ello ocurre y el demandado efectúa la prestación del objeto pretendido, el proceso se termina sin más, sin perjuicio de que quede pendiente alguna cuestión sobre costas (por ejemplo, se discute si el allanamiento es apto o no para lograr la eximición del caso) que podrá ser discutida en proceso accidental posterior. Pero lo que interesa destacar acá es que, con el allanamiento oportuno, real, incondicionado y total, el proceso se termina y no se requiere para ello nada más que la aceptación del actor y la formal admisión del juzgador. Cuando esto ocurre, y ante la falta de controversia acerca de la prestación reclamada, parece claro que se precisa el dictado de una sentencia que ordene su cumplimiento efectivo. A raíz de esto, el allanamiento no puede ser considerado un medio de terminación del proceso pues en verdad no lo finaliza, ya que continúa hasta tanto pueda dictarse la sentencia. Y así, ese proceso cumplirá su objeto de obtener una condena de la prestación reclamada.

Finalmente: en caso de *litisconsorcio* (y no de simple composición de la parte por sujetos plurales), el allanamiento de un litisconsorte no afecta a los demás y la sentencia que acoge la demanda a su respecto sólo puede alcanzarlo a él.

Aunque no es habitual que la doctrina en general refiera al tema, debe quedar finalmente en claro que el allanamiento –tal como ha sido descrito *supra*– contiene en su esencia tres momentos ideales que es menester distinguir acabadamente: a) una *aceptación de los hechos* invocados por el pretendiente (*confesión*); b) una *aceptación del derecho* que, según el pretendiente, sirve de encuadre a los hechos (*reconocimiento*), y c) una *prestación del objeto* en litigio (allanamiento propiamente dicho, en los términos aquí explicados). Y se hace esta aclaración pues en materia civil transigible no es menester que ocurran las tres aceptaciones simultáneamente, ya que es posible que se efectúe la prestación reclamada sin confesión ni reconocimiento alguno (caso, por ejemplo, de demanda por escaso monto dinerario que el demandado no debe, pero que prefiere pagar antes que afrontar las contingencias propias de un pleito).

En el procedimiento penal esta figura se acepta legalmente –aunque sin denominarla tal como aquí se hace– en el juicio penal abreviado, para juzgar ciertos delitos sobre la base de la aceptación por imputado de los hechos que se le imputan.

1.2. El medio unilateral tácito: la deserción recursiva por carencia de fundamentación

Se entiende por *deserción recursiva* la que hace el apelante de una sentencia, al abandonar la impugnación o incumplir la carga de fundar argumentativamente la discrepancia de su motivación o resultado. Como se infiere de ello, opera sólo en el supuesto de impugnaciones de doble grado de conocimiento, en las cuales la tarea recursiva se desdobla en dos momentos diferentes y consecutivos: a) la del mero acto de interposición ante el juzgador cuya decisión se impugna, en el cual el apelante, por ejemplo, se limita a decir escuetamente *que apela*, y b) la de la presentación de las discrepancias que el impugnante tiene con la decisión apelada, que se efectúa ante su superior mediante lo que técnicamente se denomina *expresión de agravios* (el tema será entendido en su plenitud luego de la lectura de la Lección 24). Como se ve, la instancia propia del proceso abierto con motivo de la admisión de la apelación finaliza, en este caso, por decisión unilateral del propio apelante, quien se dijo perjudicado por la sentencia apelada, pero que no explicó el porqué de ello. De tal modo, ahora no tendrá más remedio que acatar su mandato.

Los *efectos* que produce este medio de finalización del proceso son: a) otorga los propios del *caso ya juzgado* y de *ejecutoria* a la sentencia apelada (ver la Lección 23); b) genera la carga de imposición de costas de la instancia apelatoria así finalizada al apelante que no fundó su impugnación (por aplicación de la regla del vencimiento).

1.3. Los medios bilaterales expresos

Son aquellos en los cuales se exige la voluntad concurrente de ambos contendientes para lograr la finalización del proceso. A este efecto, las

dos partes deben ser oídas al respecto. Estos medios son: la transacción y el desistimiento del proceso.

Como la transacción es un contrato legislado en Ccc, se descarta que siempre exija el acuerdo expreso de voluntades. Es imposible de concebir el tema de otra manera. En cambio, aunque el desistimiento del proceso también exija la voluntad común, habrá que hacer sobre el punto alguna consideración extra.

Resulta claro que el medio opera expresamente cuando el actor pretende desistir del proceso y el demandado contesta el respectivo traslado conferido con la carga de manifestar su propia voluntad y da su consentimiento al efecto. Pero no ocurre lo mismo cuando éste no contesta dicho traslado y, sin embargo, el consentimiento se brinda fictamente: esto no es más que la natural consecuencia del carácter dialogal del proceso y el respeto al valor que siempre debe otorgarse al silencio, conforme ya se ha visto en la Lección 10. De ahí que desde siempre se lo catalogue de la forma que aquí lo he hecho.

1.3.1. La transacción

Castizamente, *transacción* es "*trato, convenio, negocio*", lo que se repite en el Derecho, donde se la define como a un "contrato por el cual las partes, para evitar un litigio, o ponerle fin, haciéndose concesiones recíprocas, extinguen obligaciones dudosas o litigiosas".

Doctrinalmente discutida su naturaleza jurídica en la Argentina, parece claro que procesalmente es un medio bilateral y expreso de extinción de un conflicto (es la obligación *dudosa*) o de un litigio pendiente (es la obligación *litigiosa*). La ventaja de este tipo de conciliación es evidente y, por ello, se ha convertido en el principal medio extintivo utilizado por quienes están en conflicto (evitan la provocación de un pleito) o en litigio (terminan un litigio existente): cada uno de los dos antagonistas renuncia a una porción de la respectivas pretensión y resistencia en beneficio del otro y, de tal modo, los dos ganan en tranquilidad (desaparece el disenso) y en resultado (reparten el bien).

1.3.1.1. Los requisitos de la transacción

Las condiciones actuales que deben cumplirse para que el respectivo acto logre eficacia pueden ser extrínsecas e intrínsecas.

a) *Los requisitos extrínsecos.* Aunque, en general, la validez de las transacciones no esté sujeta a la observancia de formalidades extrínsecas, procesalmente se exige: 1) Que ambos transigentes tengan la capacidad procesal suficiente para renunciar a un derecho. En principio y como regla general, la transacción exige la *capacidad de contratar.* A ella se añade la específica para transigir, que es la capacidad para disponer. 2) En caso de que la transacción se haga por medio de apoderado, que éste tenga mandato especial para hacerlo. 3) Que lo acepte el juez de la causa, haciendo al efecto un juicio de admisibilidad del acto. En su resolución le corresponde analizar sólo: 3.1) la vigencia de los requisitos extrínsecos: la existencia de capacidad procesal de las partes transigentes y, de ser el caso, de mandato suficiente en su personero; 3.2) además, debe corroborar un requisito intrínseco: el relativo a si la transacción ha versado sobre objeto transigible; de ser así, dictará una *sentencia homologatoria* (v. *infra* **2.2.** en esta misma Lección) que –atención– no añadirá efecto alguno al acto, pero que servirá para ponerle formal fin al proceso y, así, poder archivarlo en su momento.

Insistimos particularmente en ello: la transacción, como tal, no necesita ser aprobada ni autorizada ni homologada ulteriormente, toda vez que no está sujeta a la observancia de formalidades extrínsecas, y surte sus efectos legales *desde el día de su presentación ante el juzgado.*

b) *Los requisitos intrínsecos* son: 1) Que el objeto de la transacción sea de *carácter transigible*, por no afectar el orden público: se trata de intereses meramente patrimoniales. Tal objeto debe reunir las condiciones que la ley prescribe para toda clase de contratos (igual a las establecidas para los actos jurídicos en general). Lo mismo que el objeto de todo acto jurídico, el propio de la transacción debe ser posible física y jurídicamente, debe versar sobre cosa o derecho que esté en el comercio, y no debe oponerse a la libertad de las acciones o de la conciencia ni perjudicar los derechos

de terceros. Pero no sólo puede ser transigida una *obligación*. También puede versar sobre derechos reales, intelectuales y aun de familia, y todos aunque estén subordinados a condición.

A su turno, *no pueden ser objeto de transacción*: A) las cosas que están fuera del comercio y los derechos que no son susceptibles de ser materia de una convención; B) toda pretensión punitiva, salvo caso excepcional de *perdón del ofendido*; C) los derechos sobre las relaciones de familia o el estado de las personas, excepto que se trate de derechos patrimoniales derivados de aquéllos, o de otros derechos sobre los que expresamente la ley civil admita pactar; D) los derechos eventuales a una sucesión, ni los derechos a la sucesión de una persona viva (son normas sobre los contratos en general y sobre la aceptación de herencias, y se inspiran en las mismas consideraciones morales); E) la obligación de dar alimentos tampoco puede ser objeto de transacción, por la misma razón que no puede ser compensada, ni renunciada, ni embargada. Pero este principio no debe entenderse en forma absoluta: se puede transigir sobre mensualidades ya vencidas de cuotas alimentarias, y la mayoría de la doctrina está de acuerdo en que es lícito transigir cuando la obligación no deriva de la ley, sino de una convención o de disposiciones de última voluntad;

2) que el acto contenga *concesiones recíprocas*, debiendo entenderse por tales el sacrificio que cada uno de los interesados haga de parte de sus derechos o pretensiones, o la prestación que una de ellas realice o se obligue a realizar a favor de la otra (de no haber reciprocidad el acto será *desistimiento* o *allanamiento*, según quién sea el que haga la renuncia). Como ya hemos dicho, el juez de lo civil no puede hacer consideración alguna respecto del valor de cada una de las renuncias. Tampoco el juez de lo penal en un sistema acusatorio en el cual el acusador, público o particular, se maneje con criterios de oportunidad y no de legalidad;

3) que las concesiones o sacrificios recíprocos tengan por objeto *extinguir obligaciones litigiosas* (son aquéllas que se discuten en un litigio vigente. En otras palabras, las que están sometidas a la decisión de un tribunal judicial) *o dudosas* (son las que, sin ser objeto aún de controversia

judicial, producen en las partes incertidumbre respecto de la extensión de sus respectivos derechos).

1.3.1.2. Los caracteres de la transacción

Por su naturaleza contractual, la transacción es una convención *sinalagmática*, a *título oneroso*, *consensual* y *formal* (cuando recae sobre derechos ya litigiosos) o *no formal* (cuando lo hace sobre derechos que no lo son).

Como medio específico de extinción del proceso, es *indivisible*, de *interpretación estricta*, *declarativa* y *no traslativa de dominio* y, por efecto de la indivisibilidad, *no se admite la nulidad parcial* de la transacción.

Cuando versa acerca de derecho ya litigioso, su validez se subordina a que sea presentada ante el juez ante quien radica el litigio. De donde resulta que es un acto formal y solemne en el cual deben observarse, bajo pena de nulidad, las formalidades que la ley establece, es decir, presentar las partes al juicio un escrito en el que exponen los términos de su transacción. Y en tanto no se presente al juez, carece de todo efecto.

1.3.1.3. Los efectos de la transacción

A los fines propios del proceso, cabe hacer en el tema importante distinción que no ha sido advertida por la doctrina en general: son diferentes los efectos propios de una transacción que versa sobre *cuestiones dudosas* y aún no litigiosas respecto de los que refieren a otras que ya *son litigiosas* por ventilarse actualmente en sede judicial.

a) Veamos primeramente estos últimos, de los que se ocupan todos los autores. A partir del momento mismo de su presentación ante el tribunal que conoce del litigio, toda transacción tiene los siguientes efectos: 1) extingue los derechos y obligaciones renunciados por las partes. Y esto opera de modo definitivo pues el incumplimiento de las obligaciones transaccionales no hace renacer la pretensión extinguida en el convenio. A raíz de ello, se extingue también la competencia del juez respecto del asunto hasta ese momento litigioso, conservándola al sólo

efecto de declararla admisible, de proceder conforme a lo transigido y, en su caso, de ejecutarla, de regular honorarios y de ordenar el archivo del respectivo expediente; 2) toda vez que con ella ha terminado el proceso, la ley establece que tiene los mismos efectos que los de una sentencia judicial firme: adquiere ejecutoria y la calidad de caso juzgado (ver ídem).

b) Veamos ahora los efectos de la transacción efectuada acerca de *cuestiones dudosas*, aún no judicializadas (y, por ende, *no litigiosas* en la terminología utilizada en toda esta obra): 1) al igual que en caso anterior, extingue los derechos y obligaciones renunciados por las partes; 2) pero, como no hay juez que intervenga en la relación transigida, no cabe presentarla ante tribunal alguno (pues simplemente no lo hay y, precisamente, los interesados quisieron evitarlo: por eso transigieron el conflicto), de donde surge ahora la siguiente pregunta: ¿a partir de cuándo rige su contenido? La respuesta parece obvia si se piensa en la naturaleza contractual de la transacción: a partir del momento en que lo dispusieron los interesados o, en su defecto, desde la fecha de la concertación. A consecuencia de ello, no cabe hablar del efecto de *caso juzgado* para justificar su naturaleza. Por lo contrario, debe remitirse el caso a lo regulado para los principios generales de los contratos: la transacción tiene fuerza de ley entre las partes. Es razonable aceptar, entonces, la lógica de la propia voluntad de las partes que, al decidir poner fin a las cuestiones transigidas, no pueden discutirlas de nuevo. De la misma forma, no cabe hablar de efecto *ejecutorio*, tal como lo hicimos antes.

La palabra *ejecutorio* significa que el mismo juez, que era competente para decidir el litigio transigido, ejecutará ahora la transacción por la vía de la ejecución de sentencia o del juicio de apremio. Pero, como en el caso no hay juez que intervenga en el asunto, la ejecución tendrá que hacerse ante el juez que resulte competente para ello y por la vía declarativa que corresponda al caso, al igual que lo que ocurre para todo contrato. Por supuesto, este efecto obligatorio propio de cualquier contrato rige no sólo para las partes transigentes, sino que también se extiende a sus sucesores universales, con arreglo a los principios generales.

1.3.2. El desistimiento del proceso

Es el medio procesal por el cual el actor renuncia a mantener vigente el proceso que inició a consecuencia de la admisión de su demanda, pero manteniendo intacto su derecho de pretender nuevamente mediante la instauración de otro proceso posterior, dejando a salvo la eventual prescripción. De tal forma, y al igual que el desistimiento de la pretensión, constituye una típica *renuncia del derecho de continuar postulando en este proceso* (y no en otro), por lo cual es de carácter meramente provisorio frente al definitivo que ostenta aquél, en el cual se renuncia también al derecho de pretender lo mismo en el futuro.

Este tipo de desistimiento es intentado estratégicamente por el actor cuando advierte en el curso del proceso que puede llegar a perder su pretensión, entre otros motivos, por: a) defecto en la afirmación de los hechos relatados en su demanda y puestos de manifiesto por el demandado; b) inadecuada descripción de la imputación jurídica efectuada respecto de aquellos hechos, o c) insuficiencia en la actividad confirmatoria que, de hecho, es el más común de los supuestos que explican este tipo de desistimiento.

Entendidos los motivos que pueden generar el desistimiento del proceso, se comprende fácilmente la razón por la cual desde siempre es de carácter *bilateral*: es obvio que si el actor intenta abandonar el proceso es porque colige que, al final, perderá su pleito por sentencia adversa a sus intereses; y su natural consecuencia es la de que el ganador será el demandado. Y si tal cosa ocurre, éste quedará a salvo para siempre de ser nuevamente demandado gracias a los efectos del caso ya juzgado que tendrá la sentencia que rechazará la pretensión actora por mal deducida o por no probada. De ahí la exigencia de que este medio sea bilateral. Es decir, que el demandado que puede llegar a beneficiarse con la sentencia que eventualmente se dicte en el proceso sea oído al respecto (cosa que no ocurre en el desistimiento de la pretensión) y que acepte esa solución que puede exponer su paz futura. De más está decir que, dado el carácter bilateral señalado, si el demandado se opone al desistimiento del proceso, éste debe seguir su curso.

Los *efectos* que produce este medio de finalización del proceso son: a) termina el proceso, y b) genera la carga de imposición de costas del proceso desistido al actor desistente.

1.4. El medio bilateral tácito: la caducidad de la instancia

También conocido como *perención de la instancia* o *caducidad de la instancia procesal abierta a partir de la admisión de una demanda* o *de un recurso*, es el medio que utilizan las partes procesales para lograr, con su propia recíproca inactividad durante un cierto lapso, la finalización del proceso sin que haya desistimiento de la pretensión, ni allanamiento a la pretensión, ni transacción. En otras palabras: dado que el proceso está constituido por una secuela de actos consecutivos que van cerrando etapas en procura de su objeto (la sentencia), la caducidad opera por mandato de la ley cuando ambos litigantes abandonan la actividad que a cada uno le corresponde realizar, dejando así de producir los actos necesarios para que el proceso avance hacia su objeto. Por supuesto, se descarta en esta afirmación toda actividad oficiosa del juez que produzca un acto impulsor del procedimiento, pues ya se ha mostrado antes de ahora que ello es inconciliable dentro del desarrollo de un sistema acusatorio puro. No obstante, rige en plenitud en todo tipo procedimental que adopte el enjuiciamiento inquisitivo. A raíz de ello, toda intervención oficiosa del juez que resulte ser impulsoria del procedimiento tendrá como inexorable efecto el de *purgar* (si se realiza después de transcurrido el plazo de la caducidad) o de *interrumpir* (si se realiza antes de dicho vencimiento) el curso de la caducidad. El origen autoritario de este medio se ve claro cuando se advierte la intromisión del Estado en la esfera de voluntad de los particulares que litigan, máxime cuando lo hacen a base exclusiva de derechos transigibles.

Finalmente, la *bilateralidad* del medio es obvia a poco que se recuerde que el proceso es un método de debate dialogal entre dos antagonistas en pie de igualdad, por lo cual es a *ambos litigantes* a quienes compete realizar la tarea de instar para hacer avanzar el desarrollo del proceso hacia su objeto final: la sentencia.

Personalmente, somos contrarios al instituto de la caducidad de instancia pues, con los años, se ha visto el gran daño que se hace con su utilización, máxime cuando algunos jueces la declaran de oficio –inexplicablemente, aunque la ley tolere su actuación– so pretexto de que tienen que *limpiar sus casilleros atiborrados de expedientes*, lo que les sirve de inmediato para mejorar estadísticas de asuntos en trámite.

Confesamos que en alguna oportunidad intentamos sin éxito la eliminación en el texto legal del instituto de la caducidad. Hoy, y maguer su claro origen estatista, creemos en la necesidad de mantenerlo para buscar una solución final a casos extremos que, de otra manera, nunca lograrían ser archivados. Para ello, cabe eliminar por completo la declaración oficiosa y aceptar el pedido de *cualquiera* de las partes una vez transcurrido el plazo legal, con tres condiciones: a) que tal plazo carezca de efecto preclusivo, de modo que el acuse de caducidad nunca sea sorpresivo para la contraria; b) que las costas del proceso principal sean siempre por su orden, y c) que se abandone la exigencia de la indivisibilidad de la instancia. De tal manera, conferido el traslado del caso, el actor (o el demandado) podrá allanarse a la declaración o, en su caso, manifestar su interés en continuar litigando. En esta hipótesis cabe imaginar que el proceso seguirá su curso normal y exigirá el curso de un nuevo plazo completo para que, ahora sí, opere la caducidad a pedido de parte. Sentadas las opiniones personales respecto de la institución, veamos ahora cómo opera en la mayoría de las legislaciones americanas, dentro del claro sistema inquisitorial que rige en todas ellas.

a) *Condiciones de procedencia.* Inactividad de las partes litigantes durante un plazo establecido por la ley para cada caso.

La declaración de caducidad no procede en el proceso de ejecución de sentencia, ni en los actos de jurisdicción voluntaria ni en los juicios universales. Tampoco procede, en cualquier tipo de juicio, estando los autos pendientes de resolución.

El plazo de caducidad comienza el día siguiente (hábil o no) al del último acto impulsorio y vence conforme a las pautas del Ccc (forma de contar los plazos en meses o años).

b) *Formas de operar.* Dos sistemas antagónicos se conocen en las leyes americanas: 1.º) uno bien extremo, en el que *la caducidad opera de pleno derecho*, con lo cual no se exige el pedido de parte ni declaración judicial alguna. Transcurrió el plazo y caducó el proceso. Y punto. Por obvias razones lógicas, el sistema no admite la purga del plazo transcurrido por consentimiento de la parte a quien puede beneficiar la declaración; 2.º) uno más razonable, que exige la expresa declaración judicial. Y éste se subdivide en dos subsistemas: A) el que autoriza al juez a pronunciar oficiosamente la declaración cuando el plazo ha transcurrido y B) el que deja librada su declaración a la instancia de una de las partes procesales.

c) *Contra quiénes opera.* El curso de la caducidad corre contra el Estado y contra los incapaces y en los incidentes, excepto en el propio incidente de perención.

d) *Efectos de la declaración.* Cuando la caducidad se produce: 1) antes de la sentencia de primera instancia o antes de su notificación a las partes, no extingue el derecho de pretender, que puede ser hecho valer nuevamente en otro juicio (sin perjuicio de lo dispuesto en Ccc respecto de la prescripción), en el cual las partes pueden usar las pruebas del trámite caduco; 2) cumplida la notificación de la sentencia de primera instancia, la caducidad da fuerza de caso juzgado al fallo apelado aun cuando el expediente se encuentre radicado en primer grado de conocimiento. Perimido el principal, quedan perimidos los incidentes.

2. LA TERMINACIÓN DEL PROCESO POR MEDIO DE ACTIVIDAD JUDICIAL

Si el proceso no finaliza por alguno de los medios autocompositivos vistos hasta ahora, es menester que el juzgador le ponga un punto final a efectos de archivar la causa o de permitirle el dictado de la sentencia, que constituye su objeto y que se supone heterocompondrá el litigio. Para cumplir esa finalidad, y en general, el juez puede: a) llamar autos para sentencia; b) homologar un acuerdo de partes; c) sobreseer la ejecución;

d) absolver la instancia; e) archivar la causa, y f) declarar la existencia de falta de mérito. Los vemos a continuación.

2.1. El llamamiento de autos

Concebido el proceso –cual lo ha sido en toda esta obra– como un método reglado para que dos antagonistas debatan dialogalmente ante un tercero que los dirige al efecto, parece obvio que la discusión termina cuando quienes discuten dejan de hacerlo o, mejor aún, cuando no pueden seguir haciéndolo. Y ello ocurre cuando finaliza la etapa de alegación y el juzgador da por terminada la actividad de procesar el litigio utilizando al efecto una fórmula de antiquísima data: llama *autos para sentencia*, o *autos para sentenciar*, o *autos para la definitiva* o, simplemente, *autos.*

En muchas legislaciones, esta providencia tiene un notable efecto saneador: su consentimiento liso y llano impide plantear luego la nulidad de actos de alguna forma viciados y cumplidos durante todo el curso procedimental, con lo cual se elimina la posibilidad de mantener larvados planteos impugnativos a base de ellos, para ser luego llevados a la alzada.

2.2. La homologación judicial

Castizamente, *homologación* es la aceptación o aprobación de un acto por parte de la autoridad oficial, por estar acorde con las reglas que rigen su validez. En el Derecho, el vocablo se utiliza con el mismo exacto sentido.

Los códigos antiguos no legislaban acerca de esta categoría de sentencia (por ej., Cpcsf) que sólo pone un *fin formal* al proceso, pero sin expedirse acerca del litigio, toda vez que, en lo sustancial, han sido las propias partes quienes han decidido terminarlo por algún medio autocompositivo.

En la Argentina, este tipo de sentencia aparece después de que la *homologación* fue usada por el Poder Ejecutivo respecto de lo actuado en el ámbito laboral, donde sí tiene importancia.

Recuérdese que en el # 1.3.1.1. de esta Lección hemos señalado que el juez debe *homologar* la transacción en sus aspectos extrínsecos. Y también que el juez laboral debe hacer lo propio respecto de las transacciones habidas entre obreros y patronos, pero expidiéndose también respecto de algún requisito intrínseco del acto para salvaguardar la equidad del trato. Lo cual es réplica de los requisitos de origen. Pero en materia de derecho privado carece de toda importancia en lo sustancial, ya que si el objeto de toda transacción debe ser necesariamente una *cosa transigible*, el juez no puede interferir en la esfera de libertad de las voluntades de los transigentes. Lo mismo debe ocurrir en materia penal en los regímenes que aceptan la posibilidad de que acusador y acusado acuerden cualquier cosa respecto de la pretensión punitiva, al igual que de la resarcitoria.

2.3. El sobreseimiento

Se entiende castizamente por *sobreseimiento* a *la acción y el efecto de sobreseer.* A su turno, esta voz significa *desistir de la pretensión o del empeño que se tenía* y, también, *cesar en el cumplimiento de una obligación*, de donde, extensivamente, se utiliza en el derecho desde antaño con el sentido de *cesar una instrucción sumarial* y *dejar sin curso ulterior un procedimiento cualquiera.* Esto ocurría en el enjuiciamiento penal, en el que desde siempre fue *provisorio*, con lo que se dejaba abierta *sine die* la causa penal, mostrando con ello la existencia de una verdadera espada de Damocles sobre la cabeza del investigado, quien no perdía jamás su condición de tal. Desde allí se trasladó al campo de lo no penal, particularmente en los juicios ejecutivos en los que no hay bienes a subastar por carencia de embargo.

La única norma que se ocupa del tema en la actualidad es el *Proyecto de Código Procesal General, Modelo acusatorio para lo no penal de América Latina* del Instituto Panamericano de Derecho Procesal.

2.4. La absolución de la instancia

Al igual que lo que se vio respecto del sobreseimiento, este medio de terminación judicial se caracteriza porque la respectiva sentencia que

lo contiene pone fin al proceso, pero deja subsistente el conflicto. En algunas legislaciones recibe la denominación de *sentencia inhibitoria*, con el significado de que, al emitirla, el juez *falla* diciendo que *no puede fallar* dictando sentencia sobre el fondo del asunto litigioso, pues alguna razón se lo impide. A raíz de ello, se inhibe de continuar actuando en la causa. Con lo cual es claro que se pone fin al proceso que, a partir de ahora, carece nada menos que de juez que lo sustancie asegurando la igualdad de las partes.

Al igual que el del antiguo sobreseimiento, su efecto siempre es provisional y no alcanza jamás la calidad de *caso juzgado*. Y ello, precisamente y haciendo juego de palabras, porque el *caso no fue juzgado*. Ejemplos de sentencias que absuelven la instancia se ven a diario: la que declara la incompetencia del juez, la que cierra el proceso porque no están presentes en él todos quienes deben intervenir en el debate de un hecho inescindible y la ley exige la presencia de todos los interesados para que la sentencia a dictar no sea de imposible cumplimiento, la que declara la caducidad de la instancia, la que acepta el desistimiento del proceso por acuerdo de partes, la que acoge una excepción dilatoria, etcétera.

2.5. El archivo de la causa

En los últimos años y siempre operando dentro del sistema inquisitorial, que acepta despreocupadamente denuncias y actuaciones oficiosas, para cerrar la etapa sumarial de una investigación que no se ha desarrollado aún en forma suficiente como para sobreseer por alguna de las causales ya vistas de inexistencia del hecho y de falta de autoría, los jueces ponen fin al sumario ordenando sin más su archivo.

Obvio es decir que, por ausencia de juzgamiento, no puede causar efecto de caso juzgado. De donde siempre ostentará carácter provisorio.

2.6. El auto de falta de mérito

Los jueces que prohíjan desde siempre y hasta hoy la vigencia del sistema inquisitorial de investigación y condena anticipada y cautelar

de los delitos, nunca se conformaron con la abolición del *sobreseimiento provisional*, el cual sería visto actualmente con muy buen grado por la justicia mediática que gobierna el sistema.

Esas ansias de lograr una investigación perdurable hicieron que, en algún momento de la codificación argentina y luego de hallarse vigente el sobreseimiento definitivo como indudable conquista de la civilidad frente al poder, se volvieran alegremente al pasado, reinstalando la figura bajo la denominación ahora de *auto de falta de mérito.*

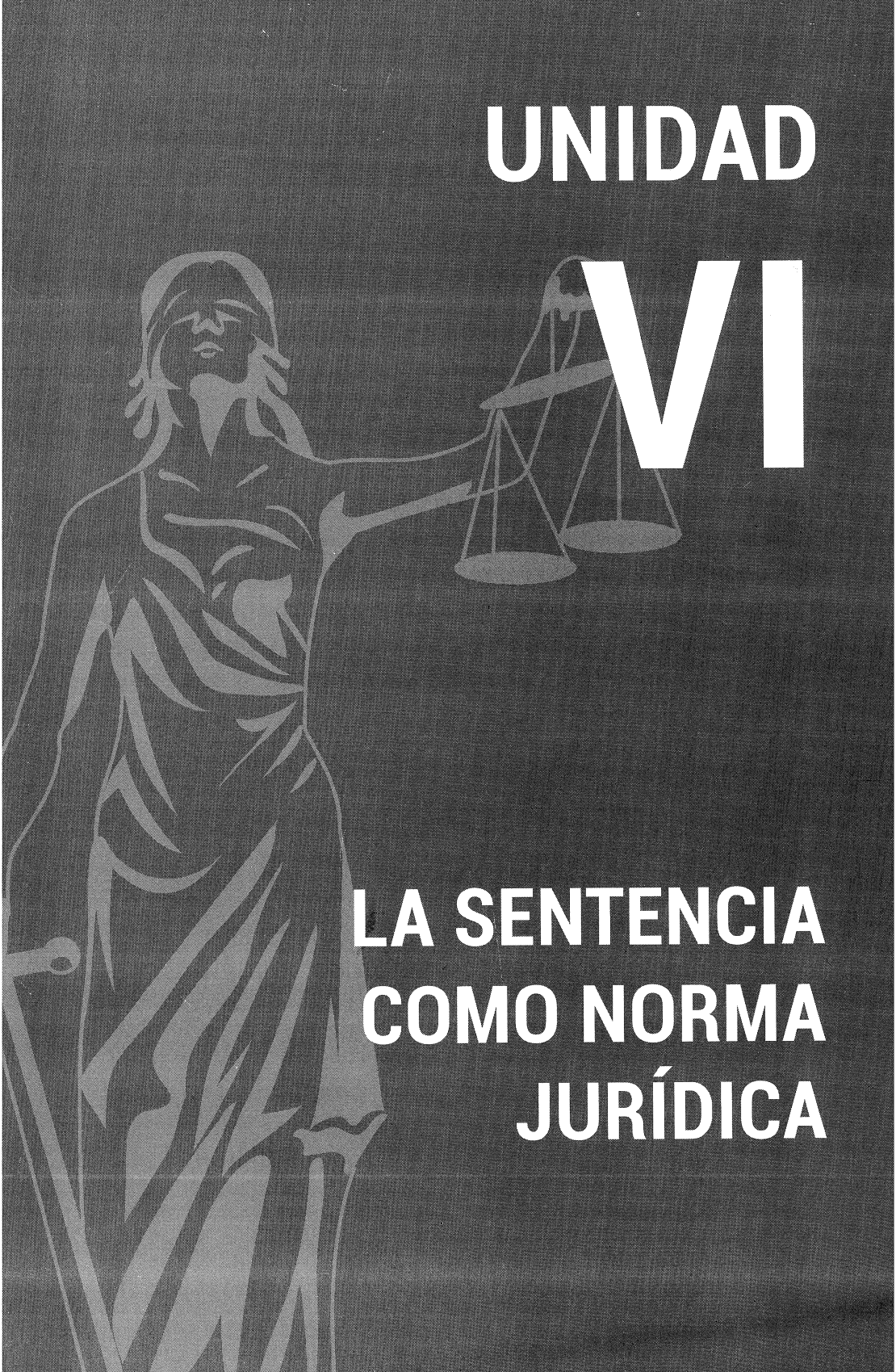
Es ésta la resolución que se dicta en la etapa sumarial o de investigación previa, cuando el juez carece de convicción acerca de la culpabilidad del imputado y, por ello, no sabe si procesar o sobreseer. Lo notable del caso es que, según pacífica interpretación de la doctrina procesal penal del país, no cabe aplicar acá el brocárdico *in dubio pro reo*, so pretexto de que ello sólo corresponde al juzgamiento propio del plenario.

Hay leyes que toleran esto y le ponen un límite: el del plazo acordado para el desarrollo de la investigación. Y ello, frente a lo que luego explicaremos, puede derivar en solución aceptable pues, al fin y al cabo, si la investigación dura –por ejemplo– noventa días y al décimo el juez no sabe qué hacer, coloca el proceso en una suerte de *stand by* hasta el final del plazo, a la espera de la aparición de elementos confirmatorios suficientes para formar su convicción.

Pero hay otros códigos que no tienen ese límite y, así, dejan subsistente el proceso durante todo el plazo necesario para que opere la prescripción liberatoria del delito imputado (de la *acción penal*). Con lo cual se ha regresado disimuladamente al ominoso pasado, al colocar al imputado bajo una espada pendiente de un hilo sobre su cabeza durante lo que puede ser a veces larguísimo tiempo, en el cual estará siempre sospechado y sujeto al capricho de lo que puede ser perverso ejercicio del poder.

Afortunadamente, este tipo de terminación del proceso no se encuentra normado en el actual Cppsf. Tampoco existe el archivo *oficioso*, que sólo pude ser pedido por la defensa.

En la instrucción penal preparatoria, el fiscal puede archivar si se dan ciertas condiciones legales.



UNIDAD VI

LA SENTENCIA COMO NORMA JURÍDICA

LECCIÓN 23

EL OBJETO DEL PROCESO: LA SENTENCIA

SUMARIO

1. El objeto del proceso: la sentencia
   - 1.1. El concepto
   - 1.2. La naturaleza jurídica de la sentencia
   - 1.3. La clasificación de las sentencias
   - 1.4. Los requisitos de la sentencia de fondo que resuelve útilmente el litigio
   - 1.5. Los efectos de la sentencia
     - 1.5.1. El efecto de la terminación del litigio
     - 1.5.2. El efecto de la conclusión de la actividad jurisdiccional
     - 1.5.3. El efecto de la declaración de certeza del derecho aplicable a la relación jurídica litigiosa
     - 1.5.4. El efecto temporal de las diversas clases de sentencia
     - 1.5.5. El efecto del caso ya juzgado
       - 1.5.5.1. El concepto
       - 1.5.5.2. La clasificación del caso juzgado
       - 1.5.5.3. Los límites subjetivos del caso ya juzgado
       - 1.5.5.4. Los límites objetivos del caso ya juzgado
     - 1.5.6. La ejecutoriedad de la sentencia
     - 1.5.7. La prescripción del derecho cierto que contiene la sentencia de condena

1. EL OBJETO DEL PROCESO: LA SENTENCIA

1.1. El concepto

La voz *sentencia* encuentra su origen en *sententia*[254] y se usa en Derecho para referir, a un mismo tiempo, a un acto jurídico procesal y

254 En latín, pensamiento, opinión, parecer.

al documento en el cual éste se consigna; en el primer caso, se usa con dos acepciones: a) una amplia, para denominar –genéricamente– a toda actividad mediante la cual el juez resuelve las peticiones de las partes o dispone cautelas procesales, y b) otra restringida, destinada a mostrar la misma actividad del juez, cuando –de acuerdo al contenido de la decisión– resuelve una cuestión incidental o accidental planteada durante la tramitación del proceso (sentencia *interlocutoria*) o resuelve el litigio presentado a su conocimiento, poniéndole fin (sentencia *definitiva*). En cuanto a su significado, ya hemos señalado antes que la doctrina general enseña que es *el modo normal de extinción de la relación procesal*, reflejado en un acto en el cual el Estado, por medio del Poder Judicial, aplica la ley declarando la protección que ella acuerda a un determinado derecho cuando existen intereses en conflicto actual o potencial.

Consecuentes con tal idea, la mayoría de los autores sostiene que son presupuestos necesarios de toda sentencia: a) su emisión por un órgano jurisdiccional competente; b) existencia de una controversia de intereses planteada en caso concreto, y c) obligatoriedad de que la controversia sea judicial. Hace ya mucho tiempo que hemos dejado de sostener doctrinalmente los conceptos antes transcritos pues contienen error esencial que es menester erradicar definitivamente para que nuestros estudiantes de Derecho puedan comprender finalmente qué es el proceso y cuál su real valor como método de discusión y, por ende, su verdadera importancia en el mundo jurídico. De ahí que proponemos variar la óptica de la explicación a partir de considerar, tal como ya se ha adelantado varias veces en el curso de esta obra, que *la sentencia es el objeto del proceso*. Liminarmente, y en función de lo recién dicho, parece razonable pensar que si el pretendiente desencadena el proceso con la interposición de una demanda judicial (con lo cual genera el *litigio*), es porque no ha conseguido solución autocompositiva alguna del *conflicto* en el plano de la realidad social y desea discutir su pretensión en pie de igualdad con el resistente y ante un tercero imparcial quien, llegado el caso, emitirá una sentencia otorgando la razón a uno o a otro; con ello, claro está, se evita la fuerza ilegítima exhibida en el hacer justicia por

mano propia y se asegura el mantenimiento de la paz social. Pero el simple hecho de haberse incoado el desarrollo de un proceso no impide la posibilidad de lograr la solución autocompositiva que no se logró en el plano de la realidad social. Y las estadísticas tribunalicias demuestran no sólo que esto es posible, sino que es el desenlace final en casi el 85 % de los casos justiciables. De ahí que no todo proceso cumple formalmente con su objeto. De donde cabe afirmar, nueva y recurrentemente, que *la sentencia no es un acto que integra el proceso*, considerado como medio de debate, sino que es su objeto (o sea, lo que se espera lograr al finalizar la discusión, aunque de hecho no siempre se logre) (el tema ya ha sido adelantado en la Lección 1). Pero cuando lo alcanza y, así, el juez emite su sentencia, lo que cabe ver en ella es otra cosa, que se advertirá en el punto siguiente, al analizar su naturaleza jurídica.

1.2. La naturaleza jurídica de la sentencia

Conforme a lo sostenido precedentemente, la sentencia se presenta en el mundo del derecho como un acto de clara y auténtica *normación* que realiza el juzgador en función de lo pretendido, resistido y regularmente confirmado por las partes litigantes durante el desarrollo del proceso y de la subsunción que de todo ello hace en una norma jurídica *preexistente*, *general* y *abstracta* que, por ser tal, carece de referencia específica a persona alguna. Pero hay algo más en la sentencia que la muestra como una norma muy especial: debe ser motivada con un razonamiento lógico explicativo de la solución que otorga al litigio. Ello surge del antiguo deber legal de resolver efectivamente todo caso justiciable, sin que pueda el juzgador ampararse para no hacerlo así en el silencio o en la oscuridad de la ley. En otras palabras: el juez aplica la norma si, a su juicio, ella existe y la entiende tal como la emitió el legislador. Pero si la ve oscura y ello impide su cabal comprensión, debe *interpretarla* para aplicarla a partir de allí. Si la norma es *insuficiente* a su juicio, la integra para su aplicación y, finalmente, si entiende que no hay norma alguna que regule el caso y que no existe otra parecida que pueda ser aplicada por el régimen de la analogía, la crea y la aplica para solucionar el litigio. Recurrentemente, el

juez *siempre norma*: ora aplicando en concreto la ley abstracta, con o sin interpretación de su texto; ora integrando la norma abstracta mediante la emisión de una norma concreta; ora creando la norma concreta en caso de inexistencia de norma abstracta. Esta es la razón por la cual el proceso, como método, no termina ni puede finalizar en una sentencia; por eso es que ya sostuvimos que el debate finaliza cuando el juez llama los *autos para sentenciar*, impidiendo a partir de allí la continuidad de la discusión del litigio.

Claro está, la norma ínsita en la sentencia es formalmente distinta a la norma contenida en la ley: aquélla siempre es *concreta* (le pone nombre y apellido a la ley abstracta), siempre es *posterior* a los hechos que exigen su emisión y *particular* para el caso que se resuelve mediante ella. Pero hay algo más: es una norma *razonada*, con fundamentos que se exponen con método no exactamente igual al que usa el legislador para hacer la explicación de los motivos que lo llevaron, precisamente, a legislar como lo hizo. Y en ese razonamiento, el juzgador debe señalar a los litigantes el por qué juzga como lo hace al igual que el porqué de su decisión en un sentido y no en otro, y la aclaración de si aplica directamente la ley primaria o si la interpreta o si la integra (en ambos casos, la modifica) o la crea.

Resta agregar ahora que la corriente interpretativa aceptada generalmente por la doctrina americana tradicional que explica el tema, no ve en la sentencia una *norma*, sino un simple razonamiento que exhibe la estructura propia de un *silogismo* constituido por una *premisa mayor* (la norma jurídica abstracta), una *premisa menor* (la situación de hecho objeto de la controversia) y una *conclusión* (parte dispositiva de la sentencia), que contiene la declaración del resultado jurídico que deriva de subsumir o someter el hecho a la regla jurídica correspondiente, debiéndose distinguir este juicio de todos los demás juicios lógicos en cuanto a su contenido jurídico.

Parte de la doctrina contemporánea, criticando a la concepción silogística tradicional de la sentencia, sostiene que esta no se agota en

una operación lógica, sino que, además del proceso intelectual necesario para llegar a la decisión, existe otro proceso paralelo y conjunto de carácter volitivo, que se pone de manifiesto en la elección hecha por el juez de la premisa mayor, en la valoración de la prueba (a la que muestran como una serie ininterrumpida de silogismos) y en el sentido de justicia que posee el juzgador; en este orden de ideas, la sentencia no concluye con un juicio lógico, sino que culmina –necesariamente– en un acto de voluntad del juzgador. En otras palabras, y tal como lo prefería ALSINA, la sentencia contiene la expresión de la convicción formada en la mente del juez por la comparación entre la pretensión de la parte y la norma jurídica o de derecho objetivo.

1.3. La clasificación de las sentencias

Aunque el tema no interesa a un verdadero sistema procesal, pues no hace a la esencia de su calidad de norma jurídica, merece ser desarrollado escuetamente en esta obra con un declarado fin puramente didáctico y para que el lector pueda apreciar cómo se conjugan con este tópico los distintos institutos ya expuestos en lecciones anteriores.

a) Una primera pauta clasificatoria surge del numeral anterior, donde se apuntó que las sentencias, en sentido restringido, pueden ser *definitivas* o *interlocutorias*, usando como criterio de orientación el de su eficacia con relación al litigio o al desarrollo del proceso.

1) Es *definitiva* la sentencia que resuelve efectivamente el litigio, acogiendo o rechazando la pretensión deducida en la demanda o acusación. Atendiendo al tipo de litigio al cual la sentencia pone fin, se clasifican según que *admitan* o *rechacen* la pretensión demandada, denominándose, respectivamente, estimatorias, desestimatorias o absolutorias del derecho pretendido y absolutorias de la instancia procesal.

A) Es sentencia *estimatoria* la que pone fin al litigio resolviendo efectiva y afirmativamente el conflicto, con lo cual acoge íntegra y totalmente la pretensión demandada (el concepto incluye todo lo referente a lo penal) (aquí gana el pretendiente y pierde el resistente). A su turno, la

sentencia estimatoria se clasifica, de acuerdo a la naturaleza de la pretensión deducida en la demanda, en *declarativas*, *condenatorias*, *constitutivas* y *cautelares*. El tema debe ser tratado cuando se estudia la pretensión procesal y así se ha hecho en esta obra (ver la Lección 6, por lo que cabe hacer allí la remisión del caso), pues no es que la sentencia sea en sí misma *declarativa*, sino que, al acoger una pretensión de tal índole, se concreta a hacer la pura declaración. Y nada más. Por eso creemos que se genera confusión cuando se afirma por la doctrina lo que aquí se critica.

B) Es sentencia *desestimatoria* la que pone fin al litigio resolviendo efectiva y negativamente el conflicto[255], con lo cual rechaza totalmente la pretensión demandada (aquí gana el resistente y pierde el pretendiente).

C) Es sentencia *mixta* la que pone fin al litigio resolviendo parcialmente el conflicto, con lo cual acoge y rechaza parte de la pretensión demandada (aquí gana una parte el pretendiente y otra parte el resistente).

D) Es sentencia *absolutoria de la instancia procesal* la que resuelve el litigio sin resolver el conflicto, que sigue vigente y puede ser demandado nuevamente. De donde resulta que este tipo de sentencia no gana jamás el efecto de caso juzgado.

2) Es *interlocutoria* la decisión que resuelve cuestión incidental o accidental (ver la Lección 14) durante la tramitación del proceso. Atendiendo a su contenido, admite la siguiente clasificación: A) *interlocutorias que tienen fuerza de sentencia definitiva*: por ejemplo, las que resuelven excepciones dilatorias ordenando el archivo de la causa, la admisión de la recusación entablada contra un juez, el rechazo de medios de prueba que eventualmente no pueden ser producidos luego; las que imponen medidas disciplinarias; las que deciden acerca de accidentes procesales, etcétera; B) *interlocutorias simples*: en general, todas las que deciden exclusivamente acerca de incidentes relativos al desarrollo del debate procesal, y no sobre el derecho pretendido en la demanda o en la excepción.

255 Recuérdense las diferencias entre *conflicto* y *litigio* que se explicaron en la Lección 2.

Una segunda pauta clasificatoria se logra en función de la jerarquía y tipo del tribunal que las emite. Y así, pueden ser dictadas por: 1) tribunales unipersonales de primera instancia; 2) tribunales colegiados de segunda instancia, y 3) tribunales colegiados de primera instancia o de instancia única. Y el criterio es útil pues todas responden a formalidades diferentes, tal como se verá más adelante.

1.4. Los requisitos de la sentencia de fondo que resuelve útilmente el litigio

Para que pueda ser entendido este tema en todas sus implicaciones, es menester recordar previamente las ya explicadas diferencias existentes entre la *actividad que cumple el juzgador para resolver el litigio* (*acto*) y el *documento en el cual consta y con el que se acredita el cumplimiento de tal actividad* (*acta*). Referiremos entonces en este punto a las condiciones propias del *acta* y a las que se corresponden con el *acto*.

Partimos de la base de que toda sentencia que pone fin al pleito haciendo mérito de lo pretendido y resistido por las partes en función de lo regularmente confirmado por ellas al respecto, es la existencia de un proceso *legítimamente llevado por el juez y por las partes* conforme a los principios que gobiernan su esencia y a tenor de las reglas de procedimiento establecidas al efecto en la ley o en el acuerdo de los propios interesados. Tan importante es la enunciación de esta circunstancia que sólo si se la respeta acabadamente en el caso concreto es que la sentencia que se dicte para resolverlo alcanzará sus efectos y no en el caso contrario, en el cual sólo puede decirse que ha habido en la especie una simple *apariencia de proceso* (o sea, un *simple procedimiento* en el cual no existió bilateralidad con igualdad de instancias de las partes garantizada por la propia imparcialidad del juzgador), abatible por medio de otro proceso. Sobre tal base, los *requisitos* que se relacionan tanto con la *eficacia* cuanto con la *eficiencia* de la sentencia son:

a) Los *requisitos de eficacia* son de carácter *extrínseco* y se presentan siempre en el momento de dictar la sentencia. Liminarmente, aclaramos que en este tema se estudian las condiciones que son necesarias de cumplir

por el juzgador para que el documento que emite tenga eventualmente *validez* como norma jurídica que resuelva, al menos aparentemente, el litigio acerca del cual recae. Estos requisitos pueden ser externos e internos:

1) *externos*: se vinculan con la legitimidad constitucional y legal del acto y no con las formalidades que debe contener el documento (el *acta*). Sin conocer acabadamente estos requisitos y a los que referiremos en el punto siguiente, es imposible la exacta comprensión del tema. Luego de ello, ya resultará sencillo entender que los de la sentencia *son propios de ella* y no pueden ser considerados jamás como *presupuestos del proceso.*

Véanse ahora las preguntas que pueden formularse para definir cuáles son los *requisitos extrínsecos externos* de la sentencia: A) ¿quién debe dictarla?; B) ¿qué se resuelve en ella?; C) ¿cuándo hay que emitirla?; D) ¿dónde se hace y se guarda?, y E) ¿para qué se hace? Vamos ahora con las respuestas a ellas.

A) ¿*Quién debe sentenciar*? La sentencia debe ser emitida por el juzgador que se encuentra a cargo del tribunal creado con anterioridad al hecho que motivó el proceso y que ha sido aceptado como tal por ambas partes en litigio.

Finalmente: habrá advertido el lector que no se ha mencionado la habitual y reiterada frase relativa a que el juez *tenga jurisdicción y adecuada competencia.* Y es que ya explicamos en la Lección 8 que la jurisdicción es *cosa que se hace y no cosa que se tiene*, lo cual hace obvia esta falta de referencia al tema. En cuanto a la señalada *competencia*, cabe acotar que en los últimos años ha dejado de ser considerada con una naturaleza gobernada por la idea de *orden público*, de donde surge que la incompetencia del juzgador no determina por sí la validez de una sentencia dictada por él. De ahí que es posible que el actor pretenda ante juez incompetente, que éste no advierta su incompetencia y que, por ello, admita la demanda y confiera traslado al demandado. Y es también posible que éste no deduzca la vía adecuada para lograr la declaración de su incompetencia. En tales condiciones, las leyes actuales impiden a tal juez declarar su incompetencia luego de haber sido consentida

tácitamente por el demandado (Lopjsf, art. 2, último párrafo, salvo conexidad causal), con lo cual parece obvio que ha sido dejada de lado toda idea de orden público en cuanto al tema ya que, de hecho, no hay más incompetencias auténticamente improrrogables. Y eso está bien pues ayuda a mejorar la imagen del Poder Judicial.

B) *¿Qué se resuelve en la sentencia*? La sentencia definitiva debe resolver el *litigio*, es decir, el conflicto afirmado en la demanda como existente en la realidad de la vida social, en tanto ha sido negado y discutido por el demandado en su contestación. Por tanto, y conforme se adelantó en la Lección 21, escapan a la consideración del juez al sentenciar todo lo relativo a hechos no alegados (aunque sean del conocimiento personal del juzgador), los hechos admitidos por el demandado, etcétera. Lo mismo ocurre en el campo de lo penal: la pretensión punitiva en un sistema acusatorio en serio se deduce, discute y prueba en forma similar a la de lo civil, con importante variante; el reo penal goza siempre del constitucional estado de inocencia y, por tanto, ninguna carga confirmatoria puede pesar sobre él.

C) *¿Cuándo se emite una sentencia*? Debe ser dictada luego de que las partes hayan consentido el decreto de *llamamiento de autos* (o su sucedáneo, cuando no está previsto en la norma) y dentro del plazo que todas las leyes acuerdan al efecto para cada tipo de procedimiento.

D) *¿Dónde se hace y guarda una sentencia*? Las legislaciones que regulan los procedimientos judiciales establecen en general que todas las pretensiones (presentadas tanto por vía de *demanda* como de *acusación*) deben ser hechas por escrito. Y cuando algunas en particular admiten la presentación verbal, se deja nota sucinta del contenido pretensional en algún documento, legajo, expediente, *dossier*, etcétera. Y ello, como garantía de libertad, para poder luego realizar el control de la congruencia entre lo pretendido y sentenciado. De tal modo, la sentencia debe hacerse en el Tribunal encargado de dictarla, y será guardada en copia auténtica junto al documento, legajo, expediente, etcétera, que le dio origen. Sin perjuicio de ello, el original firmado de puño y letra del juzgador debe ser incorporado cronológicamente a un protocolo especialmente llevado

al efecto por el funcionario fedatario del caso, allí rubricado y foliado y guardado por el tiempo que establezca la ley. De allí es de donde puede extraerse –en caso necesario– testimonio de ella.

E) *¿Para qué se sentencia*? Ya se ha dicho varias veces en el curso de esta obra que el objeto del proceso (lo que se busca con él) es la sentencia, y el de ésta es generar la norma específica que regirá el caso concreto. Obtenido tal objeto, existe otro emergente de él: disponer en su momento el pretendiente de los efectos de la sentencia que se verán luego y que le permitirán ejecutar lo sentenciado, si ello es susceptible de ejecución; y repeler cualquier ataque del perdedor, pudiendo sostener para ello que el caso ya ha sido juzgado (salvo, claro está, que se ataque a la sentencia misma en proceso posterior por ser ella fraudulenta o colusiva, como se dijo antes de ahora).

b) Los *requisitos internos* de la sentencia también son *extrínsecos* y refieren a los aspectos puramente formales que debe contener el documento (el *acta del acto*), que acredita por sí mismo la existencia de la actividad cumplida por el juzgador al sentenciar. Contestan a las preguntas *¿cómo se hace*?, *¿cómo se hace el acta* sentencia *para que sea formalmente válida*?

Los requisitos extrínsecos señalan las formas que debe contener la sentencia en orden a tener validez en el mundo jurídico y, en general, son los comunes a toda actuación judicial pues, siendo la sentencia un documento público en la Argentina, es menester que, para su validez, eficacia y fuerza probatoria, se cumplimenten en lo pertinente los requisitos exigidos genéricamente en Ccc, art. 290 y siguientes, especificados en detalle en el Cpcn.

c) Los *requisitos de eficiencia* son siempre de carácter *intrínseco* y apuntan a la *utilidad* de la sentencia, como norma jurídica individual, para terminar el *litigio* con legitimidad y justicia (particularmente, con relación al *conflicto*). Para ello, el contenido intrínseco de toda sentencia debe responder a cánones lógicos más o menos uniformes que, establecidos generalmente en las constituciones y en las leyes de procedimiento,

enseñan cómo debe ser cumplida por el juzgador la tarea de juzgar un caso concreto. Para realizar el acto de juzgamiento, el juez debe comenzar por conocer y comprender cabalmente cuál es la pretensión demandada, que es, precisamente, lo que el pretendiente espera obtener mediante la sentencia. Para acreditar ese conocimiento y esa comprensión, el juez: 1) inserta inicialmente en su sentencia una suerte de preámbulo que recibe el nombre de *resultando*, pues relata en él todo lo que *resulta* de los autos, donde constará cuáles son las circunstancias fácticas causales de la pretensión bajo juzgamiento y cuáles son los medios de confirmación de los hechos litigiosos que el juzgador considera útiles para poder expedirse acerca de la pretensión deducida o de una defensa que impide estimarla; y 2) continúa con los denominados *considerandos* en los que explica sencillamente la razón por la cual considera regularmente confirmado el hecho litigioso, razonando (*motivando*) cómo ha valorado la respectiva prueba, analizando su fiabilidad, pertinencia, idoneidad, grado de acreditación, estándares probatorios, reglas de exclusión de pruebas, pruebas contradictorias, etcétera, y cómo subsume los hechos que considera regularmente confirmados en la normativa general y abstracta preexistente (*motivación*) y cuál es la consecuencia de tal subsunción en orden a lo pretendido y resistido en autos (*solución*). Por supuesto, al ser la sentencia un acto de clara esencia normativa, finaliza en: 3) una *decisión* o *fallo* relativo a la pretensión deducida, que ya se ha visto puede ser estimatorio, desestimatorio o mixto (*resolución*).

1.5. Los efectos de la sentencia

Ya se sabe –insistimos en ello– que la sentencia constituye el *objeto* del proceso y que, como acto jurídico que es, tiene naturaleza claramente normativa: en rigor, en ella el juez pone nombre y apellido a la norma general, previa y abstracta contenida en la ley, para convertirla en norma particular, actual y concreta que sirve sólo para heterocomponer *este litigio* en el cual se emite. Sabido es también que los jueces resuelven *litigios* y no *conflictos*, y, de tal manera, otorgan certeza a las relaciones jurídicas que han sido objeto de contestación. Pero no siempre logran con ello establecer un estado de paz entre los contrincantes.

Esto se ve innegable cuando, por ejemplo, se declara una caducidad de instancia o una incompetencia o se emite sentencia absolutoria de la instancia o se declara desierto un recurso: el litigio se termina, sí, pero el conflicto sigue subsistente, con todo lo que ello entraña para el mantenimiento de la paz social. Por eso es que el ideal de justicia aconseja que, al resolver los litigios, los jueces deban procurar dejar definitivamente solucionados los conflictos existentes en la realidad. Con lo cual se gana en certeza y se gana en paz, metas finales a conseguir por todos los jueces. Para esto es que sirve a la postre la distinción que hicimos en la Lección 1, al señalar las variaciones que pueden hacerse a partir de distinguir los conceptos de *litigio* y de *conflicto*.

Con estas ideas expuestas, veamos ahora cuáles son los efectos propios de la sentencia en cuanto a la relación litigiosa que, a nuestro juicio, son cinco: a) la terminación del litigio; b) la conclusión de la actividad jurisdiccional; c) la obtención de certeza de las relaciones jurídicas hasta entonces discutidas y la posibilidad de que ciertos efectos se retrotraigan en el tiempo; d) la existencia del fenómeno político denominado *cosa juzgada* o, dicho con mayor propiedad, *caso ya juzgado*, y e) la ejecutoriedad de la decisión, cuando es susceptible de ejecución. Los explicamos.

1.5.1. El efecto de la terminación del litigio

El primer efecto de la sentencia firme es *terminar el litigio*, lo que se logra con la emisión de un acto de autoridad competente para el caso. Tal acto debe exhibir dos calidades: legitimidad y justicia. Interesa grandemente que la sentencia sea *legítima*, pero no ocurre lo mismo si no es *justa*. Aunque es obvio que todo juez debe aspirar a que sus pronunciamientos exhiban siempre el valor *justicia*, pues hace a la esencia de la función que así lo sea, es posible que no lo consiga en algún caso concreto. Pero esto no rompe ni deteriora el sistema pues, caso de no lograrse dicha justicia, será a la postre un fin no querido del Derecho, necesario de sufrir por unos pocos en favor de la seguridad y paz de todos. Precisamente, esa terminación es lo que generará los demás efectos que trataré casi de inmediato, cada uno con todas las implicaciones que se verán oportunamente.

1.5.2. El efecto de la conclusión de la actividad jurisdiccional

Se dice desde antiguo que una vez que ha sido pronunciada y notificada la sentencia de que se trate, *concluye la jurisdicción del juez* respecto del pleito. Como ya sabemos que la jurisdicción *no es cosa que se tiene* (calidad o propiedad), sino que *es algo que se hace* (acto), ello significa que cesa de ahí en más toda posible actividad jurisdiccional del juez sobre el tema litigioso.

Pero atención: la cesación no va más allá de la cuestión decidida y siempre queda al juez, aun luego de notificada su sentencia, el deber de resolver impugnaciones de aclaratoria; de aceptar pretensiones cautelares y todas las variantes que pueden presentarse alrededor de ellas (levantamiento, sustitución, ampliación, reducción); de proveer recursos de alzada, concediéndolos o denegándolos y, en el primer caso, de establecer el modo y el efecto con el cual los concede; de ejecutar la sentencia si es susceptible de ello; de declarar rebeldías posteriores a la emisión de la sentencia (por ejemplo, caso de muerte de una de las partes), etcétera.

1.5.3. El efecto de la declaración de certeza del derecho aplicable a la relación jurídica litigiosa

Ya se ha visto en la Lección 6 que, en general, todas las sentencias ostentan carácter *declarativo* en razón de que, para otorgar el juez certeza a las relaciones jurídicas discutidas en litigio, es menester que: a) acepte la existencia de los hechos controvertidos; b) determine luego la norma jurídica general y previa que los rige; c) considere después la razonabilidad de aplicar ésta a aquéllos, y d) decida si cabe acoger o rechazar la pretensión deducida en juicio por el actor, todo a tenor de lo que acabo de expresar. Y estas actividades son puras *declaraciones* respecto de los hechos, del derecho y de lo pretendido, resistido y debidamente confirmado a base de ambos. Y esas declaraciones, consideradas ahora genéricamente, son las que otorgan certeza definitiva a la relación jurídica que, desde ahora y gracias al siguiente efecto de *caso juzgado*, no podrá ser discutida útilmente más adelante.

1.5.4. El efecto temporal de las diversas clases de sentencia

Ya se ha visto en esta misma Lección que la sentencia declarativa puede ser: a) de *mera o simple declaración* de derecho hasta ahora incierto; b) de *condena* al pago de una prestación determinada, que se presenta como la más utilizada en la función judicial (tanto, que durante muchísimos años toda la doctrina referida a la *sentencia* se hizo a base de ella, con olvido de las demás vistas precedentemente); c) de *constitución* de derechos o de nuevos estados jurídicos y de determinación de derechos. Por obvias razones, los disímiles contenidos de los diferentes tipos de sentencias hacen que sus respectivos efectos corran sólo hacia el futuro (*ex nunc*[256]) o se retrotraigan al pasado (*ex tunc*[257]). Como se ve, el problema es ajeno e independiente del que genera el fenómeno del *caso ya juzgado* que se verá luego: aquí se trata de establecer cuándo una sentencia puede tener efectos retroactivos respecto de la fecha de su emisión.

Veamos ahora el tema desde la óptica de cada tipo de sentencia: a) *declarativas en general*: retrotraen sus efectos hacia el pasado y más allá de la fecha de la demanda judicial. Y ello en razón de que se concretan a declarar la existencia o inexistencia de un derecho haciendo cierto lo que era incierto. Como se ve, poseen una naturaleza de carácter puramente *documental*; b) de *condena*: retrotraen sus efectos sólo hasta la fecha de la demanda judicial o arbitral; c) *constitutivas*: no tienen efecto retroactivo, por lo que sólo se proyectan hacia el futuro. Y ello es de toda obviedad, habida cuenta de que el nuevo estado jurídico nace recién a partir de la sentencia firme, por lo que sus efectos deben correr necesariamente desde allí en adelante (piénsese en el caso de la constitución del estado de *divorciado* o de *incapaz absoluto* o de *adoptante* y *adoptado*: ¿no es de toda razonabilidad sostener que se es tal a partir de la sentencia y no antes?). Pero las cosas no son tan sencillas cuando una misma sentencia ostenta los tres caracteres ya vistos, cual ocurre con la que recae en cualquier

256 En latín, *ex* es preposición que significa *punto de partida* y *nunc* es adverbio que se traduce como *ahora*.

257 En latín, *tunc* es adverbio que significa *entonces, en aquel momento, en aquel tiempo...*

pretensión de reparación de daño causado por culpa (responsabilidad aquiliana): es *declarativa* en cuanto da certeza a la circunstancia de haber acaecido en la realidad un hecho productor de daño y aceptar su relación de causalidad con el daño producido; es *constitutiva* en cuanto, al aceptar como buena la imputación jurídica efectuada por la víctima frente a su victimario, lo constituye en deudor de una indemnización que, nótese bien, no debía antes de ser declarado como tal; finalmente, al establecer el *quantum* del daño, lo *condena* a pagar al *recién ahora* acreedor. Tanto es así esto que, por ejemplo, una víctima de un accidente de automóvil que no ha obtenido sentencia, aún, carece de todo derecho a pedir la quiebra de su afirmado deudor: precisamente, porque ambos son acreedor y deudor en simple expectativa. Ante este problema, toca al juez decidir cuál de los tipos de sentencia ya reseñados es el que debe prevalecer en la especie para, por ejemplo, establecer el comienzo del curso de los intereses.

Repárese en que si la sentencia que condena a pagar una indemnización es preferentemente *declarativa* que *constitutiva*, el curso de los intereses podrá correr desde la fecha de promoción de la demanda, o, más aún para muchos autores, desde la fecha misma del hecho causante del daño; en cambio, si es preferentemente *constitutiva* que *declarativa*, el curso de los intereses habrá de correr desde la fecha de la sentencia en adelante.

1.5.5. El efecto del caso ya juzgado

1.5.5.1. El concepto

En la Lección 12 incluimos a la *transitoriedad del proceso* como uno de los posibles *principios procesales*. Y ello porque, aunque el proceso *no es un mal en sí mismo* que a toda costa deba ser evitado (cual lo sostenía Franz Klein en su idea matriz que pergeñó el Código Austrohúngaro de 1895), sino un *remedio para erradicarlo*, parece claro que no puede abusarse de él como tal y tolerar, por ejemplo, una discusión circular que mucha gente haría desaprensivamente durante toda una vida para satisfacer un difuso ánimo litigioso, tan en boga en muchos de nuestros países. Por eso es

que la ley admite la existencia de un grado judicial de control ordinario (acerca de hechos y de derecho) y, a veces, otro de carácter extraordinario (acerca de la constitucionalidad de la sentencia impugnada). Pero en algún momento –y grado más o grado menos– hay que ponerle un punto final a la discusión e impedir que renazca en lo sucesivo. Y ese final se logra con: a) la sentencia de cualquier grado de conocimiento judicial consentida por los interesados; b) la sentencia que no admite recurso alguno que pueda permitir el control de su contenido; c) la transacción de bienes litigiosos, una vez presentada al juicio. En suma: todo ello es lo que logra ese efecto del *caso ya juzgado* que la doctrina menciona desde siempre como de *cosa juzgada*, sin reparar en que se juzgan *casos* y no *cosas*.

Conforme con estas ideas, ya puede decirse que el efecto del caso juzgado implica dos cosas: a) que no pueda discutirse nuevamente acerca de un *mismo* hecho y de la *misma* imputación jurídica que el actor hizo a base de él (*causa obligacional*) entre las *mismas* personas que ya lo discutieron en un proceso terminado por sentencia. Si bien se mira, este efecto no consiste en que no pueda ser demandada la misma pretensión ya sentenciada –cual lo dice erróneamente abundante jurisprudencia–, sino el de que no se abra una nueva discusión a los mismos fines, ni en el mismo proceso ya terminado ni en otro que se intente en el futuro. De ahí que no haya posibilidad de revisión de lo juzgado cuando se quiera ejecutar la condena contenida en el pronunciamiento judicial; b) que la parte que ha logrado la declaración judicial de su derecho puede obrarlo sin que sea lícito a juez alguno el rehusarse a aceptarlo, pues no le está permitido desconocer esa decisión. A tal punto esto es cierto, que muchos códigos establecen el *deber* de todo juez de "declarar la existencia de cosa juzgada" (y de litispendencia por identidad), aun sin pedido de parte y con sólo conocer tangencialmente el tema.

Por otra parte, ya se ha dicho repetidamente en esta obra que el importantísimo principio que se conoce con el nombre de *seguridad jurídica* enseña que no pueden subsistir dos pretensiones basadas en el mismo hecho causal, no importa al efecto si ellas son antagónicas o concurrentes, toda vez que ambas podrían generar pronunciamientos judiciales contra-

dictorios, con todo el caos que ello puede ocasionar. Y cuando ello ocurre *contemporáneamente*, surge la posibilidad de hacer dicha eliminación por la vía de la declaración de litispendencia (por identidad). Cuando aparece *sucesivamente* (una discusión luego de estar sentenciada la anterior), se da la posibilidad de declarar la existencia del *caso ya juzgado.* En ambos supuestos, una de las pretensiones debe caer a fin de dejar subsistente sólo una, sentenciada o no. Pero solo una. Ya puede decirse, entonces, que el *caso juzgado* es el efecto que genera una sentencia al otorgarle autoridad y eficacia a lo decidido en ella, siempre que no exista posibilidad fáctica de modificarla por medio de alguna vía útil de impugnación.

Históricamente se ha tratado de justificar la vigencia de este efecto viéndolo desde la óptica del derecho civil y del derecho procesal, con diferentes teorías que tratan de explicarlo. Y a estos fines se ha dicho que es una ficción de verdad, y una presunción de verdad, y una declaración auténtica de derechos subjetivos, y una derivación del llamado contrato judicial, y una efectiva tutela de los derechos privados, y una posesión aparente del derecho, etcétera. Por nuestra parte, nada de esto resulta de utilidad pues es manifiesto que una sentencia que nada tiene que ver con la verdad puede alcanzar también este efecto.

La explicación debe hacerse, entonces, a partir de aceptar el fenómeno del caso juzgado como una consecuencia lógica de una necesidad de contar con la plena certeza de las relaciones jurídicas en algún momento inciertas o discutidas y, por supuesto, de la mayor necesidad de mantener una perpetua paz social. Así vista la cosa, resulta clara la naturaleza *política* y no jurídica de este efecto. Sus fundamentos así lo indican incontrovertiblemente y tanto que, en rigor, el tema tendría que ser estudiado en otra asignatura (Derecho Constitucional o Derecho Político, que son los que regulan la convivencia) y no en la Procesal, donde sólo corresponde tratar sus aplicaciones prácticas, que se reducen a eliminar a uno de los litigios cuando hay dos acerca del mismo hecho. Con esta concepción creemos que pierde vigencia toda justificación en otras consideraciones como las ya vistas *supra*.

1.5.5.2. La clasificación del caso juzgado

Se dice habitualmente que el efecto propio del caso juzgado puede ser material o meramente formal.

a) El efecto *material* refiere a la imposibilidad de reabrir la discusión en *nuevo expediente* incoado a tal fin: precisamente a este concepto es que se aplica todo lo antes apuntado. Por eso es que la *materialidad* está siempre ligada al contenido de la sentencia en función de su congruencia con el litigio decidido en ella. Y dado este concepto, sus caracteres son dos: la *inmutabilidad* (o la definitividad, o indiscutibilidad, o intangibilidad) de lo sentenciado y la *ejecutoriedad* (o coercibilidad) mediante constricción en las personas o cosas de la condena contenida en la sentencia que ostenta tal efecto.

La *inmutabilidad* (o sus sinónimos) significa, tal como ya se adelantó en el párrafo anterior, que no puede ser revisada mediante nueva y recurrente discusión. Ya algo dijimos acerca del tema: la sentencia puede ser injusta en cuanto la decisión contenida en ella se aparta, por ejemplo, de la regla general de justicia que debe regir el juzgamiento de las pretensiones sentenciadas. Pero así y todo, se considerará justa a los efectos de la imposibilidad de ser reabierto su debate. Pero adviértase que este carácter de inmutable es rigurosamente exacto sólo en tanto una de las partes del proceso quiera sostenerlo frente a la otra, ya que nada impide que *ambas partes* que litigaron acerca de materia transigible y que obtuvieron una sentencia con este efecto, dispongan de común acuerdo dejarlo de lado y hacer cosa diferente a la ordenada en la dicha sentencia.

La *ejecutoriedad* será explicada *infra.*

b) El efecto *formal* refiere siempre a la imposibilidad de reabrir la discusión en el *mismo expediente* en el cual se produjo, pero permitiendo hacerlo en uno posterior. Se trata, a la postre, de una suerte de gran *preclusión* que rige sólo dentro del proceso y abarca todas las decisiones interlocutorias en general y las sentencias que pueden ser ejecutadas aun estando pendiente algún recurso de alzada. Además, esta calidad de *formal* la gana el efecto de caso juzgado emergente de toda sentencia dictada en

juicio ejecutivo, por ejemplo, que tolera pleito posterior acerca de lo que no pudo ser materia de discusión en él y no de lo que, estando permitido, no fue discutido (v. la Lección 24).

1.5.5.3. Los límites subjetivos del caso ya juzgado

El tema enseña quiénes son las personas respecto de las cuales se extiende la autoridad y los efectos propios del caso juzgado. En otras palabras, se trata aquí de establecer quiénes son las personas que no pueden discutir nuevamente lo sentenciado luego de generado este efecto.

Por de pronto, es obvio que alcanza a todas las partes intervinientes en el proceso y respecto de las cuales fue dictada la sentencia. De ahí que, en principio, no aprovecha ni perjudica a terceros ajenos a ella.

Sin embargo, muchas veces hay relaciones jurídicas que trascienden la mínima esfera de los propios litigantes y ello genera lo que se denomina *efecto reflejo* o *indirecto* o *de hecho del caso juzgado.* A raíz de ello hay personas que, sin haber litigado en el proceso en cual se emitió la sentencia que ganó el efecto de marras, son también alcanzadas por él.

En este orden de ideas, las razones que explican la extensión de los efectos el caso juzgado a ciertos terceros parte de casos de sucesión de derechos y de conexión por el hecho causal existente entre una de las partes y algunos terceros. Y es ya valor entendido por todos que, entonces, tales efectos alcanzan a:

a) los *sucesores universales*. Aquí cabe distinguir entre: 1) *personas humanas*: pueden invocar a su favor la calidad de caso juzgado de la sentencia que se haya dictado a favor del causante. Pero en caso contrario –sentencia adversa al causante– sólo afecta a los sucesores en la medida que establece el Ccc; 2) *personas jurídicas*: el nuevo ente adquiere de una vez todos los derechos y obligaciones de la persona disuelta a la cual sucede y, por tanto, le alcanza cualquiera sentencia dictada a favor o en contra de ella;

b) los *sucesores singulares* de las partes respecto del derecho que se encuentra actualmente litigioso: la extensión refleja del efecto de caso

juzgado se determina en tanto el sucesor de que se trate (adquirente o cesionario) haya tenido posibilidad cierta de intervenir en el respectivo pleito, o como parte sustituyente (v. la Lección 19) o como tercero asistente (ver ídem) o, en su defecto, que el bien adquirido estuviera anotado como tal en el Registro respectivo. Igual solución cabe para los legatarios.

c) los sustitutos procesales (v. la Lección 16)

Como se ha visto hasta ahora, importa sólo la identidad jurídica de la persona y no la meramente física. Lo dicho hasta aquí vale plenamente también para los laudos arbitrales.

Al margen de los principios generales expuestos, y en razón de la especial naturaleza de ciertas relaciones jurídicas, en situaciones muy puntuales las leyes extienden a veces los efectos del caso juzgado a ciertos terceros aunque no hayan intervenido en el respectivo proceso. Por otra parte, no conocemos leyes actuales que refieran precisamente al tema y con detallado acopio de casos que ilustren de manera adecuada a los juzgadores. Lo que revela una vez más la poca importancia que los legisladores del presente prestan a la experiencia, tanto vertical como horizontal, que puede ser analizada mediante el simple estudio de la historia de cada institución y del derecho comparado.

No obstante todo lo expuesto, la situación varía cuando se trata de sentencias de carácter *constitutivo* que se dictan acerca de cuestiones de:

a) *estado civil* (por ejemplo, la que declara una filiación natural y, así, *constituye* el estado de hijo): parece claro que, en este supuesto, los efectos no pueden quedar dentro de los estrechos límites de las personas que han litigado. Y damos sólo un ejemplo para que se comprenda la afirmación: si la sentencia declara, por ejemplo, que *Juan es hijo de Pedro*, es de toda lógica que, al mismo tiempo, sea hermano de José (también hijo de Pedro) y nieto de Diego (padre de Pedro). Aunque José y Diego no hayan participado del pleito respectivo. Esta circunstancia ha llevado desde antaño a la doctrina a sostener que, en estos casos, el efecto es *erga*

omnes[258]: aquí juega el principio de seguridad jurídica ya mencionado antes y tiene como claro fundamento el de que la nueva situación ha alterado todas las relaciones preexistentes.

b) *capacidad* (por ejemplo, la que declara, excepcionalmente, incapaz a una persona o establece restricciones a la capacidad y la *constituye en tal* o *constituye tales restricciones*): aquí también la sentencia que se dicte, y cualquiera fuere el sentido de ella, tiene efecto *erga omnes*, salvo la alegación de hechos sobrevinientes que pueden autorizar una nueva sentencia sin que se roce para nada la anterior.

c) nueva *situación jurídica dominial* (por ejemplo, la que declara cumplida una usucapión y *constituye* en propietario al hasta entonces poseedor). Aquí también se dan efectos *erga omnes*, pues el nuevo derecho constituido es de naturaleza real.

1.5.5.4. Los límites objetivos del caso ya juzgado

El tema enseña cuál es objeto sentenciado sobre el cual se extiende la autoridad y los efectos propios del caso juzgado. Y ya se explicó gran parte de él en la Lección 6. No obstante, reiteramos algunas de esas ideas a fin de que el texto guarde una adecuada exposición docente. Sabido es que toda pretensión implica la afirmación de la existencia de una determinada *relación jurídica.* De tal modo, toda pretensión, al igual que toda relación, admite ser descompuesta para su estudio en los diferentes elementos que la integran y que, desde la Ley de Partidas en adelante, se identifican como *sujetos* (quiénes), *objeto* (qué) y *causa* (para qué).

Ya se ha visto en la Lección 6 que hablar simplemente de sujetos, objeto y causa, cual lo hace toda la doctrina, es insuficiente y lleva a error. Por de pronto, ya apuntamos que las partes deben encontrarse ubicadas siempre en la misma posición en las diversas relaciones, por lo cual el elemento subjetivo no es unitario, sino *binario*: interesa ver en cada caso

258 *Erga* es preposición que significa *con respecto a. Omnes* quiere decir *todo, como idea de número.* Respecto de todos.

quién es el sujeto actor y quién el demandado. Pero, además, sostuvimos también que el elemento *causa* debe ser siempre descompuesto en dos de lo que podrían denominarse *subelementos*: el *hecho* acaecido en la realidad de la vida y la *imputación jurídica* efectuada por el pretendiente al resistente a base de ese mismo hecho.

Y trabajando desde entonces con cinco elementos (y no con tres), a saber: sujeto actor, sujeto demandado, objeto, hecho causal e imputación jurídica efectuada a base de él, es que se hicieron en la Lección 6 todas las posibles comparaciones de pretensiones y se dijo en qué instituto procedimental finalizaba cada una de las imaginables. Con tales elementos en la memoria, puede decirse ya que los límites objetivos del caso juzgado se circunscriben, luego de aceptar los dos elementos subjetivos como propios del tema anterior, a los tres restantes de los recién mencionados: a) cuál es el hecho que ha sido juzgado por haber sido afirmado en la demanda como base fáctica de la pretensión deducida contra el demandado, b) cuál es la implicación jurídica efectuada a base de ese hecho y c) cuál es el objeto pretendido.

Por eso es que, precisando los límites objetivos del caso ya juzgado, éste alcanza:

a) al *hecho causal* que sirvió de sustento a la pretensión. En función de lo ya expuesto, y más allá de los alcances que la correspondiente declaración tiene respecto de las dos partes que litigan, y en tanto se encuentren en otro litigio posterior en las mismas posiciones procesales, opera reflejamente respecto de todos quienes estén involucrados en el mismo hecho, ya se trate de afinidad, de conexidad causal o de conexidad objetivo-causal (ver la Lección 6);

b) a la *imputación jurídica* efectuada por el actor al demandado a base de ese hecho causal. Por esta razón, si bien el efecto reflejo del caso juzgado en cuanto al hecho alcanza a sujetos de pretensiones afines, no puede ocurrir lo propio con las imputaciones jurídicas cuando ellas son diferentes a partir de un mismo hecho causal (que es, precisamente, lo que caracteriza a la afinidad). Hasta aquí, lo expuesto sirve para explicar cuándo existe *identidad de causa* y, finalmente,

c)a la *pretensión* tal cual fue deducida a base de ese hecho y de esa precisa imputación jurídica, de donde resulta que si se pretende hoy una indemnización por daño material y mañana, en otro litigio, una indemnización por daño moral emergente del mismo hecho en el cual se causó el pretendido cobro de daño material, no existirá *identidad de objeto*.

Resta decir que el objeto sobre el cual recae el caso juzgado emanado de sentencia está condicionado a que en ella se haya debatido y probado legítimamente al menos una pretensión litigiosa y que el juez actuante la haya sentenciado con apego a la regla de congruencia y, se insiste, sólo a lo allí debatido, probado y sentenciado. No importa al efecto si el juez acoge o rechaza la pretensión por cuestiones de fondo (por ejemplo, falta de legitimación, de interés jurídico, de prueba regularmente producida acerca de los hechos litigiosos, etcétera). En cambio, cuando el rechazo de la demanda se funda en la ausencia de algún requisito extrínseco (por ejemplo, falta de agotamiento de la vía administrativa previa, ausencia en el proceso de litisconsortes necesarios que tornan imposible el dictado de una sentencia útil para heterocomponer el litigio, etcétera), nada obsta a que, subsanado el requisito de marras, pueda demandarse de nuevo la misma pretensión. Por lo cual este tipo se sentencia no genera el efecto de caso ya juzgado. Pero hay más: los efectos objetivos del caso juzgado alcanzan refleja o indirectamente a todas las situaciones de *acumulación impropia*: se trata de todos los supuestos de *prejudicialidad*.

Para terminar, se discute en doctrina cuál es la parte de la sentencia a la cual alcanza la calidad de *inmutable*: si a su parte resolutiva o, también, a sus motivaciones. La solución es sencilla a partir de la observación atenta de la realidad: en la Argentina, al igual que en casi todos los países de América, una sentencia civil termina diciendo más o menos esto: "Por tanto, Fallo: hacer lugar a la demanda y, en consecuencia, condenar al demandado a pagar al actor la suma reclamada más sus intereses y costas dentro del plazo de diez días".

Con la simple lectura de ese fallo, resulta claramente imposible contestar una cualquiera de estas preguntas: ¿quién demandó?, ¿a quién

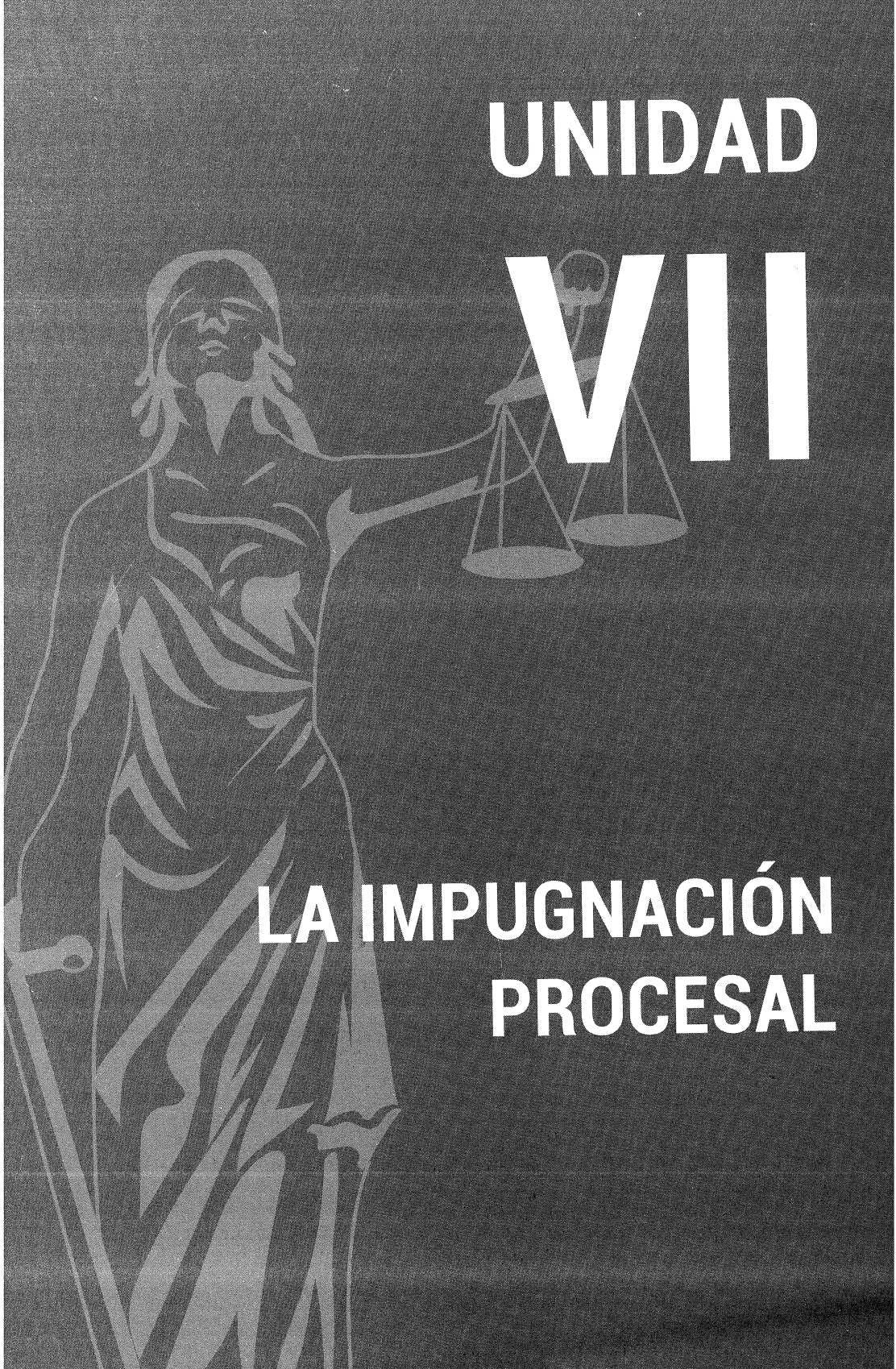
demandó?, ¿qué demandó?, ¿cuánto demandó? ¿por qué demandó? De allí que resulte absolutamente imprescindible la atenta lectura de todas las motivaciones de tal sentencia a efectos de conocer cada uno de los interrogantes planteados. Con lo cual resulta sencillo de concluir que la sentencia *es un todo* que, como tal, adquiere el efecto del caso y juzgado y que, por tanto, resulta improcedente discutir acerca de tema tan bizantino cual el que se ha planteado al comienzo de este punto.

1.5.6. La ejecutoriedad de la sentencia

El tema refiere a la posibilidad de lograr la ejecución de una condena a realizar alguna prestación de dar suma de dinero, de dar cosa cierta y determinada y de hacer alguna cosa. Para ello, se considera a la sentencia como un *título ejecutorio* que, como tal, le permite al acreedor incoar un nuevo proceso (llamado de *apremio* o de *ejecución de sentencia*) en el cual el deudor podrá ejercer un derecho de defensa muy limitado en cuanto a los plazos para actuar, las defensas a oponer y los recursos a deducir. Todo ello puede ser visto en la Lección 24.

1.5.7. La prescripción del derecho cierto que contiene la sentencia de condena

Se estudia acá cuál es el plazo antes de cuyo vencimiento el acreedor puede pretender la constricción de la persona o de los bienes del deudor a fin de cobrar la acreencia declarada como cierta en la sentencia que adquirió el efecto de caso juzgado. Desde siempre se le da al tema el nombre de *actio judicata*, aplicable en la actualidad pues, contrario a lo que sostiene la doctrina mayoritaria, es obvio que la sentencia produce *novación* respecto del derecho pretendido en la demanda. Al no legislar la Argentina sobre el tema, puesto que el Ccc no establece plazo alguno al respecto, resulta aplicable la regla general contenida en el Cc.



UNIDAD VII

LA IMPUGNACIÓN PROCESAL

LECCIÓN 24

TEORÍA GENERAL DE LA IMPUGNACIÓN

SUMARIO

1. El concepto de *impugnación procesal*
2. Los medios de impugnación procesal
   - 2.1. La reconsideración
   - 2.2. La acción procesal
     - 2.2.1. La demanda principal
     - 2.2.2. La demanda incidental
     - 2.2.3. La excepción
     - 2.2.4. El recurso
   - 2.3. La queja
3. Los recursos
   - 3.1. Los recursos en general
     - 3.1.1. Los conceptos previos necesarios para comprender el tema
       - 3.1.1.1. La naturaleza de la pretensión recursiva
       - 3.1.1.2. Los juicios que se emiten acerca de un recurso
       - 3.1.1.3. Los efectos que genera la concesión de un recurso
       - 3.1.1.4. Naturaleza jurídica de una sentencia sujeta a la interposición y a la resolución de un recurso
     - 3.1.2. La clasificación de los recursos
       - 3.1.2.1. Los "recursos" que son verdaderas reconsideraciones
       - 3.1.2.2. Los "recursos" que son verdaderas demandas principales o incidentales
       - 3.1.2.3. Los "recursos" impropios (o recursos que no son recursos)
       - 3.1.2.4. Los recursos propiamente dichos
     - 3.1.3. La política recursiva
       - 3.1.3.1. La importancia jurídica del tema, como causal de restricción recursiva
       - 3.1.3.2. La importancia económica del agravio, como causal de restricción recursiva
       - 3.1.3.3. La deducción previa de otros medios de impugnación cuya inmediata solución puede a evitar la alzada, como causal de restricción recursiva

3.1.3.4. El pago de gabelas, como causal de restricción para la interposición de quejas
3.1.4. Los requisitos generales de todas las impugnaciones
3.1.4.1. Los requisitos generales extrínsecos para deducir impugnaciones
3.1.4.2. Los requisitos generales intrínsecos para deducir impugnaciones
3.1.4.3. Los requisitos especiales de algunas impugnaciones
3.2. Los medios de impugnación en particular
3.2.1. La aclaratoria
3.2.2. La reposición
3.2.3. La apelación
3.2.4. La nulidad
3.2.5. El directo

1. EL CONCEPTO DE *IMPUGNACIÓN PROCESAL*

Castizamente, la voz *impugnar* significa combatir o solicitar la invalidación de algo, especialmente de una decisión oficial. En el lenguaje del Derecho –y con especial referencia a un sistema procesal– ese "algo" no se circunscribe sólo a una decisión oficial, sino que alcanza a todo acto jurídico que afecta de cualquier modo a una persona y que ésta considera ilegítimo o injusto. a) Es *ilegítimo* es lo que no está de acuerdo con la ley –en el más lato sentido posible de ser interpretado el vocablo, comprensivo así de constitución, ley, ordenanza, reglamento, resolución administrativa, sentencia, laudo, contrato, testamento, etcétera– y, por tanto, siempre se mide con criterios de *objetividad*: el acto está realizado o no conforme con los requisitos, condiciones, presupuestos, etcétera, previstos para el caso por el sistema jurídico. b) Es *injusto* lo contrario a cómo deben ser las cosas según la justicia, el derecho o la razón, conforme con el parecer u opinión del afectado por el acto. Por tanto, el vocablo se mide siempre con criterios de pura subjetividad (lo que es justo para uno puede no serlo para otro; lo que fue justo ayer –la esclavitud, por ejemplo– puede no serlo hoy; lo que es justo allá –la pena de muerte, por ejemplo– puede no serlo acá, etcétera). De acuerdo con ello, y sin importar por ahora cuál puede ser la razón de ser de la impugnación –ilegitimidad o injusticia–,

adelantamos desde ya que, en general, son impugnables tanto los actos de los particulares (en su interactuación con otros particulares) como los actos de la autoridad (ya sea constituyente, administrativa –aquí queda comprendida la notarial– legislativa o judicial, y en este orden, tanto nacional como internacionalmente).

Veamos algún ejemplo de cada uno de los casos: a) *actos de particulares*: pueden ser impugnados tanto sean: 1) *unilaterales* (revocación de mandato que el mandatario considera injustificada, disposición testamentaria que excede la porción legal disponible y, así, afecta a un heredero forzoso, etcétera) como: 2) *bilaterales* (contrato que se pretende ilegítimo por tener algún vicio de la voluntad o ser simulado o que se afirma es injusto por inequidad); b) *actos de autoridad*: cabe presentarlos según pertenezcan a la esfera: 1) *constituyente*: la norma cúspide de un sistema jurídico puede ser impugnada por contener disposiciones auto contradictorias –incongruentes por incoherencia– que, así, se tornan inconstitucionales internamente (piénsese en un texto constitucional que declare el derecho a la vida y que, al mismo tiempo, establezca la pena de muerte) pues no es posible aplicar una de ellas sin automático desmedro de la otra. También puede ser impugnada, en país de organización federal, una norma constitucional estadual por repugnar a la norma constitucional nacional, etcétera; 2) *administrativa*: es impugnable todo decreto, reglamento, resolución, disposición particular, etcétera, que emita cualquier funcionario en cualquiera de los órdenes de la organización política de un país determinado (nacional, provincial, municipal y comunal). También es impugnable toda escritura pública; 3) *legislativa*: son impugnables todas las leyes en sentido material (aquí quedan comprendidos los reglamentos y las ordenanzas) emitidas por entes de cualquiera de los órdenes nacional, provincial, municipal o comunal; 4) *judicial*: son impugnables todas las resoluciones dictadas por los jueces, ya sean providencias de trámite, decretos, autos interlocutorios o sentencias.

Por supuesto, tales posibles impugnaciones están sujetas a diferentes requisitos o condiciones de procedencia y de uso, por el impugnante, de un medio impugnativo-procedimental adecuado, cosa que se verá

seguidamente. Para finalizar: insistimos reiterativamente en que el objeto de una impugnación es siempre un *acto*, nunca un *hecho* (aunque tenga trascendencia jurídica) ni una omisión de la autoridad. En la materia procesal, la voz *impugnación* tiene alcances restrictivos: alcanza sólo a *actos de autoridad*, nunca de *particulares*. Por nuestra parte, preferimos exponer el tema desde toda su posible amplitud, pues ello reporta claros beneficios docentes que hacen más sencilla la comprensión del tema por parte del lector. Con esta aclaración en la mano, veamos ahora cuáles son.

2. LOS MEDIOS DE *IMPUGNACIÓN PROCESAL*

En el habitual lenguaje utilizado por los códigos y leyes que regulan los procedimientos judiciales y administrativos, se acepta unánimemente mencionar como recurso a todo medio impugnativo; y, así, se habla de recurso de apelación, de recurso de nulidad, de recurso de revocatoria, de recurso de casación, de recurso de aclaratoria, de recurso jerárquico, etcétera. De tal modo, dicha voz se usa indistintamente para cosas diversas, lo que genera enorme confusión entre los juristas, que llaman *recurso* a cosas que no lo son.

Si bien se mira la cuestión –y se descarta que el lector coincidirá plenamente con esto luego de terminar esta Lección–, el tema muestra una vez más la falta de rigor científico del lenguaje procesal, ya que, si se compara cada uno de los recursos mencionados con todos los demás, se advierte con facilidad que son esencialmente diferentes. Tanto es así que gran parte de la doctrina procesal denomina desde antaño *remedios* a ciertos medios de impugnación, explicando con detenimiento que hay algunos remedios que no son propiamente recursos (cual la aclaratoria, por ejemplo, tema sobre el cual volveremos luego). Por cierto, afirmaciones de ese tipo causan perplejidad al intérprete y espanto al estudiante, que no puede comprender –usando un mínimo de lógica– cómo es que hay *recursos que son remedios, pero que no son recursos...*

Tal vez el eje de la confusión pase por la explicación docente que se da de la palabra *recurso*: se trata de *recursar*, es decir, volver a cursar

(transitar por) los pasos del trámite de un proceso. Y como habitualmente se denomina proceso a lo que sin lugar a dudas es sólo un simple procedimiento (por ejemplo, proceso administrativo –recordar lo visto en la Lección 2, # 5– o "proceso" de jurisdicción voluntaria –recordar lo explicado en la Lección 8, # 4–) ha parecido razonable a muchos autores simplificar la explicación *llamando recurso a todo lo que signifique impugnación*, sin calar adecuadamente en el verdadero significado conceptual de los vocablos usados y obviando los inconvenientes que ello puede generar. Además, en la doctrina pensante se enseña desde antaño que son cuatro los medios de impugnación que aceptan las leyes para que puedan operar procesalmente: a) la *acción* (utilizando la palabra en el sentido de demanda principal o introductiva de conocimiento judicial), usada por una parte (actor) ante un juez para atacar a otra parte (demandado o reo); en ambos casos particular o autoridad; b) la *excepción* (dilatoria o perentoria) usada por el demandado ante el juez que ya conoce en la causa para atacar –o, al menos, para cambiar el tema de la discusión procesal– al actor que inició la acción (otra vez en el sentido de demanda); c) el *incidente* (o acción o demanda incidental) usado por cualquiera de las partes en litigio ante el juez de la causa para atacar algún acto producido en el proceso por un tercero que no se haya convertido en parte procesal (ver la Lección 18) y, excepcionalmente, contra actos de las propias partes procesales. Nunca procede contra las resoluciones judiciales (ya se verá cómo este elemental principio lógico del proceso es desconocido en innumerables códigos vigentes, lo que sigue provocando la emisión de jurisprudencia incomprensible sistémicamente hablando...); d) el *recurso*, usado por el afectado por una resolución del juez de la causa para atacarla ante su superior jerárquico (excepcionalmente, ante él mismo).

El tema se complica aún más cuando el propio legislador denomina habitualmente *recurso* a la impugnación que, en sede judicial, se hace de un acto administrativo (por ejemplo, recurso contencioso administrativo o recurso de apelación ante una Cámara o Tribunal de Apelación contra una decisión de un órgano administrativo estatal o paraestatal).

Para nosotros, todo esto es confuso e insuficiente para enseñar cabal y adecuadamente el tema, de modo que pueda ser comprendido por

quien desee estudiarlo con real provecho, máxime cuando la doctrina y la legislación mezclan en esta bolsa recursiva al recurso de amparo, al recurso de *habeas corpus* y al recurso de *habeas data*, que no son recursos, sino verdaderas demandas. De ahí que se comience el tratamiento del tema a partir del concepto de instancia: ya se explicó con detenimiento en la Lección 2 que en la interacción –objeto del conocimiento jurídico– que se presenta entre un particular/gobernado con una autoridad/gobernante, aquél puede dirigirse a éste –eso mismo es el instar– por medio de alguna de las cinco instancias concebibles lógicamente en un sistema jurídico: denuncia, petición, reconsideración, queja y acción procesal. Se verá ahora que en las figuras de la reconsideración y de la acción procesal se encuentran –sin importar cómo las llamen las leyes– todos los posibles medios de impugnar todos los posibles actos que hemos descrito anteriormente. Y ello porque, repasando el significado de cada una de las posibles instancias (se ruega al lector releer ahora mismo el texto del # 3 de la Lección 2), cabe descartar liminarmente que: a) la petición pueda ser un medio de impugnación pues, no obstante su obvio contenido pretensional, parece claro que es y debe ser una instancia inicial y no impugnativa (la que supone lógicamente un acto cumplido con antelación a su presentación). Por ende, la petición nada ataca, sino que sólo busca lograr la emisión de un acto de autoridad que, éste sí, podrá ser atacado a base de algunos de los criterios vistos precedentemente; b) la denuncia pueda ser otro medio de impugnación, toda vez que al ser una mera participación a la autoridad de un conocimiento, carece de contenido pretensional. En otras palabras, al igual que la petición, nada ataca; c) la queja pueda ser otro medio de impugnación pues –por esencia– supone la inexistencia de un acto. Sin embargo, dada la enorme confusión que existe al respecto, nos referiremos a ella luego. De modo que, y conforme a lo recién expresado, de la nómina de posibles instancias quedan como claras vías de impugnación sólo la reconsideración y la acción procesal. Y entre tales conceptos descubriremos todos los medios impugnativos conocidos. Veamos:

2.1. La reconsideración

Recordará el lector que esta instancia tiene por objeto atacar una resolución (siempre se considera que tal palabra es un mandato de autoridad) emitida: a) espontáneamente (mencionada siempre como dictada *de oficio*, *ex officio* u *oficiosamente*) por la propia autoridad, o b) a pedido del mismo sujeto que insta, por no estar conforme –no interesa por ahora si objetiva o subjetivamente– con el resultado obtenido en la decisión. Este es el típico medio de impugnación en toda sede administrativa, donde la relación que genera el instar se presenta siempre y exclusivamente entre dos sujetos: el peticionante y la autoridad.

Supone lógicamente: a) la existencia de una petición inicial –con obvio contenido pretensional– respondida por la autoridad de manera tal que no gusta o no convence al peticionante o b) una decisión adoptada de oficio. Pero, nótese bien, en ambos supuestos hay una resolución que no conforma al interesado. Por tal razón, y persistiendo el así afectado (o agraviado) en su voluntad de obtener una resolución favorable (total o parcialmente) a su pretensión hasta ahora rechazada, intenta lograr otra decisión mediante el uso de una instancia impugnativa del resultado obtenido por la anteriormente esgrimida. Para esto deduce una nueva pretensión –ahora llamada *reconsideración*– a fin de lograr una resolución favorable a su interés –y que deje sin efecto la decisión atacada– emitida en esta oportunidad por: a) el superior jerárquico inmediato de la autoridad que decidió el acto (en la leyes procedimentales administrativas esta impugnación de *nivel vertical* se denomina *recurso jerárquico*). Pero también puede ser resuelta por: b) la misma autoridad que intervino hasta ahora (en las leyes procedimentales administrativas esta impugnación de *nivel horizontal* se denomina *recurso de reconsideración*) y trata de evitar un desplazamiento burocrático de las actuaciones cumplidas.

Pero esta típica instancia impugnativa se presenta en todo lugar en el cual la autoridad desempeña una función esencialmente administrativa o ejecutiva, no importando al efecto que ello ocurra en alguno de los poderes ya sea ejecutivo, legislativo o judicial (recordar que en la Lección

8 se explicó que todos los Poderes del Estado –salvo el Ejecutivo, que no realiza tarea jurisdiccional– cumplían acabadamente todas las funciones). De ahí que, cuando referimos a que la reconsideración es la típica instancia que se deduce en sede administrativa, lo hacemos con el alcance aquí explicado. Resulta así que, cuando los jueces actúan administrativamente (no jurisdiccionalmente), sus decisiones son impugnables por esta vía que –recuérdese– mantiene la característica de no ser bilateral (cual la acción procesal). Esto es lo que ocurre en los códigos procesales cuando se otorgan "recursos de revocatoria (ver *infra*) y de apelación" contra decisiones dictadas sin previa sustanciación (por ejemplo, otorgamiento de cautelas, v. la Lección 25).

Ya se entenderá mejor el tema luego de analizar qué es cada uno de estos dos mal llamados recursos.

2.2. La acción procesal

Al explicar la Lección 5 aclaramos que esta instancia ostenta dos características que la identifican con la petición: ambas se presentan inicialmente y con claro contenido pretensional. Pero las distinguimos adecuadamente al mostrar que la petición –al igual que las otras instancias posibles: la reconsideración, la queja y la denuncia– es una instancia *unilateral* (se presenta exclusivamente entre dos sujetos: un particular y una autoridad) en tanto que la acción procesal es necesariamente *bilateral* (se presenta exclusivamente entre tres sujetos: dos particulares actuando antagónicamente en situación de paridad igualitaria y una autoridad que es equidistante de ellos). También distinguimos a la acción procesal del resto de las posibles instancias sosteniendo que –por la misma razón recién apuntada– el objeto de éstas es lograr *un procedimiento*, en tanto que el de aquélla es obtener *un proceso*. Y con eso presentamos lo que es un concepto *elemental e inconfundible por irrepetible en el mundo jurídico*.

Finalmente, sostuvimos que el método empleado para hacer estas tipificaciones mira con exclusividad a la actividad cumplida por los intervinientes en un proceso: juez y partes encontradas que litigan ante

él. De tal modo, si la actividad cumplida es lo que interesa para el caso y en el proceso deben ser bilateralizadas todas las afirmaciones antagónicas de las partes (consecuencia inevitable de la cláusula constitucional que garantiza la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio, lo cual –a su turno– encuentra sustento en el principio de igualdad ante la ley) pudimos afirmar en la Lección 10 que la naturaleza jurídica de la defensa y, particularmente, de la excepción procesal, es la misma y exacta de la de la acción procesal: *las dos muestran un instar bilateral.* De ahí que no denominamos a la respectiva Lección –como se hace habitualmente– con el nombre de la *defensa del demandado*, sino con el de la *reacción del demandado* (ver la Lección 10), dando a entender explícitamente que *acción y reacción* son anverso y reverso de una misma moneda (cuando el demandado reacciona oponiendo excepciones, por ejemplo, es obvio que acciona, en actividad que generará nueva actividad), esencialmente idénticas, pero diferentes en cuanto a la oportunidad de su ejercicio: la reacción supone la existencia previa de la acción. Esta es la razón que explica por qué todo lo que se diga respecto de la acción procesal pueda ser mantenido respecto de la reacción procesal.

Aunque fatigosa para el lector, toda esta recordación no ha sido inútil. Y es que importa ahora –precisamente en el tema relativo a la impugnación procesal– advertir que no siempre que se impugna se actúa bilateralmente (por ejemplo, el recurso de aclaratoria es claramente unilateral, ya que no debe recibir sustanciación alguna entre la interposición y la resolución. De ahí se desprende su naturaleza de *reconsideración*, no de *recurso*).

Con todas estas ideas a la mano, volvamos ahora a comenzar, reiterando conceptos: desde siempre se afirma que los medios conocidos de impugnación procesal son cuatro: *acción*, *excepción*, *incidente* y *recurso*. Si bien se miran tales medios, acción (en el sentido de demanda) y excepción son, esencialmente, siempre lo mismo: *acción procesal*, en tanto todos deben ser bilateralizados. Sólo el incidente y el recurso proceden legalmente a veces como instancia unilateral en tanto que otras lo hacen como bilateral. Parece claro, entonces, que –para que no haya confusiones

al respecto, y ya que el vocablo *reconsideración* tiene un preciso significado impugnativo y cubre todos los supuestos posibles de tramitación unilateral– la palabra *recurso* debe utilizarse exclusivamente en la técnica procesal para mencionar a un medio de impugnación de resoluciones judiciales que requiere imprescindiblemente sustanciación con ambas partes en litigio. Descartamos así que pueda haber recursos en sede administrativa: allí, el impugnante opera exclusivamente con reconsideraciones y quejas y, eventualmente, con acción procesal sólo cuando decide judicializar una cuestión administrativa. Y no es que todo pase por un problema puramente semántico: lo que tratamos de mostrar es un *sistema* en el cual ningún engranaje se contraponga con otro, inutilizándolo. De esto se da cuenta todo quien medita mínimamente sobre el asunto: no es en esencia lo mismo un *recurso administrativo* –que tolera una impugnación judicial después de ser resuelto– que un *recurso judicial*, cuya resolución final gana los efectos propios del caso juzgado y no admite impugnación posterior, salvo casos excepcionales que luego se mencionarán. Tampoco son esencialmente iguales entre sí todos los recursos judiciales (a nadie escapan las profundas diferencias que existen entre un recurso de apelación contra una sentencia definitiva y un recurso de apelación contra providencia denegatoria de una cautelar).

Para finalizar, luego de tan extenso exordio, creemos que el tipo de instancia denominado *acción procesal* puede ser utilizado mediante las cuatro vías que posibilitan su ejercicio (demanda, excepción, incidente y recurso) como medios de impugnación procesal, en tanto efectuemos adecuada distinción entre ellos y el resto de las instancias posibles de servir a la tarea de impugnar.

Veamos ahora cada medio en particular jugando armónicamente dentro de un sistema.

2.2.1. La demanda principal

En principio, puede impugnarse por esta vía a todo acto jurídico que *no sea* una resolución judicial ni una actuación procesal. Se trata, simplemente, de la presentación ante un juez de una demanda iniciadora

de un proceso a base de una pretensión *declarativa* (descarto a las constitutivas, las cautelares y las de condena –ver la Lección 6–, pues no pueden ser propiamente impugnativas) referida a: a) *cualquier acto de particular* (contrato, negocio, testamento, etcétera) que el demandante afirme ilegítimo; b) *cualquier acto de autoridad administrativa*, con la condición de que sea una resolución final obtenida después de transitar todas las vías de impugnación propias de la respectiva sede (lo que se denomina en el derecho administrativo *agotamiento de las vías administrativas previas*, obtenido por resolución expresa o por el transcurso del tiempo necesario para que cualquiera impugnación se considere denegada); c) *cualquier acto legislativo contenido en ley en sentido formal*, con la condición de que el impugnante pretenda su declaración de inconstitucionalidad frente a alguien que intenta o puede intentar beneficiarse con su mandato. Todo esto se presenta generalmente como pretensiones dirigidas por un actor contra un demandado –con quien se sustanciarán– y que serán resueltas por el juez interviniente al efecto. Ya se comprenderá el porqué de esta obvia afirmación.

2.2.2. La demanda incidental

Se puede impugnar por esta vía a: a) toda pretensión deducida por una parte contra su contraria dentro de un proceso ya pendiente (incoado mediante una demanda principal) con los alcances que he dado a las cuestiones incidentales en la Lección 14; b) toda pretensión deducida por una parte contra su contraria dentro de un proceso pendiente con motivo de lo actuado por ella a raíz de un *accidente procesal* (v. la Lección 14); c) toda pretensión de cualquiera de las partes procesales contra la actuación ilegítima cumplida dentro de un proceso ya pendiente *por un tercero que no ostenta el carácter de parte procesal* (v. la Lección 18). El caso contempla siempre y exclusivamente supuestos de *impugnación objetiva por ilegitimidad* (varios ejemplos: testigo que declaró sin prestar juramento previo de decir verdad o que no dio razón de sus dichos; perito que confeccionó su peritaje sin notificar previamente a las partes acerca de la fecha y del lugar de realización para que pudieran controlar lo ac-

tuado por él; notificador que omitió cumplir pasos imprescindibles en la práctica de una notificación; destinatario de un pedido de informes que lo responde acerca de cuestiones que no figuran en sus archivos; etcétera).

La pretensión impugnativa debe sustanciarse siempre con la parte a la cual beneficia o beneficiaría la actuación irregular y, nótese bien, jamás con el propio tercero cuya actuación se impugna. Esta afirmación, que resulta obvia y pueril para el iniciado, no es comprendida por algunos jueces, quienes sustancian tales impugnaciones con la participación de los mismos terceros impugnados (¡!) a quienes terminan imponiendo costas, ¡cual si fueran partes procesales!

2.2.3. La excepción

Se puede impugnar por esta vía a: a) la actuación cumplida por una de las partes en el proceso, que produce el efecto inmediato de convalidar una actuación propia anterior e inválida (v. la Lección 13) o que b) no debía o no podía realizar o c) una inactividad que, como tal, tiene consecuencias jurídicas disvaliosas para una de las partes procesales.

Mostramos ejemplos que ayudarán a comprender el supuesto en trato: a) una de las partes realiza una actuación procesal inválida, que se apresura a convalidar repitiendo o subsanando –por ejemplo– el mismo acto impugnable que, ahora sí, ha de producir efectos válidos; b) una de las partes ha resultado triunfante en la resolución de una incidencia que ha impuesto costas a la perdedora. A raíz de ello, en ciertos códigos se permite que el acreedor impida el instar del deudor hasta tanto no pague las costas adeudadas. Si no obstante ello el deudor insta sin pagar, ya frente al acto concreto el acreedor debe impugnar lo actuado por la vía de la excepción, a fin de restarle todo efecto procedimental a ello y lograr así la detención del proceso; c) después de transcurrido con exceso el plazo para que opere la caducidad de la instancia (lo que supone inactividad el juez y de ambos litigantes), una de las partes realiza un acto impulsor del procedimiento que tiene como efecto el purgar la caducidad ya operada.

En los supuestos a) y c), la parte que hubiera podido beneficiarse con la declaración de invalidez del acto o con la de la caducidad de la instancia puede todavía hacerlo si antes de consentir los efectos de los actos convalidatorios deduce contra ellos la respectiva excepción para, acogida ella, poder atacar la actuación inválida o la pura inactividad mediante demanda incidental. En el caso b), se ve con claridad la procedencia de la excepción impugnativa.

En otras palabras: si una parte intenta impugnar un acto inválido o ganar los efectos propios de una inactividad de la contraria que han sido convalidados por la posterior realización de actos válidos, es menester que ataque a éstos por la vía de la excepción para defenderse de ellos y poder impugnar, ahora sí, los anteriores actos inválidos.

2.2.4. El recurso

Se puede impugnar por esta vía *a toda resolución judicial*, con las salvedades que luego mencionaremos. En esta amplitud recursiva quedan comprendidos los decretos, las providencias (o proveídos) de trámite y las sentencias principales e incidentales (o interlocutorias). No obstante esta afirmación, razones de política recursiva limitan a veces su alcance, como se verá luego en el # 3.1.5.

En los anteriores casos referidos a la demanda –tanto principal como incidental– hicimos hincapié en que la respectiva resolución debía ser dictada por el propio juez de la causa. Hasta aquí, parece una obviedad. Pero vale la aclaración pues, tratándose de un recurso, desde siempre ha parecido conveniente que la resolución que deba recaer sobre esta instancia la dicte un superior jerárquico del juez que emitió el pronunciamiento impugnado. No obstante, esta antigua regla muestra excepciones, como luego se verá. Hasta aquí nos referimos a los únicos medios de impugnación *propiamente dichos*. Haremos ahora una salvedad respecto de:

2.3. La queja

Recordará ahora el lector que esta instancia tiene por objeto lograr la efectiva emisión de una resolución por parte de la autoridad que no respondió tempestivamente a una petición (eventualmente, cuando el orden jerárquico lo permite, también procede si no se responde a una instancia de reconsideración). Si bien se mira, al igual que la reconsideración, la queja ostenta también claro contenido pretensional y supone la preexistencia de una instancia anterior (petición). Pero no ataca propiamente una resolución –pues no la hay–, sino al silencio u omisión de quien es responsable de dictarla. Por eso es que no puede ser considerada como un medio de impugnación. Pero como todos los códigos le dan ese carácter, es que se trata en este acápite luego de salvar lo que opinamos al respecto. De ahí que sea menester ahora recalcar que, a diferencia de lo que ocurre en la reconsideración, procede siempre ante un superior jerárquico de la autoridad silente, ya que sería ocioso hacer la queja ante el propio funcionario que no respeta el cumplimiento de su deber de responder.

Esta instancia funciona en sedes: a) *administrativa*, cuando las leyes de procedimiento respectivas establecen los "recursos" de "queja" o con alguna otra denominación que las leyes pueden dar caprichosamente a las hipótesis de procedencia. Lo propio ocurre en el caso del amparo judicial por mora de la Administración. Y b) *judicial*, cuando los códigos regulan la llamada *queja por retardo de justicia*. Cuando refieren a la denominada queja –o, peor aún, *recurso de queja*– por apelación denegada, lo hacen impropiamente pues, conforme con los términos que se utilizan en esta obra, no puede haber queja (pues no hay silencio de la autoridad), sino reconsideración (pues hay decisión denegatoria de un recurso que se ataca afirmando que es errónea). Se comprenderán luego las implicaciones propias de esta tipificación.

Reiteramos: se desprende de lo expuesto que la queja no es ni puede ser un medio de impugnación procesal respecto de acto jurídico alguno.

3. LOS RECURSOS

Luego de haber explicado cómo funciona –en rigor, cómo debe funcionar– el sistema de impugnación, trataremos ahora el tema desde la óptica tradicional, con la esperanza de que el lector no se confunda al intentar reconocer la verdadera naturaleza de cada uno de los medios recursivos en particular.

3.1. Los recursos en general

Ya se explicó antes que el acto jurídico impugnado mediante la vía del *recurso* debe ser siempre una resolución judicial y no otro acto (administrativo, legislativo o de particulares). Sin embargo, como se verá luego, casi todos los códigos de procedimientos que tienen su origen en las antiguas leyes hispánicas, norman acerca de *recursos contra actos de la Administración* (en rigor, verdaderas *demandas*) y de *recursos contra actos administrativos dispuestos por los jueces* (no jurisdiccionales o de *jurisdicción voluntaria* y, en rigor, verdaderas *reconsideraciones*). Antes de continuar con la explicación, es necesario advertir al lector sobre lo que sigue a continuación.

3.1.1. Los conceptos previos necesarios para comprender el tema

Para lograr una adecuada comprensión del tema *recursos en general* es menester detenerse previamente en el tratamiento y comprensión de: a) la *naturaleza* de la pretensión deducida en cada uno de los medios impugnativos en particular establecidos en las leyes; b) los diversos *tipos de juzgamientos* que deben emitir los jueces acerca de cada recurso que son de su competencia funcional; c) los *efectos* que produce la admisión o concesión de un recurso; y d) la *naturaleza jurídica de la sentencia sujeta a recurso*. Veamos cada uno de ellos.

3.1.1.1. La naturaleza de la pretensión recursiva

Surge ya de todo lo expuesto que el concepto de *recurso* envuelve la idea de un *control* que efectúa el superior jerárquico del juez (y, excep-

cionalmente, él mismo) que emite una resolución cuyo contenido afecta, por lo menos, a una de las partes procesales.

Sistémicamente, ese control debe ser solicitado sólo por el propio interesado que se dice afectado, quien deducirá el recurso idóneo al efecto –y no otro– y lo fundamentará sosteniendo las razones por las cuales provoca tal control y dirá en qué consiste el objeto de su pretensión.

Esto tiene gran importancia a la hora de la cabal comprensión del tema, toda vez que el legislador ha previsto diversos medios recursivos para los disímiles posibles casos de imaginar respecto de actos producidos por el juez de grado. Y, así, posibilita la existencia de un *control* acerca de: a) la regularidad del procedimiento llevado previamente a la emisión de la sentencia, b) la motivación del juzgamiento acerca de los hechos controvertidos, c) la apreciación de los medios de confirmación producidos sobre tales hechos, d) la norma aplicada para resolver el caso, e) la constitucionalidad de dicha norma, f) la congruencia entre lo pretendido, confirmado y otorgado en la sentencia, etcétera. Sistematizando adecuadamente estas ideas, ya puede decirse que el *objeto del control* refiere al tipo de conducta que el impugnante persigue obtener de la autoridad que lo efectuará y que puede ser de *anulación* y de *crítica*.

a) La *anulación* procura *la supresión, no la modificación*, cual ocurre en el supuesto siguiente. De tal forma, el impugnante no se limita a tratar de detener los efectos de una sentencia, por ejemplo, sino que busca quitarle todo efecto legal, la desaparición de la conducta impugnada de la autoridad. Este tipo de objeto se halla en todos los *recursos de ilegitimidad*, en los cuales el impugnante sostiene que el procedimiento previo a la sentencia o la sentencia misma no se adecuan con las exactas previsiones de la ley y, particularmente, con el derecho constitucional a que se respete irrestrictamente la inviolabilidad del derecho de defensa en juicio.

b) La *crítica* pretende la modificación (o su contrario: el mantenimiento, para el impugnado) de lo ordenado por la autoridad en su sentencia, hace una valoración de la motivación de lo resuelto y, poniéndose en el lugar del juez, intenta reproducir su actividad siguiendo

el *iter* de su pensamiento, pero desde otro punto de vista: el propio. Por eso es que quien critica puede llegar a resultado diverso al del contenido de la sentencia (la revoca, total o parcialmente) o al mismo que obtuvo la autoridad que emitió la decisión impugnada (la confirma). Este tipo de objeto se halla en los *recursos de injusticia* que, con la denominación que le otorgue cada legislación, son los que se conocen como *apelación* en toda América. Ya volveremos sobre el tema al especificar en cada caso concreto cuál es que le corresponde a un determinado recurso.

3.1.1.2. Los juicios que se emiten acerca de un recurso

Ante la interposición de uno cualquiera de todos los recursos legislados en las diversas leyes locales, corresponde que se emitan dos juicios sucesivos (a veces ocurre sin solución de continuidad) con contenido claramente diferente:

a) el primero de ellos, denominado *juicio de admisibilidad*, tiene por objeto analizar y decidir liminarmente acerca de los requisitos puramente formales de la impugnación, es decir: 1) si la resolución impugnada puede o no ser objeto del recurso en particular que se ha deducido contra ella (de aquí en más referiremos al tema con la denominación *procedencia*); 2) si quien recurre tiene legitimación sustancial y legitimación procesal y, en su caso, si tiene interés para hacerlo (en adelante, *legitimación*); 3) si el recurso se interpone dentro del exacto plazo concedido al efecto por la ley (en adelante, *plazo*); 4) y con las formalidades exigidas para cada recurso (en adelante, *formas*): es decir, si debe o no ser fundado en el acto de la presentación, si debe constar por escrito o en simple diligencia verbal, si debe o no tener copia de la actuación, si debe contar o no con firma de letrado, etcétera. Cuando el juez juzga que se han cumplido *todos* los requisitos de admisibilidad, debe ordenar su *admisión* (o concesión). En caso contrario, el juez debe *denegarlo*.

b) El segundo de los juicios a emitir, denominado de *fundabilidad*, tiene por objeto analizar y decidir acerca de las razones o argumentos sustanciales o de fondo dados por el impugnante para sostener su preten-

sión recursiva. Cuando el juez resuelve favorablemente acerca de dicha pretensión, *acoge*, *estima* o *hace lugar al recurso* (nunca *admite*). Cuando decide en forma contraria a tal pretensión, *rechaza*, *desestima* o *no hace lugar al recurso* (nunca *deniega*) (en ambos casos, considerando las razones esgrimidas en cuanto al fondo del asunto).

En los recursos que deben ser analizados en un doble grado de conocimiento (en general todos, menos los casos de excepción que inmediatamente mencionaré) *ambos juicios deben ser dados por dos jueces diferentes*: a) el de admisibilidad, por el mismo juez de grado ante quien se presentó la impugnación; b) el de fundabilidad, por su superior jerárquico en el respectivo grado, dentro de la escala de la organización tribunalicia.

En algunos "recursos" puntuales, y por las razones que se explicarán más adelante, ambos juicios son emitidos por el propio juez que dictó la resolución impugnada.

3.1.1.3. Los efectos que genera la concesión de un recurso

En este punto se estudia el tema relativo a si la sentencia que contiene un mandato judicial debe o no cumplirse de inmediato cuando ha sido recurrida por lo menos por una de las partes en litigio. Y –más allá de todo lo que pueda dilatar un trámite recursivo el inmediato y justo cumplimiento de la orden judicial– desde siempre ha parecido claro que una sentencia impugnada debe esperar su confirmación para poder ser ejecutada, habida cuenta de que la posibilidad de error en el juzgador hace a su propia condición humana. De tal modo, cuando se recurre una sentencia –por la vía de cualquier recurso– la admisión (concesión) del medio impugnativo de que se trate sujeta a tal sentencia a una clara *condición*: se suspende su ejecución hasta tanto sea confirmada por quien debe emitir el juicio de fundabilidad. Recién a partir de la emisión de ésta es que puede ser ejecutada. A esta clara *condición suspensiva* se le otorga procesalmente la denominación de *efecto suspensivo* de la concesión de cualquier recurso. Sin embargo, hay ocasiones en las que el legislador contempla la necesidad de que la sentencia se cumpla excepcionalmente –sí

o sí– de inmediato. Diversas razones abonan tal criterio (piense el lector, por ejemplo, en la urgencia de reponer una servidumbre de paso o de proveer de alimentos a una persona: parece prudente sostener que tales situaciones no pueden esperar el tiempo habitualmente prolongado que el trámite recursivo requiere para que la respectiva sentencia sea confirmada). En estos casos, la ley establece que la concesión del recurso debe hacerse con *efecto no suspensivo*: la sentencia se ejecuta *ad referéndum* de lo que resuelva en definitiva quien debe emitir el juicio de fundabilidad. A igual resultado puede llegarse cuando la ley otorga a una sentencia un plus de certeza: por ejemplo, dictada con causa en un título ejecutivo, y el acreedor otorga fianza suficiente para lograr su inmediata ejecución. De la misma manera en materia de recursos extraordinarios, se admite la ejecución inmediata de la sentencia impugnada, maguer estar aún sujeta a control de constitucionalidad, por ejemplo, cuando el pronunciamiento del segundo grado ha sido confirmatorio del de primero.

Hasta aquí la cuestión parece ser sencilla, pero no lo es. Sucede que en las leyes procedimentales, el *efecto no suspensivo* (palabras que suenan tan claras para explicar el problema) no es denominado así, sino *efecto devolutivo* o *simplemente devolutivo*.

Para comprender el tema es imprescindible referir a la antigua legislación hispánica. Cuando un juez actuaba lo hacía por delegación del Rey, ejerciendo la potestad jurisdiccional delegada explícita o implícitamente por él en cada caso litigioso (ya se ha visto en la Lección 8 que la jurisdicción *es algo que se hace, no cosa que se tiene*. Parece claro que esta moderna afirmación doctrinal era desconocida en el pasado, lo que explica el error lógico y semántico que he señalado). De tal modo, al conceder un recurso de alzada presentado para ser resuelto por otro delegado jurisdiccional de mayor jerarquía funcional o por el propio Rey, el juez impugnado –en el acto mismo de la concesión– *devolvía la jurisdicción delegada al efecto*. Las ideas son reiterativas en un sinnúmero de códigos procesales (se dice absurdamente, por ejemplo, que después de haber concedido un recurso, el juez *perdió jurisdicción* y, por ende, debe abstenerse de intervenir en la respectiva causa). De ahí lo del *efecto simplemente devolutivo* que, al

no estar acompañado de una decisión expresa acerca de que la concesión tenía efecto suspensivo, pasó a ser considerado jurisprudencialmente con el significado de *efecto no suspensivo*.

En la habitual jerga utilizada por los códigos modernos –copia de los inexcusables errores del pasado–, el problema se complica aún más: cuando refieren a que corresponde conceder un recurso con efecto suspensivo, legislan que debe ser concedido *en ambos efectos* (lo que en buen romance viene a significar que se devuelve la jurisdicción y que se ordena la suspensión de la ejecución de la sentencia impugnada). De donde resulta que *conceder con ambos efectos es sinónimo de concesión con efecto suspensivo*.

Para finalizar: algunos códigos previsores de un posible olvido del juez acerca del efecto con el cual debe conceder un recurso, establecen que si nada se dice sobre el tema es que la concesión se ha otorgado con efecto suspensivo.

Rozando con el tema recién expuesto, referimos ahora a lo que se conoce como *efecto diferido*, mediante el cual se *difiere* el tratamiento de numerosas apelaciones que versan sobre aspectos incidentales o puramente procedimentales hasta el momento final de la causa, en el cual el expediente sube a la alzada por recurso concedido contra la sentencia que pone término al litigio. Como se ve, no es un efecto propio de la concesión ni que interese a la ejecución o no de lo resuelto, sino sólo el traslado hacia el futuro del tratamiento de los agravios del caso. Y mientras tanto, el curso procedimental continúa como si nada hubiera pasado. De donde resulta que, a los fines aquí estudiados, el efecto *diferido* viene a ser una suerte de efecto *no suspensivo*.

3.1.1.4. Naturaleza jurídica de una sentencia sujeta a la interposición y a la resolución de un recurso

De cualquier forma que se la mire, toda sentencia admite *siempre* un recurso o una instancia de reconsideración (aclaratoria, por ejemplo). Por ello, a menos que la ley establezca expresamente que los eventuales recursos

deberán ser concedidos con efecto no suspensivo –en cuyo excepcional caso podrá ser ejecutada de inmediato y sin perjuicio de lo que se resuelva en definitiva sobre el tema (ya se verá cómo se reponen las cosas a su estado anterior)– *una sentencia recién dictada es un acto jurídico incompleto* que requiere: a) ser notificada a las partes interesadas en su contenido y b) esperar luego a que precluya el plazo acordado para interponer contra ella el recurso que exija el término más prolongado, si proceden más de uno. Por eso, hasta tanto venza el respectivo plazo recursivo, la sentencia es un acto jurídico sujeto a la interposición de recurso.

Si el recurso del caso no se interpone, la sentencia adquiere *efecto ejecutorio* y ya puede ser ejecutada. Si el recurso del caso se interpone y es concedido, ya no se trata de sentencia sujeta a la interposición de un recurso, sino de sentencia con recurso admitido que se halla a la espera de su eventual confirmación, revocación o anulación por el órgano de control. De ahí que haya que distinguir entre dos casos en orden a cómo fue concedido el recurso: si con a) efecto suspensivo, la sentencia es ahora un *acto jurídico sujeto a condición suspensiva*; b) efecto no suspensivo (devolutivo), es un *acto jurídico sujeto a condición resolutoria.*

Finalmente: la sentencia de segundo grado de conocimiento que confirma la de primero, le otorga a ésta el efecto de *título ejecutorio* al convertir en *ejecutoriada* la sentencia inferior impugnada.

3.1.2. La clasificación de los recursos

A simples efectos docentes, la doctrina acostumbra a clasificar a los recursos teniendo en cuenta diversas circunstancias de acuerdo con: a) el *número de grados de conocimiento*, en recursos de simple (por ejemplo, revocatoria) o de doble instancia (por ejemplo, apelación); b) el *objeto de la pretensión impugnativa* deducida, en recursos de ilegitimidad (nulidad) o de injusticia (apelación); c) la *extensión del contenido de la pretensión impugnativa*, en recursos ordinarios (apelación) y extraordinarios (casación); d) el *número de jueces* que intervienen en su conocimiento, recursos horizontales y verticales; e) para algunos autores, recursos principales

y subsidiarios o auxiliares, etcétera. Por supuesto, el tema se relaciona siempre con una legislación determinada, por lo que será allí donde deba ocurrir el lector para conocerlo adecuadamente.

Como se verá luego al explicar cada recurso en particular, todo esto no sirve –definitivamente– y bien se haría eliminando el tema de los planes de estudio de la asignatura. Veamos ahora el régimen recursivo según la denominación que le dan las leyes de procedimiento.

3.1.2.1. Los "recursos" que son verdaderas reconsideraciones

A pesar de la designación de *recursos* que le dan las distintas leyes procedimentales, son verdaderas *reconsideraciones* y operan como tales (es decir, no son sustanciables con audiencia de ambas partes): a) la aclaratoria; b) la reposición o reconsideración o revocatoria, exclusivamente cuando procede contra providencia dictada de oficio o a pedido de la misma parte que recurre; c) la apelación, cuando procede contra providencias dictadas de oficio o a pedido de la misma parte que apela. En ellas quedan comprendidas, obviamente, todas las decisiones de contenido puramente procedimental y las que versan sobre peticiones de otorgamiento de cautelas procesales (que no exigen previa sustanciación); d) el "recurso de hecho" o "recurso de queja por apelación denegada" o "recurso directo". Volveremos sobre el tema al tratar en particular los que serán explicados en esta obra.

3.1.2.2. Los "recursos" que son verdaderas demandas principales o incidentales

A pesar de la denominación de *recursos* que le dan las distintas leyes procedimentales, son verdadera demandas principales y, por consiguiente, deben ser sustanciados con plena audiencia de la parte contraria: a) el "recurso de amparo"; b) el "recurso de habeas corpus"; c) el "recurso de habeas data"; d) el "recurso contencioso administrativo" (en cualquiera de sus versiones); e) el "recurso de atentado"; f) el "recurso de rescisión"; g) el "recurso de revisión". Volveremos sobre el tema al tratar en particular los que serán explicados en esta obra.

3.1.2.3. Los "recursos" impropios (o recursos que no son recursos)

A pesar de la denominación de *recursos* que le dan las distintas leyes procesales y sustanciales que los regulan, no son recursos todos aquellos que se otorgan como tales ante el Poder Judicial para hacer allí *un control de legalidad mínimo* –y obviar así todo lo contencioso administrativo– respecto de ciertos actos definitivos de órganos administrativos estatales o paraestatales.

A título simplemente enunciativo veamos algunos ejemplos tomados de la legislación vigente en la Argentina: a) "recurso de recalificación" contra decisiones del Registro de la Propiedad Inmobiliaria; b) "recurso de apelación extraordinaria" ante la Suprema Corte de Justicia contra decisiones del Consejo Supremo de las Fuerzas Armadas; c) "recursos de apelación" contra decisiones de los más disímiles organismos: Consejo Superior del Notariado, Colegio de Abogados, Colegio de Procuradores, Colegio de Médicos, Colegio de Ingenieros, Superintendencia de Seguros de la Nación, Banco Central de la República, Aduana, etcétera.

Todos estos "recursos" no son tales pues no impugnan decisiones judiciales. Tampoco son demandas, pues ninguno de ellos tramita ante un juez de primer grado de conocimiento, sino, antes bien, ante tribunales superiores de la organización judicial, con la consiguiente pretermisión de instancia que torna ilegítimo el procedimiento por violación del derecho de defensa en juicio. Aunque algunos operan como simples reconsideraciones, no todos lo son, pues en ciertos casos hay bilateralidad del instar. Parecería más bien que en este caso funcionan como verdaderas demandas incidentales que, como tales, no son suficientes para garantizar el derecho al debido proceso. Pocos son quienes han advertido la magnitud y la extrema gravedad del problema que señalamos. Sin embargo, ambas advertencias surgen obvias y hacen ver que no se está cumpliendo con el mandato constitucional que asegura la inviolabilidad del derecho de defensa si, so pretexto de ahorrar trámite y tiempo de litigio, se elimina la demanda contencioso administrativa y se la suple con una simple reconsideración sin adecuada bilateralidad el instar.

En rigor de verdad, todo esto no merece una simple revisión, sino una verdadera discusión. Por eso es que, si se elimina precisamente todo el primer grado de conocimiento judicial, se evita el debate igualitario y, con ello, se vulnera la garantía de la inviolabilidad de la defensa en juicio.

Lo mismo cabe decir si se acepta la naturaleza de demanda incidental de la impugnación acá aludida: tampoco hay suficiente garantía de bilateralidad y, por ende, de igualdad procesal entre el impugnante y la autoridad. Por cierto, todos estos casos son resabios autoritarios del corporativismo gubernamental que tanto tiempo se enseñoreó en los países de la región. Bien haríamos en intentar desmantelar toda esta red de seudo procesos y retornar al auténtico orden constitucional que establece –lo reitero– la inviolabilidad de la defensa en juicio.

La explicación puntual de todos estos seudorecursos excede el esquema de esta obra, por cuya razón los enunciamos sólo a modo ejemplificativo.

3.1.2.4. Los recursos propiamente dichos

En esta tónica, descartados todos los recursos que no lo son, nos ocuparemos ahora de los medios impugnativos ordinarios legislados habitualmente en los códigos procesales civiles, sin importar si son verdaderos recursos o reconsideraciones o demandas. Y así, explicaremos las impugnaciones ordinarias conocidas como: a) *aclaratoria* (siempre es reconsideración); b) *revocatoria* (puede ser reconsideración o recurso); c) *apelación* (puede ser reconsideración o recurso); d) *nulidad* (ídem); e) *directo* (siempre es reconsideración).

3.1.3. La política recursiva

Desde siempre se ha sostenido que la falibilidad humana –generadora de los más variados errores– impide que la posibilidad de juzgamiento de un litigio se agote con la sentencia unipersonal del primer grado de conocimiento. Y por esto se acepta desde siempre la existencia de, por lo menos, un mínimo control de ella por parte de un superior jerárquico

(desde siempre, pluripersonal), pues eso asegura no sólo la posibilidad de obtener una mejor justicia final, sino, también, el logro de un mayor esfuerzo del propio juzgador inferior que, por saber que lo controlarán, es de imaginar que tratará de hacer las cosas lo mejor posible. De ahí que todas las leyes procesales consagren desde siempre un sistema de *doble instancia* en materia recursiva, con tratamiento en ambas de los hechos y del derecho que se encuentran en discusión. Pero el control recursivo –y, principalmente el de la apelación, que es el recurso por excelencia– importa necesaria dilación en el trámite del litigio y, con ello, un inevitable uso –no pérdida, porque no lo es– de tiempo. Tan simple circunstancia, sumada a la secular ineficiencia de los operadores del sistema para dar pronta y cumplida respuesta a todos los problemas que se les presentan a diario, ha hecho entrar al valor *seguridad* en clara tensión con el valor *celeridad.*

Y, buscando el legislador la construcción de una suerte de armoniosa convivencia entre ambos, ha aceptado normar la posibilidad de tal control de doble grado de conocimiento, pero restringiéndolo con mayor o menor severidad en muchas oportunidades a base de aplicarle a muchos casos claras hipótesis de inadmisibilidad que ha imaginado andando los años y que, por cierto, vedan el acceso al control recursivo. Con lo cual, como es obvio, ha desaparecido de hecho la actividad controladora en importantísimo número de asuntos justiciables (en rigor, los más) con notable demérito de la justa solución de los litigios y de la eficacia del proceso como medio por excelencia para mantener la paz social. Para esto, se ha subordinado la admisibilidad de todo recurso de alzada a la: a) importancia jurídica del tema; b) importancia económica del agravio; c) deducción previa de otros medios de impugnación cuya inmediata solución puede llegar a evitar la alzada; d) inexistencia de competencia funcional superior para el caso, por renuncia de los interesados. Todo ello será explicado luego.

Sin perjuicio de lo expuesto y como forma de conciliar los valores *seguridad* y *celeridad*, en la pasada década del '50 y so pretexto de ganar el tiempo que requiere la tramitación de cualquier recurso de alzada, se sostuvo mayoritariamente la necesidad de instalar desde la ley un sistema

de *instancia colegiada única* en cuanto a los aspectos fácticos de importante cantidad de litigios y con un recurso extraordinario posterior, de tipo casatorio, para cuidar los aspectos puramente jurídicos de la sentencia impugnada. Por cierto, el remedio fue peor que la enfermedad y generó, al menos en la Argentina, una fenomenal mora imposible de soportar. Y todo lo aquí expuesto se hizo realidad en un sinnúmero de códigos que deben hoy adecuarse a la amplitud recursiva que consagran los pactos internacionales.

Corresponde explicar ahora los supuestos de restricción recursiva.

3.1.3.1. La importancia jurídica del tema, como causal de restricción recursiva

Muchas veces, y tratando de privilegiar el valor *celeridad* por sobre el de la *seguridad*, el legislador declara que ciertas resoluciones judiciales son *irrecurribles* o *inapelables*, generalmente con referencia expresa o implícita al recurso de apelación y a todos los recursos extraordinarios. Cuando esto hace es porque privilegia alguna situación distinta a la de la *inviolabilidad de la defensa en juicio*. Por ahora acordemos que esta política puede ser razonablemente buena, pues con ella se logra una mayor celeridad en gran cantidad de causas judiciales y, por ende, más economía procesal. Y cuando se admite que el tiempo es oro, pero también justicia, los argumentos que justifican la restricción impugnativa se comparten con facilidad. Pero –extraña paradoja al fin– dicha política también es mala, pues so pretexto de ganar tiempo se pierde –y más– en seguridad jurídica y, por lo tanto, en justicia final. Se sabe desde antaño que la celeridad y la seguridad son valores que no van ni pueden ir de la mano: resulta obvio que todo trámite rápido no es seguro y que todo trámite que otorgue seguridad no puede ser rápido. El problema del legislador, entonces, radica en tratar de buscar un punto de equilibrio intermedio que permita lograr celeridad y justicia final de la mejor forma posible. Y aunque no siempre lo logre...

Veamos ahora la manera con la cual se ha restringido grandemente el campo recursivo en el recurso de apelación[259]. Para la completa comprensión del tema referido a la apelación, es necesario decir liminarmente que en la legislación comparada se presentan dos sistemas primarios para normar su procedencia: a) la que la restringe a ciertos y determinados casos expresa y limitativamente expuestos en la ley (por ejemplo, Cpc de Colombia, art. 351)[260] (y fuera de ellos no existe posibilidad recursiva alguna) y b) la que establece su procedencia con mayor o menor amplitud genérica, sin mencionar limitativamente los posibles supuestos, derivando con ello a la interpretación judicial la admisión impugnativa en cada caso concreto.

Si se comparan entre sí los textos recién mencionados se comprobará que son disímiles, aunque a primera vista se presenten como parecidos: y es que tienen diferente amplitud en la posibilidad apelatoria. De donde resulta que, cuanto más grande sea tal posibilidad, mayor será luego el esfuerzo imaginativo del legislador para inventar supuestos de restricción. De ahí que en tal código, por ejemplo, ello ha ocurrido respecto de *cuestiones puramente procedimentales* y de *la mayoría de las*

259 Igual se ha hecho con los recursos extraordinarios, cuya explicación excede los límites de esta obra.

260 CPC Colombia, art. 351: "*Procedencia.* Son apelables las sentencias de primera instancia, excepto las que se dicten en equidad de acuerdo con el artículo 38 y las que las partes convengan en recurrir en casación *per saltum*, si fuere procedente este recurso. También son apelables los siguientes autos proferidos en la primera instancia: 1) el que rechace la demanda, su reforma o adición, salvo disposición en contrario; 2) el que resuelva sobre la citación o la intervención de sucesores procesales o de terceros, o rechace la representación de alguna de las partes; 3) el que deniegue la apertura a prueba, o el señalamiento del término para practicar pruebas, o el decreto de alguna pedida oportunamente o su práctica; 4) el que deniegue el trámite de incidente, alguno de los trámites especiales que lo sustituye contemplados en los arts. 99, 142, 152, 155, 158, 159, 162, 167, 338 parágrafo 3, 340, inciso final, art. 388, el que los decida y el que rechace de plano las excepciones en proceso ejecutivo; 5) el que resuelva sobre la liquidación del crédito en procesos ejecutivos; 6) el que decida sobre suspensión del proceso; 7) el que decida sobre un desistimiento, una transacción, la perención, decrete o levante medidas cautelares, o por cualquier otra causa ponga fin al proceso; 8) el que decida sobre nulidades procesales; 9) el que decida sobre excepciones previas, salvo norma en contrario; 10) los demás expresamente señalados en este Código".

relativas a la producción de los medios de confirmación procesal. Y hacemos esta referencia específica pues toda explicación del tema debe partir necesariamente de una normativa concreta, ya que no son iguales las pautas políticas locales en materia recursiva. Por eso es que, tratando acá de hacer un sistema de todo ello, tomaremos un modelo patrón respecto de cada medio impugnativo que aquí se trata, aclarando en cada caso cuál es la legislación de origen.

Referiremos seguidamente a los dos supuestos restrictivos recién señalados.

a) *Las cuestiones puramente procedimentales.* Durante el curso de todo proceso existe un cúmulo de resoluciones judiciales que sólo tienen un estricto contenido *procedimental* (establecimiento del tipo de trámite que corresponde dar al proceso, fijación de fechas de audiencia, habilitación de días y horas, préstamos de expedientes, etcétera). Si todo ello fuere apelable por el simple pedido de quien se dice afectado en el momento mismo de ocurrir el caso, los pleitos serían realmente interminables. Por eso es que gran número de leyes procesales establecen expresamente que las cuestiones puramente procedimentales *no son apelables*, en forma genérica o específicamente en un cúmulo de casos. De cualquier forma, que fuere, siempre admiten revocatoria para que el mismo juez que dictó la resolución impugnada tenga la posibilidad de corregir el error que, se dice, ocasiona el agravio. Sin perjuicio de ello, hay que buscar –otra vez imaginación mediante– un sistema que permita la ulterior revisión del agravio actual que no tolera alzamiento inmediato. Ya volveremos oportunamente sobre el tema.

b) *Las cuestiones relativas a la prueba* (rectius est, *confirmación*) *en general.* Durante el período procedimental abierto al efecto de producir medios de confirmación procesal suelen presentarse muchas cuestiones que generan posibilidades apelatorias, habitualmente aprovechadas con el reprobable fin de dilatar artificiosamente el curso del proceso.

Esto se ha tratado de evitar en casi todas las legislaciones, que han prohibido la apelación en la mayoría de los asuntos relativos a la prueba, utilizando al efecto métodos diferentes: 1) admitir la apelación interpuesta, pero concederla con el denominado *efecto diferido* (ver *supra*, este misma Lección). Con este método el problema no se soluciona ni de inmediato

ni más adelante, según lo enseña la experiencia tribunalicia. Ésta indica también que es posible; 2) *declarar inapelable toda cuestión relativa a la confirmación procesal.* En el caso –y habida cuenta de que el error puede existir y, con ello, ser legítimo el reclamo apelatorio– las leyes que se inclinan por tal solución admiten un recurso de nulidad deducido contra la sentencia que se dicte más adelante en la causa, por haber tramitado ésta con vicios procedimentales. Este método, vigente en el Cpcsf, genera menor número de problemas que el anteriormente mencionado. El tema será comprendido cabalmente cuando el lector llegue a la explicación del recurso de nulidad en esta misma Lección. Por ahora sólo resta advertir que la resolución relativa a la cuestión confirmatoria debe ser objeto de revocatoria si no gozó de previa sustanciación, pues el caso encuadra en el supuesto tratado en el número anterior.

3.1.3.2. La importancia económica del agravio, como causal de restricción recursiva

En función del valor económico comprometido en la decisión impugnada, existe desde hace ya bastante tiempo otra clara restricción recursiva, que puede ser vista en la apelación. Como ejemplo de ello, antigua norma procesal así disponía: "Para que proceda la apelación se requiere que el agravio que se pretenda reparar exceda de quinientos pesos cuando la resolución hubiera sido dictada por jueces legos o departamentales y de dos mil pesos cuando por jueces letrados". Y otras también que: "En todos los casos, para la admisibilidad de la respectiva impugnación se requiere que el agravio exceda de una cantidad equivalente a diez unidades *jus* a la fecha de dictarse el pronunciamiento recurrido...".

3.1.3.3. La deducción previa de otros medios de impugnación cuya inmediata solución puede a evitar la alzada, como causal de restricción recursiva

Otra forma de restringir la admisibilidad de los recursos de alzada se hace imponiendo desde la ley la necesidad de transitar necesaria y previamente por otros carriles impugnativos. Y esto es correcto pues, al

posibilitar que el juez de grado cuya decisión se impugna pueda corregir por sí mismo los errores que se imputan a su decisión, se ha encontrado un buen método para solucionar problemas dentro del proceso sin sobrecargar indebidamente el trabajo de la alzada.

Estos medios de impugnación previos asumen, así, un carácter *basal* sobre el cual ha de construirse el régimen recursivo de doble grado de conocimiento y se relacionan con dos circunstancias: a) la existencia de *cuestiones procesales no sustanciadas* y resueltas con el solo instar unilateral y b) la de *omisión de cuestiones* o de *errores materiales* o de *cuestiones oscuras*. Explicamos ambas.

a) *Cuestiones procesales no sustanciadas*. En todo trámite judicial, cada posible instar debe recibir siempre del juez una providencia que estime o deniegue la pretensión procedimental contenida en la respectiva instancia (por ejemplo, correr traslado de la demanda, abrir la causa a prueba, fijar fechas de audiencia, conferir traslados a las partes para alegar, ídem al apelante para expresar agravios, etcétera). Cuando se trata de proveer estas peticiones, al igual que las que muestran contenido cautelar, nunca se exige necesaria audiencia previa de la parte contraria para admitir o denegar la respectiva pretensión. Y ello en razón de que, cualquiera fuere el contenido de la respectiva resolución, jamás se altera el derecho de defensa de la parte contraria en razón de que a ella siempre le cabe la posibilidad de deducir recurso de revocatoria si lo resuelto le produce agravio procedimental.

Lo mismo ocurre cuando la respectiva pretensión obtiene del juez una decisión denegatoria: es ahora el propio peticionante quien puede deducir la revocatoria del caso. En este supuesto, si la providencia de marras puede generar en quien ha instado el respectivo acto un gravamen tal que permita, por ejemplo, la deducción de la apelación, no parece razonable que el juez deba concederla sin más (por el tiempo que demandará su tramitación en la alzada) sin antes tener la oportunidad de advertir y corregir por sí mismo la eventual equivocación que ha provocado dicho gravamen. De la misma forma ocurre en el supuesto anterior, cuando es

la parte contraria a la que instó la que recibe un agravio suficiente como para apelar ante el superior.

En estos casos, muchas legislaciones contemporáneas que reiteran la correcta solución dada al problema por las leyes españolas del pasado, exigen que en forma previa a la interposición de la apelación el agraviado deduzca reposición o revocatoria (recordar que, según el caso, funciona como reconsideración y como recurso), con lo cual la deducción de la apelación es de carácter *subsidiario* o *eventual.* Sólo si aquél es denegado o rechazado por el juzgador, tiene que decidir acerca de la admisión de ésta y obrar en consecuencia.

Esta impugnación previa a la apelación se convierte, así, en su *basamento* (de ahí que le hemos dado antes el nombre de *recurso basal*) y es de tránsito *imprescindible* siempre que se intente apelar una resolución judicial dictada *sin anterior sustanciación.* Atención: tal como se verá luego al tratar el recurso de reposición, éste es el meollo esencial de la procedencia impugnativa.

Finalmente: la comunidad de los plazos recursivos determina que la apelación deba ser deducida conjuntamente y en subsidio de la revocatoria. En otras palabras: el sintagma *en subsidio* viene a representar aquí el exacto significado de una pretensión eventual: nace sólo si la primera, a la cual subsidia, es denegada (ver la Lección 6). Por supuesto, todo lo aquí expresado es de plena aplicación a las sanciones que los jueces pueden imponer oficiosamente a partes y abogados.

b) *Omisión de cuestiones* y *existencia de cuestiones oscuras* o *corregibles en la resolución.* Hay ocasiones en las cuales el juzgador: 1) ha omitido tratar al sentenciar ciertas cuestiones debidamente planteadas ante él, o 2) ha dejado cuestiones oscuras y, por ende, incomprensibles, en la redacción de su pronunciamiento, o 3) ha cometido algún error material en el texto de su sentencia. Todo ello puede ocasionar gravamen a alguna de las partes y, por tanto, generar interés en deducir la correspondiente apelación. Pero parece claro que resulta absurda la elevación de la causa al superior si el propio juez puede suplir la omisión, aclarar el concepto oscuro o

corregir el error material. De ahí que todas las leyes procesales legislen acerca de la *aclaratoria*, ya sea como remedio o como recurso (recordar que siempre es una instancia de reconsideración) que se convierte en un paso necesario (basal) para lograr la admisión de la apelación. En otras palabras, si se apela inicialmente una sentencia porque, por ejemplo, no impuso costas al perdedor, la alzada no será abierta si no se dedujo en forma previa la aclaratoria de rigor y fue negada la respectiva petición.

Para poder terminar con el tema, se hace menester ahora pedir al lector que tome conciencia de cómo y cuánto se restringe procedimentalmente la apertura de un recurso de alzada. Si lo hace, deberá hacer coherentemente su propio juicio de valor acerca de nuestro sistema legal y de su constitucionalidad.

3.1.3.4. El pago de gabelas, como causal de restricción para la interposición de quejas

Otro modo de restringir la actividad recursiva en grado extraordinario es imponer el pago adelantado de a veces importantes gabelas para acceder a una instancia superior que, si a la postre resulta inadmisible, se pierde su importe en beneficio de las arcas del propio tribunal, que lo utiliza luego para adquirir libros a su biblioteca o para afrontar otras necesidades del servicio.

Nadie podrá negar que esto, más allá de su clara inconstitucionalidad, es decididamente inmoral: no es razonable sujetar la prometida garantía de justicia al pago de suma de dinero que se pierde si el recurso no se admite por la razón que fuere y que, cual ya se ha visto precedentemente, puede ocurrir por una suerte de arte de birlibirloque que surge del profundo arcano en que se ha convertido la apertura de un recurso extraordinario.

3.1.3.5. La inexistencia de competencia funcional superior para el caso por renuncia de los interesados, como causal de restricción recursiva

La última causal que los autores citan en cuanto a restricción recursiva refiere, se encuentra en la renuncia que los interesados hacen para

deducir recursos de alzada en tanto la materia litigiosa sea de naturaleza transigible. Y ello es correcto y se acepta desde antaño en tanto se renuncie anticipadamente a la interposición del recurso de apelación (recuérdese que es una impugnación para atacar afirmada injusticia). Pero no ocurre lo propio con otros recursos que se relacionan con vicios de ilegitimidad, que jamás pueden ser renunciados.

3.1.4. Los requisitos generales de todas las impugnaciones

Los presupuestos *actuales* o *coincidentes* con el momento de *presentación* de toda impugnación son los *requisitos* necesarios de cumplir por el impugnante para lograr la *iniciación* de su tratamiento procedimental y el oportuno otorgamiento o rechazo de la pretensión impugnativa. Como se ve, estos *requisitos* se relacionan tanto con la *eficacia* como con la *eficiencia* del instar.

Los *requisitos de eficacia* son de carácter *extrínseco* y deben presentarse siempre en el momento mismo de ser deducida la impugnación del caso en sede judicial, a fin de lograr que el juez actuante emita un *juicio de admisibilidad*. Se vinculan siempre con las preguntas que pueden formularse para definir *cuándo*, *cómo* y *dónde* debe presentarse la impugnación. A su turno, los *requisitos de eficiencia* son siempre de carácter *intrínsecos* y responden a la pregunta *qué hay que hacer* procedimentalmente para lograr el otorgamiento final de la pretensión impugnativa. Todas estas preguntas serán respondidas más adelante, al tratar cada medio impugnativo en particular en la parte especial de la asignatura.

3.1.4.1. Los requisitos generales extrínsecos para deducir impugnaciones

Estos requisitos se vinculan con la idoneidad del recurso elegido, con el lugar de su presentación, con el plazo para hacerlo y con las formas que debe contener y son: a) idoneidad del medio impugnativo deducido; b) determinación del lugar en el cual se presenta la impugnación: c) habi-

lidad del plazo en el cual se deducen; d) cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley para su admisión. Los explicamos.

a) *La idoneidad del medio impugnativo deducido por su adecuación con el supuesto precedente existente en el caso.* En razón de que los medios de impugnación y, particularmente, cada recurso procesal, tienen siempre un preciso y delimitado objeto, es menester que todo impugnante deduzca el único medio adecuado al fin propuesto y en función de la resolución impugnada.

Resulta claro hasta para quien es lego en la materia que, si se propone una *apelación*, por ejemplo, el impugnante pretende lograr a la postre la revocación de la sentencia judicial apelada y no su mera *aclaración*, también, por ejemplo, pues ello exige la deducción de una aclaratoria. Todo, en razón de que ambos medios de impugnación poseen *objetos diferentes* que no pueden ni deben ser confundidos entre sí. De ahí que esta precisión técnica no es puro preciosismo lingüístico, sino eje fundamental del funcionamiento de todo el sistema procesal. Y esto es así si realmente se aspira a que todo el litigar sea algo más que un arte o la sumatoria de habilidades personales, siempre generadoras de enorme arbitrariedad.

Resulta entonces necesario remarcar que, si conforme con la ley el único recurso procedente en un caso dado es el de apelación, por ejemplo, es errónea e inoperante la deducción de todo otro recurso que no sea, precisamente, ése. Y esto se explica muy sencillamente, se reitera, apenas se advierte cuáles son las posibles pretensiones de sustentar en los ejemplos puestos precedentemente, que son las que encorsetan la actuación del superior llamado a resolver la cuestión en definitiva, tal como se verá más adelante. Si así no fuere, es obvio que estaríamos entronizando la arbitrariedad judicial a la cual tanto se le teme desde antaño. Que es exactamente lo que ocurre cuando alguna doctrina postula erróneamente terminar para siempre con las formas del proceso y reemplazar todo el andamiaje impugnativo con lo que se ha dado en llamar el *recurso indiferente*, mediante el cual se afecta groseramente el derecho de defensa en juicio de los particulares.

b) *La determinación del lugar en el cual se presenta la impugnación.* En razón de que los diferentes medios de impugnación ya vistos precedentemente (unilaterales: *reconsideración*, y bilaterales por su esencia de *acción procesal*: *demanda principal*, *excepción*, *incidente* y *recurso*) difieren fundamentalmente entre sí, es obvio que el lugar de presentación de una impugnación puede ser distinto según se trate de un caso u otro. Por ejemplo, es claro que el juez competente para recibir una instancia de apelación es, precisamente, el mismo que dictó la resolución que se intenta apelar. Pero si se desea discutir la competencia de un juez que ya está entendiendo de un litigio y al que el demandado considera incompetente, irá ante el mismo juez si deduce una excepción de incompetencia o ante el juez de primera instancia a quien él considera competente, si lo hace por vía de inhibitoria. Finalmente, si la impugnación debe ser deducida por la vía de una demanda principal (por ejemplo, en lo contencioso administrativo) habrá de ir al juez competente en la respectiva materia, o ante quien esté de turno, si hay más de uno, etcétera.

La cuestión reviste importancia pues el juez que reciba el instar ha de ser quien emita el respectivo juicio de admisibilidad y, con ello, permita el tratamiento de la pretensión impugnativa posterior. De la misma manera, si la respectiva impugnación admite un desdoblamiento entre los juicios de admisibilidad y de fundabilidad y, en consecuencia, otorga la tarea de emitir éste a un superior jerárquico de aquél, queda también fijada también la competencia superior. De aquí en más, y para cada caso en particular, hablaremos del tema refiriéndolo como *juez de la admisibilidad* y *juez de la fundabilidad.*

c) *La habilidad del plazo en el cual se deducen.* Los medios impugnativos conocidos como *excepciones*, *incidentes* y *recursos* están sujetos a una clara *condición de eficacia*: la de ser deducidos dentro del plazo de carácter preclusivo fijado por la ley para cada caso en particular.

De manera similar ocurre con el medio aceptado como *demanda principal*, pues se halla siempre sujeto a plazo de caducidad del instar (por ejemplo, impugnación judicial de un acto administrativo) o de

prescripción del derecho (impugnación de un acto de particular por existencia de lesión, por ejemplo). De ahí entonces que toda impugnación deba ser efectuada dentro del plazo acordado al efecto, debiendo ser computado este no por días corridos, sino teniendo en cuenta sólo los hábiles y contados desde del día siguiente al de aquél en el cual se tiene conocimiento del acto. El Cpcsf otorga al efecto un plazo adicional (todo el horario de atención al público del día hábil siguiente, etcétera). Queda a salvo todo plazo prescripcional, que se rige conforme las pautas establecidas al efecto en el Ccc. Todo esto, claro está, vale sólo para los juicios que tramitan por escrito. En los juicios con procedimiento oral, y para las impugnaciones que pueden presentarse andando el pleito (aclaratoria y revocatoria), los plazos corren de inmediato y precluyen definitivamente con la terminación de la respectiva audiencia.

d) *El cumplimiento de las formalidades exigidas por la ley para su admisión.* El legislador ha previsto para todos los casos una suerte de *acto patrón* para la deducción del medio de impugnación de que se trate. Y así, ha establecido que puede ser presentado: 1) por escrito o verbalmente con asiento de lo actuado en una diligencia firmada por el interesado ante el secretario; 2) con eficiente fundamento impugnativo contenido en el mismo acto de deducción de la impugnación o en acto posterior; 3) sin o con copias acompañadas en suficiente número cuando la respectiva instancia es de carácter bilateral, a fin de poder conferir los traslados del caso; 4) sin o con firma de letrado, etcétera.

Dándose cabalmente en cada caso de impugnación la suma de todos los requisitos de admisibilidad precedentemente explicados, corresponde al juez disponer su admisión y ordenar en consecuencia la tramitación prevista por la ley respecto de cada medio impugnativo en particular.

Además, cuando se trata de recursos de doble grado de conocimiento en los cuales el juicio de la fundabilidad corresponde ser dictado por un superior jerárquico, debe establecer al mismo tiempo el efecto de su admisión, salvo que lo haya hecho la ley para el caso concreto.

3.1.4.2. Los requisitos generales intrínsecos para deducir impugnaciones

Estos requisitos se vinculan con la legitimación para impugnar, con el interés para obrar y con la fundamentación recursiva. Los explicamos.

a) *La legitimación sustancial y procesal para impugnar.* Para la eficiencia de la pretensión impugnativa es menester que el impugnante tenga capacidad jurídica y procesal para poder deducirla, aspectos éstos que se ven con mayor claridad cuando la impugnación se efectúa por medio de demanda principal o incidental y no como cuando se lo hace por la vía de excepción o recurso, toda vez que en tales casos el impugnante ya está participando del curso de un proceso determinado en donde ha acreditado ambas capacidades.

b) *El interés para obrar.* De la misma forma, el impugnante debe afirmar –y llegado el caso, demostrar– un grado de afectación suficiente que habilite el camino impugnativo (ver clasificación del interés para obrar en la Lección 19). En el caso de deducción de un *recurso*, el grado de esa afectación surge nítido de la simple comparación entre lo pretendido y lo acordado en la sentencia que se impugna. De donde resulta que quien ostenta la calidad de total ganador en la pretensión sentenciada, carece de interés para impugnar el acto, aunque, como es obvio, sí lo tiene para sostenerlo frente a la impugnación del perdedor.

c) *La adecuada fundamentación del medio interpuesto.* Es éste el principal requisito de la eficiencia del instar, principalmente en materia de recursos procesales, en razón de que ningún juez está en condiciones de adivinar los motivos del reclamo respectivo. Tal importancia se agudiza si se recuerda cómo es que se achica la materia del conocimiento judicial a medida que se escala en la cadena de grados de control recursivo: a mayor jerarquía del tribunal, menor posibilidad de ejercer la función. Esto ya ha sido explicado en la Lección 23 y allí remitimos.

Agregamos ahora que cuando la fundamentación impugnativa debe hacerse en el acto mismo de interponer la impugnación (casos de demanda principal, demanda incidental, excepción, reconsideración y

algunos recursos, cual ocurre con cualquiera de los extraordinarios, por ejemplo), la carga de fundamentar se encuentra legislada en el respectivo articulado del código de que se trate. Lo mismo ocurre con la reposición, no importando al efecto si la impugnación opera como reconsideración o como recurso.

En todos los casos, parece que el tema es obvio y que a nadie se le ocurriría demandar, excepcionar o recurrir sin dar abundantes y precisas razones del reclamo para lograr llevar al juez la necesaria convicción que definirá el oportuno acogimiento de la respectiva pretensión. Pero el legislador ha puesto especial cuidado en normar detalladamente el tema en lo que toca a recursos de doble grado de conocimiento (cual los de apelación y nulidad, por ejemplo), en cuyo caso prohíbe desde antaño que se fundamenten en el acto de interponerlos. De ahí que en la tramitación de este tipo de recursos se les da un trámite en la alzada que consiste en un traslado para generar al impugnante la carga de *expresar sus agravios*, lo que viene a significar que ése y no otro es el momento adecuado para presentar los fundamentos de la impugnación.

Y la ley específica que, si la carga no se cumple o se cumple deficientemente, el impugnante pierde la posibilidad de que su pretensión sea tratada en los términos que han sido propuestos. En efecto: si los agravios no se expresan en el plazo establecido por la ley, se *declara desierto el recurso* y, con ello, se confirma automáticamente la sentencia impugnada. Aunque si se los expresa, pero de manera inadecuada, algunas veces merece igual solución en tanto que otras la ley otorga al juez la facultad de declarar –al sentenciar– que el apelante está conforme con las cuestiones de hecho expuestas por el juez inferior y, a ellos les aplica sin más el derecho que corresponda al caso. De aquí surge la importancia de comprender su esencia: debe ser siempre una crítica clara, seria, precisa, razonada y concreta, mediante la cual se refute cada motivación de la sentencia usada por el juez *a quo* para sentenciar como lo hizo (tanto en lo relativo a la consideración de los hechos litigiosos como de la normativa legal aplicable a ellos) y con la expresión de la solución final que se pretende obtener del tribunal *ad quem*. Y con esto parece ya claro que se

trata del requisito intrínseco de mayor importancia en materia recursiva, pues en él está la vida misma del recurso.

El tema genera ahora una específica forma de tramitar este tipo de recurso, tal como se describirá *infra*. De ahí que en la tramitación de este tipo de recursos el procedimiento en la alzada consiste en: a) un traslado al impugnante para que *exprese sus agravios*; b) del escrito fundante del recurso se confiere traslado al apelado para que discuta las razones expuestas por el apelante al pretender la anulación o revocación de la sentencia que lo convirtió en perdedor del litigio, a fin de que aquél pueda sostener la legitimidad o la justicia de la sentencia que le dio la razón y lo convirtió en ganador; c) en el mismo acto de contestar los agravios del apelante, el apelado puede adherir al recurso de la parte contraria y, en su caso, expresar sus propios agravios. Si esto ocurre, el trámite se cierra con un nuevo traslado al apelante originario –ahora en situación de *apelado*– para que conteste los agravios del apelante adhesivo; d) si se da alguno de los supuestos excepcionales que algunas leyes prevén al efecto, a pedido del apelante se abre la causa a prueba por un breve plazo, transcurrido el cual y producidos o no les medios de convicción del caso, se generan nuevos y sendos traslados a ambas partes para que aleguen sobre su mérito confirmatorio; e) el trámite se cierra con la providencia de *llamamiento de autos para sentencia.* Una vez precluido el plazo para impugnarla, queda el litigio en estado de ser resuelto. Tenga presente el lector el trámite recién descrito, pues a él remitiremos oportunamente.

3.1.4.3. Los requisitos especiales de algunas impugnaciones

Algunos tipos de impugnaciones están sujetos a requisitos especiales propios de ellos. Por ejemplo, la impugnación contencioso administrativa está sujeta al requisito de que el impugnante haya agotado previamente la correspondiente vía administrativa. De aquí en más se harán constar cuando sea menester hacerlo.

3.2. Los medios de impugnación en particular

El tema en cuestión excede lo que debe ser el estricto contenido de un manual de teoría general del proceso. De ahí que la puntual explicación detallada de los recursos en particular que norman los códigos, se hará en la asignatura dedicada a la parte especial del procedimiento. No obstante, elemental prolijidad expositiva exige adelantar ahora conceptos básicos para definir el objeto de cada una de las impugnaciones legisladas en Cpc a fin de que el lector pueda comprender la magnitud e importancia del tema.

Explicaremos entonces qué es la aclaratoria, la reposición, la apelación, la nulidad, la rescisión y la apelación extraordinaria.

3.2.1. La aclaratoria

Esta impugnación se denomina así desde antaño, pero su nombre peca por defecto: no siempre lo que se pretende es una *aclaración*, sino, y muchas veces, una *ampliación* de lo sentenciado. De ahí que el CPC Uruguay lo denomine correctamente como *aclaratoria y ampliación*.

Opera siempre como reconsideración (nunca como recurso) para: a) aclarar algún concepto que el impugnante considera oscuro o b) que contiene error material (no conceptual) o c) que no muestra todos los elementos que debe contener según la ley.

3.2.2. La reposición

Esta impugnación es conocida también como *revocatoria* o *reforma* o *reconsideración* o *súplica* y opera a veces como reconsideración y, a veces, como recurso; y de ello depende que deba o no tener sustanciación antes de ser resuelta.

Procede contra *resolución judicial* (no importando al efecto si se trata de auto, decreto o providencia de trámite, etcétera) *que ha sido dictada sin sustanciación previa*, es decir sin haber oído el juez a las dos partes antes de emitir la respectiva resolución.

El sintagma *sin previa sustanciación* no fue utilizado por el Cpcn, cuyos redactores, pretendiendo hacer docencia a partir de una seudo originalidad, establecieron en su artículo 238: "El recurso de reposición procederá únicamente contra las providencias simples, causen o no gravamen irreparable, a fin de que el tribunal que los dictó los revoque por contrario imperio".

Para entender el exacto significado de la norma, habrá que elucidar ahora qué es una *providencia simple*, ya que es la que puede ser objeto este recurso. Y para ello hay que retroceder en el mismo Cpcn hasta el artículo 160, que enseña: "Las providencias simples sólo tienden, *sin sustanciación*, al desarrollo del proceso u ordenan actos de mera ejecución. [...]". Como se ve, exactamente lo mismo. Pero con gran complicación para entender el meollo de la procedencia recursiva. Tanto es así que la jurisprudencia nacional de todo el país que labora a base de este código distingue entre *apelación directa* y *apelación en subsidio*, sin advertir el carácter basal de la revocatoria. Insistiremos luego sobre el tema, al explicar la apelación. A raíz de ello, por ejemplo, no se ha advertido que la providencia que admite y ordena una medida cautelar no es de mero trámite. Por lo tanto, a tenor del texto del Cpcn, no cabría revocatoria, salvo que lo dijere expresamente la ley...

En SFE, en cambio, y con otra redacción que en esencia dice casi lo mismo (pero no exactamente igual, lo que provoca claras diferencias sistémicas), la admisión de una cautelar se hace sin sustanciación previa y, al igual que en Cpcn, también es apelable. Pero como se dicta sin sustanciación anterior, es necesaria una apelación subsidiaria de una revocatoria previa de tránsito imprescindible.

En segundo lugar, y dado que he dicho antes que la impugnación por revocatoria opera tanto como reconsideración cuanto como recurso, resta ahora establecer la procedencia de cada una de estas vías respecto de las *resoluciones dictadas sin sustanciación previa*:

a) *La revocatoria como reconsideración.* El supuesto alcanza a las resoluciones *dictadas de oficio* o *a pedido de la misma parte que impugna.*

Ejemplo claro del primer tipo son todas las que imponen sanciones procesales sin mediar pedido de parte en tal sentido; las que deniegan el despacho de cautelas procesales y, con ello, no conforman al peticionante; las providencias de mero trámite que han sido mal ordenadas, de oficio o a pedido de parte (por ejemplo: el juez abre oficiosamente la causa a prueba y aún no se contestó la demanda; el actor pide que se ordene citar de remate al deudor en juicio ordinario y, luego, dándose cuenta de su error, solicita que se confiera traslado de la demanda; etcétera).

b) *La revocatoria como recurso.* El supuesto precedente alcanza ahora a las resoluciones dictadas sin sustanciación, pero *a pedido de la parte contraria de aquella que impugna.* Ejemplo claro de ello es la revocatoria interpuesta por el embargado respecto de la orden de embargarlo dictada a pedido del embargante.

c) *La denominada revocatoria in extremis.* Hace relativamente muy poco tiempo que la doctrina inauguró esta suerte de recurso que ha tenido rápida difusión y aceptación jurisprudencial y que apunta a subsanar no sólo errores materiales (cual la aclaratoria), sino, también, y excepcionalmente, a errores conceptuales de juzgamiento, cuando son esenciales, groseros y evidentes y están contenidos en pronunciamiento de mérito que no admite recurso alguno o que, de admitirlo, la vía apta es de muy difícil acceso o su procedencia realmente incierta.

En realidad, es un buen aporte al servicio de justicia, máxime en estos tiempos de notable inseguridad jurídica. Y, además, es de antiquísima prosapia legislativa ya que, en el fondo, no es otra cosa que el *recurso de injusticia notoria* creado en España por el Código de Comercio, artículo 1217. De ahí que quepa sostener su vigencia y su oportuna incorporación a la ley procesal con la denominación con la cual se lo conoce desde hace siglos.

3.2.3. La apelación

La apelación es el recurso por excelencia y el más antiguo de que se conoce legislativamente. Siempre se vincula con aspectos puramente

subjetivos y es el que utiliza quien ha perdido total o parcialmente una pretensión litigiosa para sostener la injusticia de la decisión judicial que no le otorgó la razón.

a) *La naturaleza de la apelación.* Ya se ha visto precedentemente que –al igual que la revocatoria– este tipo de impugnación procede a veces como *recurso* (cuando su naturaleza exige sustanciación, por ejemplo la que se deduce contra la sentencia que pone fin al litigio) y otras como *reconsideración* (cuando no admite sustanciación alguna, por no haber parte contraria o ser ella ajena por ahora a la impugnación). Ejemplos del último caso se ven en la apelación contra medida disciplinaria que afecta sólo al interesado y en la apelación contra la denegación de una medida cautelar que podrá llegar a afectar al eventual cautelado, pero que aún no lo hace. Por tal razón, se hará luego la adecuada diferenciación en el texto respectivo cuando ella tenga lugar.

b) *La admisibilidad de la apelación.* Explicado ya la significación de este tema supra, en el # 3.1.7., toca ahora aclarar que dos sistemas rigen en el continente y aparecen en los diversos códigos vigentes: uno, que establece supuestos concretos y específicos para acordar cualquiera posibilidad apelatoria. Fuera de ellas, la apelación resulta definitivamente improcedente. Otro, cual ocurre en todos los códigos argentinos, que establecen pautas generales en las cuales debe encuadrar cada caso el juez de la admisibilidad de la apelación, a fin de conceder o denegar el recurso interpuesto. Dentro de este sistema, cabe distinguir entre diferentes casos a partir de la idea primaria de que la apelación, en cuanto recurso, cabe sólo contra resoluciones judiciales. Puede ser ahora que tal apelación funcione con:

1) naturaleza de *recurso.* En tal caso, como regla general, los posibles supuestos precedentes radican en la existencia de: A) una *sentencia definitiva* dictada en lo principal (la que efectivamente resuelve el litigio y constituye el objeto del proceso que la precedió) en toda clase de juicios; B) un *auto interlocutorio* (sustanciado previamente) en tanto cause un perjuicio tal que no pueda ser reparado luego por el contenido de

la sentencia definitiva que ponga efectivo fin al litigio y en tanto la ley permita su impugnación. En esta categoría se encuentra toda resolución que pone fin al proceso sin haber resuelto el litigio, que es posible volver a empezar; C) una resolución que ordene la paralización del proceso o de un incidente cualquiera (a pedido de una de las partes y en perjuicio de la otra). Sin perjuicio de lo precedentemente expuesto, y como casos especiales de procedencia de la apelación como recurso o porque la ley es innecesariamente reiterativa, también se presentan como supuestos precedentes algunos otros que, sin esta salvedad, no podrían ingresar en alguna de las categorías ya descritas.

2) naturaleza de *reconsideración.* En tal caso, los códigos en general establecen que los posibles supuestos precedentes radican en la existencia de: A) una resolución dictada respecto de todo acto de jurisdicción voluntaria, pues el instar que llega a ese estadio es siempre de carácter unilateral; B) un auto interlocutorio dictado *sin previa sustanciación* (siempre que cause un perjuicio tal que no pueda ser reparado luego mediante el contenido de la sentencia final que recaiga en cuanto a la pretensión deducida); C) una resolución dictada oficiosamente o a pedido de la propia parte que impugna, que cause un gravamen que no pueda ser reparado por la decisión definitiva; D) una resolución que ordene oficiosamente la paralización del proceso o de un incidente cualquiera.

En los últimos tres casos, los códigos que norman sistémicamente respecto del tema establecen que siempre cabe respecto de ellos la interposición de una *revocatoria previa* acompañada de una conjunta apelación en subsidio de su resolución negativa. Y ya se ha sostenido *supra*, al explicar cuáles son los *recursos basales*, que esta exigencia es sistémicamente buena porque no sobrecarga inútilmente a los tribunales de alzada y, además, porque permite que ellos ejerzan correctamente su competencia funcional (que siempre se realiza a base de los agravios que se exponen ante ella) y no cual ocurre en la añosa y errónea interpretación jurisprudencial del tema en el Cpcn, art. 198, que tolera la interposición de una *apelación directa* sin el paso previo por el recurso de revocatoria.

3.2.4. La nulidad

La impugnación por nulidad es tan antigua como la de la apelación y, a diferencia de ella, siempre se vincula con aspectos puramente *objetivos*. Además, es la que utiliza quien ha perdido total o parcialmente una pretensión litigiosa para sostener la *ilegitimidad* de la decisión judicial que no le otorgó la razón o la del procedimiento previo a su emisión.

a) *La naturaleza de la nulidad.* Ya se ha visto precedentemente que –al igual que la revocatoria y la apelación– este tipo de impugnación procede a veces como *recurso* (o sea, *acción procesal*, cuando su naturaleza exige sustanciación, por ejemplo la que se deduce contra la sentencia que pone fin al litigio) y otras como instancia de *reconsideración* (cuando no admite sustanciación alguna, por no haber parte contraria o ser ella ajena por ahora a la impugnación. Ejemplos de ambos casos se ven en la nulidad entablada contra medida disciplinaria que afecta sólo al interesado y en la deducida contra la denegación de una medida cautelar que podrá llegar a afectar al eventual cautelado, pero que aún no lo hace). Por tal razón, se hará luego la adecuada diferenciación cuando ella tenga lugar en el texto respectivo.

b) *Procedencia de la nulidad.* Casi todas las leyes procedimentales establecen que la nulidad (no importa por ahora si como recurso o como reconsideración) procede en los mismos exactos casos que la apelación); por tanto, aparentemente los supuestos precedentes son los mismos.

Y ya explicamos *supra* que, a tales efectos, existen dos sistemas que aparecen en los diversos códigos vigentes: 1) que establece supuestos concretos y específicos para acordar cualquiera posibilidad apelatoria: fuera de ellas, ambas impugnaciones (apelación y nulidad) resultan definitivamente improcedentes; y 2) otro, cual ocurre en Cpcsf, que establece pautas generales en las cuales debe encuadrar cada impugnación el juez de su admisibilidad a fin de conceder o denegar la interpuesta. Dentro de este sistema, y respecto de este tipo concreto de impugnación, también se debe partir de la idea primaria de que, al igual que la apelación, el recurso de la nulidad sólo cabe contra resoluciones

judiciales. Pero para la específica impugnación de nulidad, la idea se amplía: en tanto la apelación se vincula con afirmado vicio de *injusticia* y, por ende, sólo se puede atacar por tal vía *la decisión acerca del litigio concreto, principal, accidental* o *incidental* (y no otra cosa), la nulidad se relaciona con afirmado vicio de *ilegitimidad*: y tal adjetivación puede aparecer no sólo en la *propia resolución impugnada*, sino, también, y como ya lo adelanté, en el *procedimiento cumplido en forma previa a ella*, por violación del derecho de defensa de la parte afectada. Puede ser ahora que tal nulidad funcione con:

A) *naturaleza de recurso.* En tal caso, la normativa correcta establece los posibles supuestos precedentes radican en la existencia de: i) una *sentencia definitiva* dictada en lo principal (la que efectivamente resuelve el litigio y constituye el objeto del proceso que la precedió) en toda clase de juicios; ii) un *auto interlocutorio* (sustanciado previamente) en tanto causa un perjuicio tal que no puede ser reparado luego por el contenido de la sentencia definitiva que ponga efectivo fin al litigio y en tanto la ley permita su impugnación. En esta categoría se encuentra toda resolución que da por concluida la discusión de un litigio incidental o accidental, pero que deja subsistente el principal; iii) una resolución que ordena la paralización del proceso o de un incidente cualquiera (a pedido de una de las partes y en perjuicio de la otra).

Pero atención, todos los casos *supra* reseñados refieren a que el recurso de nulidad procede en tanto las respectivas resoluciones se hayan pronunciado en las condiciones establecidas por la ley respectiva, con violación y omisión de las formas prescritas bajo esa penalidad o que asuman carácter sustancial.

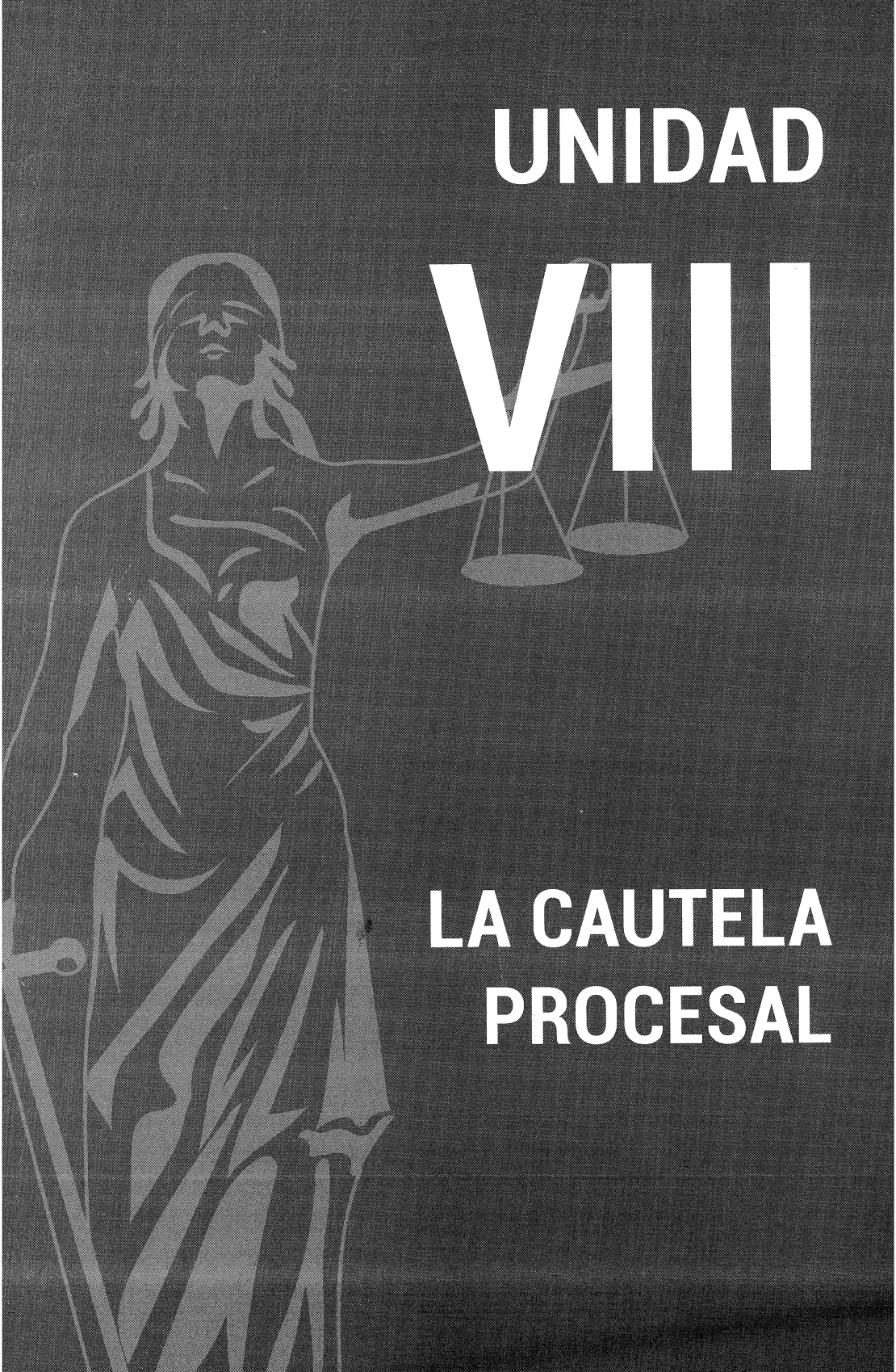
B) *naturaleza de reconsideración.* En tal caso, la procedencia radica en la existencia de: 1) una resolución dictada respecto de todo acto de jurisdicción voluntaria, pues el instar que llega a ese estadio es siempre de carácter unilateral; 2) un auto interlocutorio dictado *sin previa sustanciación* (siempre que cause un perjuicio tal que no pueda ser reparado luego mediante el contenido de la sentencia final que recaiga en cuanto

a la pretensión deducida); 3) una resolución dictada oficiosamente o a pedido de la propia parte que impugna, que cause un gravamen que no pueda ser reparado por la decisión definitiva; 4) una resolución que ordena oficiosamente la paralización del proceso o de un incidente cualquiera.

3.2.5. El directo

Llamado desde siempre *recurso directo*, o *recurso de hecho*, o *recurso auxiliar* o *recurso de fuerza*, o *queja por recurso denegado* o, cual lo hace alguna doctrina, *recurso de queja por apelación denegada*, es un tipo de *impugnación auxiliar* mediante el cual el impugnante ocurre *directamente* ante el superior del juez que denegó por inadmisible un recurso de doble grado de conocimiento, pretendiendo que emita un juicio favorable de admisibilidad y que, a consecuencia de ello, ordene la inmediata elevación del respectivo expediente.

a) *La naturaleza del "recurso directo"*. Analizando su concepto y los supuestos específicos de procedencia que a su respecto marcan todas las leyes que lo consagran, resulta obvio que este "recurso" no tiene la naturaleza de *acción procesal*, por lo que no puede ser considerado *recurso*, sino como un verdadero *reacertamiento*. Y como tal, no es sustanciable, es de naturaleza Claramente administrativa y, además y a consecuencia de ello, la resolución que recaiga sobre él no ganará jamás el efecto propio del caso juzgado. Tanto es así que, acogido un "recurso directo" y abierta por ejemplo una apelación a favor del apelante a su solo pedido, nada obsta a que la parte apelada pueda plantear exitosamente, en su momento y ante el tribunal de control, la pretensión de que ha sido mal acogida la apertura de la instancia de grado superior.



UNIDAD VIII

LA CAUTELA PROCESAL

LECCIÓN 25

TEORÍA GENERAL DE LA CAUTELA PROCESAL EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR Y LA SOLUCIÓN URGENTE Y ANTICIPADA DE UNA PRETENSIÓN

SUMARIO

1. Introducción al tema: las *medidas cautelares*
2. El procedimiento cautelar y la petición que lo origina: naturaleza
3. Los requisitos generales para otorgar cautelas
   - 3.1. Los requisitos generales extrínsecos para otorgar cautelas
   - 3.2. Los requisitos generales intrínsecos para otorgar cautelas
   - 3.3. Los requisitos específicos para otorgar ciertas cautelas
4. Los caracteres de las cautelas admitidas
5. La clasificación de las posibles cautelas
   - 5.1. Las cautelas que protegen bienes
     - 5.1.1. Las cautelas que protegen la ejecución forzosa de derechos inciertos
     - 5.1.2. Las cautelas que posibilitan la ejecución forzosa de un derecho ya declarado
     - 5.1.3. Las cautelas de cosas para mantener el statu quo mientras se discute sobre ellas
     - 5.1.4. Las cautelas de derechos inciertos para mantener el statu quo mientras se discute sobre ellos
   - 5.2. Las cautelas que protegen a las personas que litigan o que pretenden hacerlo
   - 5.3. Las cautelas que protegen la producción anticipada de medios de confirmación procesal
   - 5.4. Las cautelas en lo penal
6. El anticipo judicial de la prestación demandada: naturaleza
   - 6.1. La clasificación de los anticipos de tutela judicial
     - 6.1.1. Los anticipos legales
     - 6.1.2. Los anticipos judiciales
       - 6.1.2.1. Los poderes cautelares genéricos
       - 6.1.2.2. La orden de innovar en la situación jurídica actual
       - 6.1.2.3. La sentencia autosatisfactiva

1. INTRODUCCIÓN AL TEMA: LAS MEDIDAS CAUTELARES

Habitualmente, toda la doctrina que se ocupa de este tema en América lo estudia bajo la denominación de *medidas cautelares* o *precautorias*, de muy antigua raigambre legislativa. También se las conoce como *acciones cautelares*, y como *acciones asegurativas*, y como *acciones garantizadoras*, y como *procesos cautelares*, y como *providencias cautelares*. Como luego se verá, nada de todo eso es. A pesar de que varios autores argentinos elogian y defienden la designación de *medidas precautorias*, creemos que con ella se peca, nuevamente, de grave defecto terminológico que lleva a seria confusión al legislador y, a consecuencia de ello, a los magistrados judiciales. En efecto: castizamente, la voz *medida* ostenta inusual amplitud de significados y ninguno encierra cabalmente lo que con ello se menciona en el derecho procesal. Ya se comprenderá el porqué. Igual ocurre con la palabra *precautoria*, que tampoco describe integralmente el fenómeno que se analizará en esta Lección. Por nuestra parte, utilizamos el sintagma *petición cautelar*, por las razones que se verán en el punto siguiente.

Con los imprecisos alcances ya vistos, la tutela judicial *cautelar* (o *precautoria*) se ocupó primariamente y desde antaño en proteger el crédito del acreedor que, para poder percibir su acreencia, precisaba cursar todo un largo y costoso proceso durante el cual el deudor podía llegar a insolventarse a fin de evadir el pago de su deuda. Y para ello, se le aseguraba, en la medida de lo posible, que pudiera recibir la prestación reclamada en el litigio luego de que ganara el pleito y debiera ejecutar la sentencia favorable a su interés. Con este objeto en la mira, el legislador instauró la figura del *embargo preventivo*, mediante el cual –y hasta el día de hoy– se afecta un bien del deudor a su eventual remate a fin de lograr con ello el dinero necesario para que el acreedor pueda cobrar su acreencia. Como es de toda lógica, la orden de embargo debe ser emitida siempre *sin previa audiencia del deudor* (pues, caso de saber él que dejará de disponer libremente del bien que se le embargue, es altamente posible que lo esconda o lo transfiera, burlando así los eventuales derechos del acreedor). Y así se hace sin excepción en todas las legislaciones procesales

vigentes en América Latina (de ahí es que parece apropiado denominar *petición* –y no *acción procesal*– a este tipo de pretensión).

En razón de que el *embargo preventivo* es la figura cautelar más antigua en la legislación procesal y, además, la mejor, la más extensa y detalladamente tratada, el resto de las cautelas imaginables aparecidas con posterioridad han remitido a aquella figura la normación de sus propias condiciones de actuación. Y, hasta hoy, en SFE, cuando la ley autoriza otra forma de protección cautelar diferente a la del embargo (por ejemplo, la prohibición de innovar) hace una remisión de sus propias condiciones a las del embargo preventivo, con lo cual éstas han pasado a convertirse de hecho en las *condiciones generales de todas las formas de protección cautelar*. Por otro lado, y sin ostentar jamás la condición de *protección cautelar*, el legislador previó desde antaño la necesidad de anticipar el resultado de una sentencia judicial cuando graves razones lo exigían: por ejemplo, frente al cierre de una servidumbre de paso no quedaba más remedio a la ley que permitir que el juez ordenara su inmediata apertura y tolerar el tránsito por el respectivo camino mientras se discutía, precisamente, acerca del derecho a cerrarlo. La obviedad del ejemplo me exime de todo otro comentario al respecto. De la misma forma, cuando un/una cónyuge que ha demandado su divorcio pretende percibir alimentos mientras dura la tramitación del juicio, es claro que debe recibirlos de inmediato pues caso de no ser así es posible que no alcance a ver jamás el final del pleito. Los casos recién señalados a modo de ejemplo se encuentran invariablemente normados en la ley de fondo, *nunca en la procesal*, que sólo establece la forma de tramitar pretensiones a base de derechos contenidos en la ley de rango superior.

A partir de la década de los años '50, cuando el legislador traspasó parte de sus facultades a los jueces, los dotó de poderes extraordinarios que, hasta entonces, rara vez habían tenido, tolerando de ahí en más lo que para el garantismo procesal ha pasado a ser a todas luces una inadmisible y peligrosísima discrecionalidad judicial. Y con ello advino la todavía recurrente insistencia de la doctrina académica que postula aumentar cada día más los poderes judiciales, llegándose a lo que hoy se

denomina como *poder cautelar genérico* y que luego será objeto de especial consideración y crítica. En esta tesitura y dentro de tal marco, aparecieron nuevas "cautelas": por ejemplo, la *medida innovativa* y, hoy, la cada día más común *tutela anticipada*, a las cuales referiremos luego y que pronto fueron legisladas dentro del capítulo propio de las *medidas precautorias.* Cuando esto se hizo, el legislador no advirtió que *nada cautelaba*, sino que, bien por lo contrario, *anticipaba el contenido de una sentencia* declarativa o de condena que, además, en algunos casos no llega a dictarse jamás.

Pero la denominación de *medidas precautorias* o *cautelares* otorgada a estos anticipos de sentencia, hizo que se les aplicaran sin más y directamente, las condiciones propias del embargo preventivo (medida cautelar primaria y por excelencia). Y, así fue que, a raíz de ello, *se obvió toda audiencia previa* de quien habría de sufrir los efectos de la declaración o de la condena del caso, mostrando a consecuencia de ella un claro perjuicio jurídico en su persona o en sus bienes y, por supuesto, a su constitucional derecho de defensa en juicio. A tal punto se ha llegado en este notable desfase que, contrariando a toda la lógica y a los más elementales principios que regulan el *debido proceso republicano*, se han instalado hoy en muchas legislaciones las denominadas *medidas autosatisfactivas*, muestra palmaria de lo que aquí se sostiene.

A tenor de las ideas expuestas, que ponen en su justo lugar el problema que aquí se estudiará, desarrollaremos ahora el tema desde la óptica ya adelantada. Mientras eso ocurre, habrá que tener siempre presente que lo que se dice en este punto referirá con exclusividad a lo relativo a las *cautelas propiamente dichas*, dejando para después todo lo que sea anticipo de sentencia (ver el # 3, en esta Lección).

2. EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR Y LA PETICIÓN QUE LO ORIGINA: NATURALEZA

Parece evidente que *lo cautelar* no es ni puede ser una *acción procesal*, pues lo característico de la actividad precautoria es que la pretensión del

peticionante puede lograr inmediato proveimiento favorable del juez, sin la necesaria bilateralidad previa de la instancia. Y ya se sabe que no hay acción si no hay bilateralidad en la discusión o, en otras palabras, si quien va sufrir los efectos de lo que se decida judicialmente no tiene audiencia anterior a lo que el juez decida al respecto. Consecuente con ello, nada de lo relativo a las cautelas puede ser catalogado como *proceso*, toda vez que éste es, precisamente, el *objeto de la acción procesal*. De ahí que, descartada la naturaleza de *acción*, debe caer de inmediato cualquiera referencia a lo *procesal* (en rigor de verdad, todo lo relativo a la materia cautelar genera simples procedimientos, en los significados vistos en la Lección 2).

Todo esto queda resuelto doctrinalmente si se mira el tema a tenor de la explicación que, acerca de las *instancias*, se ha hecho en la Lección 2. Por eso es que señalamos que corresponde llamarlas *peticiones cautelares* toda vez que: a) la palabra *petición* (y no *medida*) alude a una de las cinco instancias ya conocidas, de carácter primario, con contenido pretensional y que no requiere bilateralidad previa. Así se advierte de inmediato su naturaleza jurídica y se comprende mejor el fenómeno que aquí se describe; y b) la voz *cautelar* da clara idea del contenido de este tipo de pretensión, pues proviene de *cauto* y tal adjetivo muestra al litigante que intenta asegurar el resultado final de un litigio para el supuesto de obtener sentencia favorable a la pretensión demandada. Consecuente con ello, el objeto de la petición será siempre obtener un procedimiento (que es lo que existe en todo lo cautelar). Pero habrá que tener cuidado en no llamar *petición cautelar* a lo que obvia y evidentemente no lo es: p. ej.: la anticipación de una decisión judicial. Esta advertencia se comprenderá adecuadamente luego de terminar la lectura de esta Lección.

3. LOS REQUISITOS GENERALES PARA OTORGAR CAUTELAS

Los *requisitos* se relacionan tanto con su *eficacia* como con su *eficiencia*. Los vemos a continuación.

Los *requisitos de eficacia* deben presentarse siempre en el momento mismo de ordenar el juez la cautela y son de carácter *extrínseco* e *intrínseco*.

a) Los *extrínsecos* se vinculan con las preguntas que pueden formularse para definir: 1) *¿quién debe ordenar la cautela*?; 2) *¿cuándo debe ser ordenada*? y 3) *¿cómo se ordena la cautela*? b) Los *intrínsecos* responden a la pregunta que hay que hacer para saber *¿qué debe meritar el juez antes de ordenar la cautela*? En los puntos que siguen serán respondidas estas preguntas.

Los *requisitos de eficiencia* tienen que ver con el resultado que se aspira a obtener con cada cautela en particular y varían en función de la diligencia que el cautelante ponga al efecto.

3.1. Los requisitos generales extrínsecos para otorgar cautelas

Son tres: a) la competencia del juez; b) la adecuada oportunidad para dictarla y c) la prestación de contracautela. Los vemos seguidamente.

a) *La competencia judicial.* Lo que aquí se dice responde a la pregunta: *¿quién debe ordenar la cautela*? La respuesta es obvia a poco que se piense el tema a partir del conocimiento previo y manejo de añeja legislación: es competente al efecto el propio juez que ya conoce del litigio, cuando es *actual* (es decir, ya se tramita el respectivo expediente), y el juez a quien le correspondería conocer de él, cuando es *eventual* (es decir, cuando aún no se presentó la demanda).

Pero es asaz claro que nada obsta a que la cautela sea ordenada por cualquier otro funcionario judicial, habida cuenta de que la esencia de la actividad cautelar es puramente *administrativa* y nunca fue, es o será *jurisdiccional*, actividad que compete exclusivamente a los jueces del Estado (ver la Lección 8).

Se insiste en la idea para su cabal comprensión: los jueces realizan habitualmente variadas tareas de naturaleza administrativa: actos de jurisdicción voluntaria, sucesiones, etcétera que, aun cuando corresponden legalmente a su competencia, no tienen naturaleza jurisdiccional pues en tales casos *no dirigen ni resuelven litigios*. De ahí que, pensando en un sistema que funcione adecuada y eficientemente en orden a aliviar la tarea de los jueces –que deben intensificar su misión más importante: la de sentenciar– bien podría adjudicarse a otro funcionario judicial la

respectiva competencia. Claro está que en lo que toca exclusivamente al dictado de la cautelar y no respecto de sus vicisitudes posteriores, pues en éstas hay o puede haber contienda.

Sin perjuicio de lo dicho, el componente de urgencia que tiene por naturaleza todo lo cautelar hace que desde antaño se tolere en casi todas las leyes procedimentales que las respectivas peticiones sean ordenadas por juez *incompetente*.

En lo penal, y no obstante que la policía –desde siempre– o el ministerio fiscal tiene actualmente la potestad de detener en averiguación por escaso tiempo y siempre con noticia judicial, la competencia cautelar para ordenar *prisión preventiva* debe ser siempre exclusiva y excluyente de los jueces por ser los únicos que pueden suspender el estado de libertad de las personas.

Como es de suponer, las mismas leyes establecen que luego de ser ordenada la cautela del caso, el juez incompetente que la dictó debe enviar al respectivo expediente al juez competente que ya entiende en la causa o que deberá conocer de ella en función de todas las pautas atributivas de competencia que ya se han visto en la Lección 9. Pero debe tenerse en cuenta que no cualquier juez incompetente puede ordenar la cautela: sólo aquél que carece de competencia territorial, material, personal o cuantitativa, pero no puede hacerlo el juez que no tiene *competencia funcional* al efecto, toda vez que la pretermisión de la correspondiente instancia cercenaría el derecho de defensa de la parte que a la postre debe sufrir la cautela ordenada. En otras palabras: un juez de segundo grado de conocimiento no puede ni debe ordenar jamás cautela alguna pues carece de facultades al efecto.

Sin embargo, hay jurisprudencia corriente en algunos tribunales de segunda instancia que, interpretando con amplitud el tema, acepta erróneamente que el presidente de un tribunal de apelación pueda adoptar medidas urgentes de naturaleza cautelar. Y con ello, la parte afectada por dicha medida pierde toda posibilidad de control ulterior con obvio demerito de su derecho de defensa.

b) *La oportunidad para ordenar cautelas.* Lo que aquí se dice responde a la pregunta: *¿cuándo debe el juez ordenar la cautela peticionada?* Dos cuestiones deben ser analizadas en este tópico: a) si debe exigirse la existencia de un proceso ya pendiente al tiempo de ser solicitada la emisión de la cautela o si, por lo contrario, puede ser peticionada y obtenida antes de la existencia del litigio y con la sola promesa del peticionante de demandar oportunamente y b) si, en su caso, debe establecerse un plazo de caducidad de la cautela si no se demanda dentro de él.

En lo que toca a la necesidad de que exista ya proceso pendiente al tiempo de cautelar, parece claro que la respectiva petición puede ser presentada en el mismo texto de la demanda, en razón de que con su mera interposición surgen el litigio y el proceso (objeto de la acción procesal). Y, también, en cualquier momento posterior, toda vez que quien puede lo más puede lo menos. Pero es de toda lógica aceptar que la cautela se peticione y despache antes de ser presentada la demanda del caso y que dará sustento a la orden que se dicte al efecto: elementales razones de urgencia extrema que pueden presentarse en sinnúmero de casos así lo aconsejan.

En cuanto a la existencia de un plazo de caducidad de la cautela ordenada y trabada antes de ser promovida la demanda del caso, es aceptable y coherente su disposición en la ley. De ahí que siempre deba existir norma expresa al respecto que establezca un breve plazo de caducidad para el embargo anticipado si a su vencimiento no fue entablada la demanda.

c) *La prestación de contracautela como requisito para ordenar cautelas.* Lo que aquí se dice responde a la pregunta: *¿cómo debe ser ordenada la cautela peticionada?* Dado que la naturaleza jurídica de toda cautela es la propia de la instancia de *petición*, no puede ni debe ser bilateralizada por el juez antes de admitirla. Por eso no es oído al efecto aquel contra quien se dirige. De ahí que, en general, su admisión debe ser especial y adecuadamente ponderada en cuanto a la vigencia de los requisitos intrínsecos de la respectiva pretensión cautelar, habida cuenta de que, si bien y en general el resultado de la petición afecta sólo al peticionante, en este caso particular, puede perjudicar seriamente a quien hasta ahora es un tercero

en el tratamiento de la instancia: quien sufrirá los efectos propios de la cautela ordenada por ser actual o eventualmente demandado. De ahí también que, como consecuencia de la falta de bilateralidad previa, todas las leyes exijan desde antaño que cada cautela admitida sea precedida del otorgamiento de una adecuada contracautela en cuya determinación, se insiste, el afectado no participa.

La palabra *contracautela* no es castiza. Pero en el preciso uso forense, refiere a la *caución* que debe otorgar el solicitante de la cautela para garantizar el pago de reparación indemnizatoria por el eventual daño que su efectivización provoque al afectado por ella. Por eso es que el neologismo está bien utilizado en el caso, toda vez que la *contracautela* es, en esencia, una *verdadera cautela* que el cautelante extiende a favor del cautelado para el supuesto de que su propia cautela así contracautelada produzca eventualmente daño a éste. Esta afirmación se muestra evidente cuando se advierte que la contracautela participa absolutamente de todos los caracteres generales de las cautelas, tal como puede verse en el # 4.

Decretada la caución del caso, debe ser constituida después de la admisión de la cautela, pero antes de su ejecución o traba, para así dejar expedito el procedimiento posterior. Para eso, el juez debe fijar un monto dinerario a la caución que se prestará, teniendo en cuenta al efecto las circunstancias del caso que, casi siempre, debe adivinar precisamente por la falta de audiencia previa del cautelado. De ahí la ponderación de las circunstancias antes referidas.

En principio, no hay relación obvia y clara entre la traba de una cautela cualquiera y el daño que ella puede provocar. Esa es la razón por la cual añeja y seria jurisprudencia ha tratado de buscar y adoptar pautas objetivas para relacionar ambas cosas. Y, así, en algunos medios forenses el monto respectivo se establece a base de un porcentaje (por ejemplo, el 30 o el 35 %) de la cantidad cautelada, cuando se trata de dar suma de dinero, o de un monto cualquiera fijado voluntarista, pero dizque prudentemente por el propio juez luego de considerar las circunstancias del caso. Téngase presente esto para comprender las críticas que se harán en el punto siguiente al tema *verosimilitud del derecho*.

Descartado *ab initio* que el cautelante *siempre es personalmente responsable* por los daños que cause la traba de la cautela, resulta claro que de lo que aquí se trata es de mejorar la situación del eventual acreedor por daño que pueda sufrir en razón de ello, facilitándole el cobro de su acreencia llegado el caso de tener que hacerlo.

Finalmente: las posibles clases de caución que garantizan la obligación primaria del cautelante son tres: a) real; b) personal y c) juratoria. Las explicamos.

1) *Caución real* es la que constituye el propio cautelante o un tercero, gravando o afectando un bien determinado al pago de eventual acreencia del cautelado por daño sufrido a causa de la traba de la cautela. Ejemplos de este tipo de caución son: el depósito judicial de dinero, títulos, valores o acciones que coticen en bolsa, en cantidad suficiente para responder –a juicio del juez– a los daños eventuales; el auto embargo de bienes inmuebles o muebles registrables (con la respectiva anotación registral) o muebles no registrables (con el consiguiente depósito de ellos en otra persona, sujeta a las cargas y responsabilidades de los depositarios); la constitución de prenda con registro o de hipoteca a favor del cautelado; etcétera.

2) *Caución personal* es la que presta una tercera persona con capacidad de obligarse y que, a raíz de ello, se convierte en fiador judicial del cautelante. Este tipo de caución no puede ser constituido por el propio cautelante, sino por un tercero convertido en su fiador (Ccc, art. 1574).

3) *Caución juratoria* es el juramento que el mismo interesado (quien ya es naturalmente responsable por los daños que su cautela puede generar, según se vio *supra*) hace para asegurar que cumplirá llegado el caso. Este tipo de caución sólo puede ser constituido por el propio cautelante que, como se ve, nada agrega con ello a su propia responsabilidad personal, cual ocurre en los casos anteriores, de donde resulta que no es serio ordenar cautelas a base de la simple promesa de portarse bien en el futuro, hecha ahora por quien desea cautelar a efecto de lograr la inmediata admisión de su pretensión.

También se utiliza en nuestros países en materia penal respecto de delitos menores pues, de no aceptarse esto, no habría cárceles suficientes para contener a tantos imputados por ellos. Y parece que ello es aceptable, aunque no ortodoxo. Pero atención: jamás puede extenderse actualmente a las pretensiones de carácter no penal. Nuestro Cpc no la prevé y, aún más, establece que el fiador personal debe justificar siempre su solvencia.

Veamos ahora cuáles son las excepciones a las reglas de exigencia de prestación de contracautela: A) porque se supone que ostenta *indudable solvencia patrimonial*, tanto el Estado nacional cuanto el provincial y el municipal están exentos de la obligación de contracautelar; B) de la misma forma quien ya ha obtenido una *sentencia judicial favorable* respecto de la pretensión cuya efectivización se intenta cautelar: esto resulta obvio a poco que se repare en que el derecho ya ha sido declarado a favor del cautelante; C) quien ostenta la calidad de *cónyuge*, *socio*, *coheredero* o *comunero* respecto de los bienes gananciales, de la sociedad, de la herencia o del condominio; D) quien litiga contra demandado declarado rebelde; y E) quien tiene la calidad de acreedor privilegiado sobre el bien que se intenta cautelar; etcétera. Además, se exime de prestar caución a quien ha sido agraciado con el otorgamiento del *beneficio de litigar sin gastos* o ha obtenido lo que en muchas leyes se denomina desde antiguo *declaratoria* o *beneficio de pobreza* y, gracias a tal circunstancia, puede cautelar sin previa prestación de la fianza del caso (Cpcn, art. 200, 2). Luego nos ocuparemos específicamente de este tema.

3.2. Los requisitos generales intrínsecos para otorgar cautelas

Lo que aquí se dice responde a la pregunta: *¿qué debe meritar el juez antes de ordenar la cautela en cuanto a las razones que fundamentan la respectiva petición*? Y la respuesta se vincula con dos temas recurrentemente tratados en doctrina desde antaño: a) la necesidad de que, al tiempo de decretar la cautela solicitada, exista para el juez una clara *verosimilitud del derecho pretendido* y b) la de que se afirme y se acredite inicialmente por el cautelante la *existencia de urgencia* en la obtención de la cautela,

pues se corre grave peligro de que la demora frustre el derecho litigioso. Veamos cada uno de ellos.

a) *La verosimilitud del derecho.* Castizamente, es *verosímil* lo que tiene apariencia de ser verdadero y resulta creíble. Es decir que, siguiendo esa idea en su auténtica significación, ante la mera invocación esgrimida de un derecho por quien actúa o actuará como actor en un proceso a base de pretensión no penal, *el juez le cree* (¡?) –a veces, sin más; otras, luego de investigar sumariamente algún documento o testimonio de tercero– y acepta subjetivamente que es *verdad aparente* todo lo relativo a los fundamentos fácticos de la pretensión. En el caso, es menester señalar que toda pretensión propia de una acción procesal se dirige necesariamente contra otra persona que es o será demandada en juicio, pues es quien deberá otorgar en su momento la correspondiente prestación (cuya efectivización no puede realizar personalmente juzgador alguno). A pesar de ello, y para forjar dicha creencia, el juez no la oye al efecto en los casos de otorgamiento de cautelas pues la propia ley se lo prohíbe. De ahí que deba contentarse con los dichos del propio cautelante amén de atender algunos testimonios traídos por el mismo interesado para otorgarla sin más, siempre a espaldas de quien sufrirá los efectos inmediatos y mediatos de lo que se cautele. Esto parece a simple vista un claro dislate en orden al adecuado resguardo del que debe ser siempre un irrestricto derecho constitucional de todo ciudadano a gozar del derecho de defensa en juicio, máxime cuando la cautela afecta gravemente la esfera de libertad del cautelado, por impedirle el ejercicio de algún derecho constitucional (cual el del normal uso de lo propio, por ejemplo). Sin embargo, justo es reconocer que a veces se hace imprescindible ordenar alguna cautela para resguardar un derecho del cautelante (por ejemplo, el de propiedad) a riesgo de vulnerar otro (del cautelado) que puede incluso ser de mayor importancia en su esencia.

Adviértase a este efecto que hay muchas constituciones que, poniendo las cosas en el lugar en el que desde siempre debieron y deben estar, colocan al *derecho de defensa* sólo por debajo del *derecho a la libertad* y precediendo a *todo otro derecho*: al de propiedad, al de resguardo de la

intimidad, al de inviolabilidad del domicilio o de la correspondencia, etcétera.

Corresponde aclarar ahora que todas las leyes procesales del continente hablan de *derechos verosímiles* a la hora de normar lo relativo a *todas las cautelas*, centrando en la persona del juez –figura central y hegemónica en el sistema inquisitivo de juzgamiento– toda la actividad procesal. A tal punto se ha aceptado esto, que ya está incorporado en las mentes jurídicas de estas tierras y, particularmente, en la de los magistrados judiciales de todos los fueros y grados de conocimiento. De tal manera, la ley tolera y posibilita que el *juez crea* y que, de consiguiente, actúe voluntaristamente, como mejor le parezca y, la mayoría de las veces, sin sujetarse a pautas de pura objetividad. No obstante, toda la doctrina y jurisprudencia que se ha formado alrededor del tema lo acepta sin más y sin criticar la esencia misma de lo que apuntamos *supra*. Por nuestra parte, creemos que el funcionamiento de un verdadero *sistema* no puede depender en modo alguno de la pura subjetividad del juez actuante, por buena, noble, decente, estudiosa y dedicada que sea su persona. Esto no es nuevo: los códigos más modernos (que no son necesariamente los últimos en entrar en vigencia) han obviado el tema. Es más: alguna ley puntual resuelve el problema de modo diferente, al establecer expresamente que "...el acreedor puede pedir embargo preventivo sobre los bienes del deudor sin necesidad de acreditar la deuda y con la sola condición de prestar fianza o caución real bastante para cubrir los daños y perjuicios si resultase que fue solicitado sin derecho...", agregando, a renglón seguido, que "...en todos los casos, deberá justificarse la solvencia del fiador propuesto[261]".

Como ya habrá colegido el lector, el tema merece importante tratamiento en la formulación seria de un sistema de enjuiciamiento que

261 Texto de la norma, vigente desde el 1 de febrero de 1962. A la fecha en la cual esto se escribe, han pasado ya más de ¡60 años! y no se registra memoria de que haya habido un solo problema generador de responsabilidad por no estudiar los jueces si hubo o no verosimilitud del derecho en cada cautela de las miles y miles que han dispuesto a diario en tan dilatado lapso.

respete la esencia propia del método acusatorio, único compatible con expresas y universales garantías constitucionales.

b) *El peligro en la demora.* Desde siempre se ha vinculado al otorgamiento de cautelas con el peligro que entraña la necesaria demora que existirá entre el momento de entablar la demanda y el de la ejecución de la sentencia que recaiga sobre ella, largo período durante el cual el demandado, por ejemplo, puede generar su insolvencia: a raíz de ello, es altamente probable que el mandato final del juez termine siendo inoperante y el proceso haya sido en vano. De ahí que algunas leyes del pasado exigían que el juez comprobara personalmente la existencia de dicho peligro como insoslayable requisito de admisión para otorgar cualquier cautela. Y aún hoy. V. Cpcn, art. 197. Es más: cuidando otras leyes la esfera de libertad de quien debía sufrir los efectos de la cautela decretada (cosa que obviaban en el requisito anterior), algunas normativas hicieron más difícil la comprobación al exigir, por ejemplo, que la demora causara *perjuicio inminente* o *perjuicio irreparable* o mediara *extrema urgencia* o *circunstancias graves*, etcétera. Y esto es lo que glosan los autores de la materia, dando por sentado que el cautelante debe convencer *unilateralmente* al juez, con variados argumentos y medios de prueba, de que hay *peligro* y hay *derecho verosímil.*

Sea como fuere, y atendiendo a que la comprobación de este peligro y de la verosimilitud del derecho insume enorme tiempo judicial, en lo que es obvia tarea administrativa y no jurisdiccional, ¿es razonable mantener este requisito en un sistema procesal, sin más y para *todo tipo* de cautela? ¿O habrá que realizar una tarea selectiva de pretensiones cautelares para que sean sometidas por la ley a la exigencia de diferentes requisitos de admisión? En el curso de las páginas siguientes haremos esa selección con el confesado anhelo de encontrar un mejor método para impartir justicia en nuestros países. Por ahora, repárese en que un juicio ordinario correcta, puntual y eficazmente llevado adelante por ambas partes y sin demoras innecesarias en el ordenamiento vigente en el Cpcsf, insume la friolera de *doscientos diez días hábiles*, contando al efecto el total de los plazos necesarios para recorrer todas sus etapas en el primer grado de conocimiento.

Si a ello se le suma otro año calendario, que puede insumir el trámite del segundo grado de conocimiento, y aceptando que allí termina todo pues las partes no recorren instancias de grado extraordinario, resulta que la menor duración de un pleito según los parámetros temporales brindados por la propia ley gira alrededor de los *tres años*: ¡cómo no aceptar, entonces y sin más, la existencia de dicho peligro!

Pero la experiencia judicial y abogadil de muchos, muchos años, ha enseñado que, de hecho, los plazos se duplican por docenas de razones que todo el mundo conoce y acepta con calmada resignación. Por eso es que, a tenor de todas las críticas vertidas en este punto y en el anterior, la solución para cautelar adecuadamente sin que se perjudique el sistema y los intereses de las partes es presumir lisa y llanamente la existencia de tal peligro (al menos en los pleitos por cobro de sumas de dinero que, ya se sabe, duran añares) y cuidar de aplicar la pauta relativa a la existencia de un derecho verosímil sólo en los casos en los que ella realmente deba aparecer.

3.3. Los requisitos específicos para otorgar ciertas cautelas

Sin perjuicio de los ya vistos precedentemente, varios tipos de cautela tienen requisitos propios y específicos de cada una de ellas: serán enunciados en el lugar correspondiente cuando llegue el momento de hacerlo.

4. LOS CARACTERES DE LAS CAUTELAS ADMITIDAS

Véase finalmente lo relativo a los caracteres generales de todas las cautelas que siempre son *accesorias*, *provisionales*, *modificables* y *caducables*. Además, como ya se vio *supra*, y salvo caso excepcional al cual luego hemos de referir, siempre son *unilaterales* en tanto no exigen bilateralidad previa para su admisión. Por lo contrario, y maguer la valiosa opinión de algunos importantes autores, no es un carácter propio de las cautelas el ser *anticipo jurisdiccional* de la respectiva pretensión. Y ello por cuanto

tal anticipo constituye otra especie que responde a necesidades diferentes, según se vio *supra* y se verá luego *infra*.

a) son *accesorias* o *instrumentales* por cuanto existen en consideración a un proceso en el cual se discute o, a veces, se discutirá un derecho incierto; o se posibilitará su ejecución cuando es cierto; o el del adecuado ejercicio de su defensa en juicio. De tal modo, este carácter determina que, terminado el proceso (lo *principal*) cae automáticamente la cautela (lo *accesorio*); b) son *provisionales* pues subsisten sólo mientras duran las circunstancias que la generaron; c) son *modificables* o *mutables* toda vez que pueden variar en orden a las necesidades y las circunstancias del caso. De tal forma, nunca adquieren carácter de *caso juzgado* (material o formal) por lo que las cautelas pueden ser ampliadas, disminuidas, sustituidas y levantadas; d) son *caducables* siempre que la ley admite que sean ordenadas en forma previa a la iniciación del proceso al cual acceden. Quedan a salvo de esta afirmación los anticipos confirmatorios que, por obvias razones de lógica pura, no pueden estar sujetos a caducidad alguna.

Concretamente, entonces, son susceptibles de caducidad las siguientes medidas cautelares: el embargo preventivo, la inhibición general, la intervención conservadora, la exhibición y eventual secuestro de cosa mueble y –aunque se trate en esencia de verdaderos anticipos– también caducan la autorización de servidumbre predial y la fijación de cuota provisoria de alimentos como previa a la iniciación del juicio de divorcio. No corresponde hacerla extensiva a las medidas cautelares asegurativas de personas. Tampoco caducan las medidas cautelares asegurativas de pruebas.

Además, también caducan algunos casos en los cuales ha mediado previa bilateralización de la pretensión, por así disponerlo el juez o la propia ley. Esto último no se advierte fácilmente en razón de que ambos ejemplos no son considerados como *cautelas*, sino como *incidentes* (en rigor, *accidentes* en la nomenclatura utilizada en esta obra, ver la Lección 14). Volveremos luego sobre el tema.

5. LA CLASIFICACIÓN DE LAS POSIBLES CAUTELAS

Las peticiones cautelares en general, pueden tener por objeto la protección de: a) *bienes*; b) *derechos litigiosos* o *ciertos*; c) *personas que litigan* o *desean litigar*; d) *medios de confirmación procesal* y, en lo penal, e) de la *regular continuación del proceso*.

Esta presentación del tema no es habitual en las obras que se ocupan de él en la doctrina nacional que, siguiendo a CALAMANDREI, las clasifican según su *contenido* y no de acuerdo con su *finalidad*. Y así, hablan de providencias: a) *instructorias anticipadas*, b) *dirigidas a asegurar la futura ejecución forzada del derecho hoy litigioso*, c) *mediante las cuales se resuelve interinamente acerca de una relación controvertida* y d) *que imponen una caución ordenada por el juez*.

Teniendo en vista el objeto protegido, será más fácil la comprensión de las críticas que seguidamente haremos de las clasificaciones tradicionales.

5.1. Las cautelas que protegen bienes

Estas cautelas refieren genéricamente a *bienes materiales* (cosas muebles, inmuebles –por su naturaleza, por accesión o por su carácter representativo– y semovientes) e *inmateriales* (porción hereditaria o condominial, participación societaria, derecho intelectual, etcétera) y tienen siempre por objeto: a) asegurar la eventual ejecución forzosa de un derecho aún no declarado y que se encuentra litigioso a la espera de que lo declare una sentencia o un laudo a dictar luego de un proceso; o b) posibilitar la ejecución forzosa de un derecho ya declarado, por una sentencia o por la ley; o c) mantener el *statu quo* actual de ciertos bienes mientras se discute sobe ellos en un proceso.

5.1.1. Las cautelas que protegen la ejecución forzosa de derechos inciertos

Este tipo de cautela de bienes asegura la eventual ejecución forzosa de un derecho aún no declarado. Los diferentes tipos de cautela que res-

ponden a este enunciado son el *embargo preventivo*, *el secuestro*, *el depósito judicial de la cosa acerca de la cual se litiga* y *la inhibición general.*

a) *El embargo preventivo*

Ya se adelantó *supra* que es el tipo de *cautela* que se hace *sobre bienes materiales* o *inmateriales*, agregando ahora que deben ser de *propiedad* o de *posesión* del embargado y que tiene por objeto su específica asignación al eventual pago de un crédito aún no declarado como tal por sentencia o laudo (es *litigioso*) cuando, ya cierto y no abonado espontáneamente por el deudor, se requiera su ejecución forzosa. Desde el momento de la efectivización del embargo, el cautelado (ahora, *embargado*) puede continuar con el uso de la cosa (pues no se le quita la tenencia de ella, cual ocurre en el caso de secuestro), pero en calidad de *depositario judicial*[262], lo cual lo convierte en su guardador y, como tal, debe abstenerse de ejercer todo acto que disminuya su garantía.

En la realidad, las diferentes leyes procesales regulan de manera diversa los posibles casos de embargo preventivo (por ejemplo, supuestos de contratos bilaterales, de créditos aún no constituidos por imputar el acreedor responsabilidad aquiliana al deudor, etcétera), que no hacen a la esencia del instituto y que no pueden ser objeto de tratamiento en esta obra en la cual, además, hemos afirmado la necesidad de disponer con amplitud este tipo de cautela, a punto de obviar lo relativo a la verosimilitud del derecho y al peligro en la demora.

Todo lo específico de este tipo de cautela será explicado en la parte especial de la asignatura.

b) *El secuestro*

Es el tipo de cautela que se hace exclusivamente sobre bienes muebles o semovientes de propiedad o posesión del cautelado y que tiene por

262 Lo que no le quita su carácter de propietario, gracias a lo cual puede, por ejemplo, usar natural y racionalmente de la cosa y venderla. Adviértase que esto es así en razón de que, si la cosa perece, lo hace para el embargado, no para el embargante, quien puede volver a embargar lo que desee.

objeto su específica asignación al eventual pago de un crédito aún no declarado como tal por sentencia o laudo (por eso es litigioso) cuando, ya cierto y no abonado espontáneamente por el deudor, se requiera su ejecución forzosa. Igual medida puede disponerse cuando el bien sea objeto de decomiso.

Hasta aquí, el caso es exactamente igual al del embargo sobre cosa mueble. Sin embargo, éste es mucho más grave pues lo característico de esta cautela es que, desde el momento mismo de su efectivización, el cautelado *no puede continuar con el uso de la cosa* pues se lo *desposee* o, con mayor propiedad, se le *quita la tenencia* de ella. Y esto ocurre mediante el simple procedimiento cumplido en el acto de la traba del embargo, de darle el oficial de justicia la tenencia de la cosa a un tercero que la recibe en calidad de *depósito*, siendo así responsable por ella como *depositario* a partir de entonces. A raíz de esto, el cautelado no puede usar la cosa ni comportarse respecto de ella como si fuera su dueño, con lo cual –ahora sí– la cosa se inmoviliza de hecho en el tráfico comercial.

Conforme lo que se ha dicho hasta ahora, surge evidente que el secuestro es una *típica cautela para ejecutar un derecho ya declarado* por lo que, en principio, parece que no debe ser admisible con carácter preventivo (v. el # 5.1.2. donde se menciona al *secuestro* como *embargo ejecutivo*). Sin embargo, hemos preferido considerarlo en este grupo de cautelas pues, además de funcionar en forma *autónoma* (caso mencionado en el párrafo anterior) también lo hace como *complemento de otro tipo de cautela* y, a veces, como *sanción al embargado* que no cumplió fielmente con sus deberes de depositario.

Todo lo específico de este tipo de cautela será explicado en la parte especial de la asignatura.

c) *El depósito judicial de cosa a demandar o ya demandada*

El caso aquí presentado ya ha sido subsumido en el secuestro, como una de sus variantes específicas. No obstante, se incluye por separado en esta nómina genérica de cautelas, pues algunos Cpc no lo legislan como

tal, sino que lo presentan como una de las formas mediante las cuales el actor puede *preparar un juicio declarativo.*

Todo lo específico de este tipo de cautela será explicado en la parte especial de la asignatura.

d) *La inhibición general de bienes*

Es el tipo de *cautela* genérica que se hace en defecto de un embargo, por no conocer el embargante, bienes libres o embargables o suficientes de su deudor para poder trabarlo, a fin de que él no pueda disponer eventualmente de ellos sin pagar antes la deuda o sin dar caución al efecto.

Todo lo específico de este tipo de cautela será explicado en la parte especial de la asignatura.

5.1.2. Las cautelas que posibilitan la ejecución forzosa de un derecho ya declarado

Los diferentes tipos de cautela que responden a este enunciado son el *embargo ejecutivo*, la *intervención recaudadora* y la *inhibición general.* Todas se verán seguidamente.

a) *El embargo ejecutivo y la desposesión del bien embargado*

Ya se verá en la Lección 26 que, salvo alguna rara excepción que no es aceptada por la doctrina, en América Latina *no hay ejecución* propiamente dicha, toda vez que el llamado *juicio ejecutivo* (al cual se accede con un *título ejecutivo*) es, en esencia, un juicio sumario vulgar y silvestre, pero con defensas, plazos procesales e impugnaciones restringidas. No obstante, todos los códigos del continente refieren que, a la iniciación del juicio ejecutivo, debe ordenarse un *embargo ejecutivo* en los bienes del deudor para posibilitar su inmediata subasta cuando la sentencia del caso ordene *llevar adelante la ejecución.* Pero cuando así lo hacen, remiten en lo procedimental al trámite propio de la traba del *embargo preventivo* del cual éste se diferencia legalmente sólo en que debe haber intimación previa de pago antes de la traba del embargo. No obstante ello, sistémicamente hay otra diferencia: el embargo ejecutivo debe ser seguido de

inmediato secuestro o ser suplantado directamente por éste, pues no se concibe racionalmente que una ejecución procesal pueda proseguir hasta la sentencia sin que hayan bienes prontos a subastar. Hechas estas salvedades, rige respecto del tema todo lo dicho y lo que se dirá en cuanto al embargo preventivo.

b) *La intervención judicial en general*

Jurídicamente, la palabra *intervención* refiere a la vigilancia y control de algo por parte de la autoridad y, en general, esta actividad está regulada de diversas maneras en el derecho privado y, muy particularmente, en la ley comercial, donde siempre se la vincula con algunos tipos societarios. Ya se verá luego que la intervención ordenada por los jueces –intervención judicial– puede ser *recaudadora*, *veedora* o *informadora* y *administradora*.

Si bien se miran estas variedades de intervención, y salvo la última mencionada, no son en sí mismas *cautelas procesales*. Tanto es así que muchos códigos no las legislan o lo hacen con ocasión de la ejecución de la sentencia de remate dictada en juicio ejecutivo, como medio *complementario* para ejecutar un derecho ya declarado cuando no hay bienes embargados suficientes para subastar. No obstante ello, la doctrina en general de todo el continente la presenta como una cautela y algunos códigos vigentes así la legislan.

Todo lo específico de este tipo de cautela será explicado en la parte especial de la asignatura.

c) *La inhibición general*

El tema ya ha sido tratado supra, en el # 5.1.1.d), a cuyo texto remitimos al lector en razón de que la inhibición general es siempre cautela supletoria de un embargo, sea éste preventivo o ejecutivo.

5.1.3. Las cautelas de cosas para mantener el statu quo mientras se discute sobre ellas

Los diferentes tipos de cautela que responden a este enunciado son la *intervención judicial controladora* o *informativa* y la *intervención judicial administradora*.

Todo lo específico de estos tipos de cautela será explicado en la parte especial de la asignatura.

5.1.4. Las cautelas de derechos inciertos para mantener el statu quo mientras se discute sobre ellos

Los diferentes tipos de cautela que responden a este enunciado son la *prohibición de innovar*, la *prohibición de contratar* y la *anotación registral del litigio*. Todos se verán seguidamente.

a) *La prohibición de innovar*

Castizamente, *innovar* es introducir novedades en alguna cosa, de donde resulta que el vocablo es comprensivo de sus varios sinónimos: variar, alterar, mudar, cambiar, renovar, modificar, transformar y reformar. Este tipo de cautela tiene su fundamento en la necesidad de mantener el estado actual de ciertas cosas o situaciones litigiosas, de hecho o de derecho, durante todo el tiempo que se discuta procesalmente sobre ellas, de donde resulta la prohibición judicial al cautelado para innovar a su respecto o, lo que es lo mismo, la prohibición de efectuar actividad que pueda cambiarlas en detrimento del eventual derecho del cautelante.

Todo lo específico de este tipo de cautela será explicado en la parte especial de la asignatura.

b) *La prohibición de contratar*

Es ésta una de las formas que puede exhibir la prohibición de innovar, que desde siempre refiere a alteraciones fácticas de cosas existentes en la realidad de la vida. Pero cabe recordar ahora que el alcance de tal prohibición puede referir también a lo jurídico y allí es donde, precisamente, encuadra esta particular prohibición: la de hacer determinados contratos respecto de ciertas cosas. Por ejemplo, no vender, no gravar, etcétera.

Todo lo específico de este tipo de cautela será explicado en la parte especial de la asignatura.

c) *La anotación registral del litigio*

Conocida también desde antaño como *anotación de litis*, este tipo de cautela siempre se circunscribe sólo a *bienes registrables*, muebles o inmuebles, en tanto la pretensión que la origine tenga como consecuencia una modificación en el correspondiente registro.

5.2. Las cautelas que protegen a las personas que litigan o que pretenden hacerlo

Los diferentes tipos de cautela que responden a este enunciado son la *guarda* (o depósito) *de persona*, el *otorgamiento de carta de pobreza* y la *prestación de fianzas*.

Estas dos últimas no son reconocidas como *cautelas* en la habitualidad de la doctrina. Sin embargo, participan de todos los caracteres genéricos de éstas, ya vistos *supra*, toda vez que son accesorias, provisionales, mutables, caducables y unilaterales, aunque a veces algunas aparezcan en la ley como bilaterales. Las explicamos.

a) *La protección (guarda o depósito) de persona*

Esta antigua cautela se conocía en muchas leyes del pasado como *depósito de persona.* En una de sus varias acepciones, la palabra *depósito* significa la colocación de un bien o de un objeto de valor en guarda y bajo la custodia de una persona o de una entidad que debe responder por ellos. Por extensión, aunque equivocadamente, se denomina *depósito de persona* a la colocación que se hace de ella en lugar donde se la cuide. De ahí la corrección del empleo de la voz *guarda* que utilizan las leyes modernas. Con mayor especificación, y con los giros propios del pasado, esta cautela era mencionada legislativamente como *depósito de mujer casada en casa honesta.*

Hoy, los códigos modernos consideran a este tipo de cautela como propio de un género mayor: el de *protección de persona.* Y así, la mayoría de las leyes vigentes refieren a la *guarda* o *internación* de: 1) mujer que intenta o se propone intentar o contra quien se ha deducido demanda

de divorcio, de nulidad de matrimonio o querella de adulterio (se trata de una hipótesis que entró en desuetudo, entre otras cosas, por la derogación del adulterio como delito y del divorcio contencioso); 2) mujer menor de edad que intenta contraer matrimonio, ingresar a comunidad religiosa o ejercer determinada actividad, todo en contra de la voluntad de los padres, tutores o curadores (se trata de una hipótesis que debería hacerse extensiva a todo menor de edad); 3) menores o incapaces que son maltratados por sus padres, tutores, curadores o guardadores, o inducidos por ellos a cometer actos ilícitos o deshonestos o reprobados por las leyes o la moral o que estén expuestos en virtud de ello a graves riesgos físicos o morales; 4) incapaces abandonados o sin representantes legales o, teniéndolos, cuando ellos están impedidos de ejercer sus funciones; 5) incapaces que están en pleito con sus representantes legales en tanto se controvierta en el respectivo litigio la patria potestad, la tutela, la curatela o los efectos de cualquiera de ellas; 6) hijos menores de un matrimonio en pleito de divorcio o separación o que no conviven, inclusive a favor de un pariente en casos excepcionales; 7) personas con capacidades restringidas e incapaces. Aunque no se trata propiamente del caso en estudio, parece que sus condiciones deben ser extendidas a las hipótesis de guarda de *restos humanos* cuando se plantean pleitos entre familiares sobre el derecho a tenerlos o sobre domino de sus tumbas.

Todo lo específico de este tipo de cautela será explicado en la parte especial de la asignatura.

b) *El otorgamiento de carta de pobreza para litigar*

Aunque las Constituciones de toda América aseguran en general el libre acceso de los particulares al servicio de Justicia, en la Argentina de hoy y desde hace ya muchos años, tanto el Fisco nacional cuanto el provincial gravan el acceso al litigio por parte del actor civil imponiéndole el pago previo de una tasa (en rigor, verdadero *impuesto* desfigurado con otro nombre) que, la mayoría de las veces, es muy alta y se erige a raíz de ello en una valla frecuentemente difícil de superar. Claro está, la perversión propia del siempre voraz apetito fiscal se disimula, para el ciudadano no

advertido de ello, con el establecimiento de una excepción que confirma la regla: no paga tasa alguna *previa al ingreso* al litigio aquel a quien desde antaño se considera *pobre para demandar*, determinándose al efecto en las leyes algunas pautas que antes eran objetivas y en la actualidad puramente subjetivas para que el juez le otorgue la correspondiente exención mediante la graciosa concesión del *beneficio de litigar sin gastos* o de la declaración judicial que establece que alguien es pobre para litigar.

Esta clara cautela que posibilita la defensa de los derechos de una persona, de la misma forma que lo hace su depósito, por ejemplo, no es legislada como tal por los códigos actuales, que la contemplan en la enumeración que hacen de los posibles *incidentes* en la Lección 14. Así legislada, la cautela ha perdido su carácter unilateral y se sustancia generalmente con audiencia del propio Fisco y de la persona contra la cual se litigará. Y esto por las razones que seguidamente se comprenderán.

Antiguamente, en normativa ya no vigente, esa audiencia que preveía la ley para sustanciar el *incidente* (atención, que no la cautela) generaba nuevo litigio que podía terminar con un perdedor que, como tal, afrontaba en su momento el pago de las costas procesales devengadas durante la tramitación del beneficio. Y esto perjudicaba al sistema pues posibilitaba la actuación de abogados inescrupulosos que pretendían percibir honorarios calculados como un incidente del pleito principal (con lo cual cobraban más dinero) y no a base de lo que representa el pago de las tasas o impuestos de justicia (con lo cual cobraban menos dinero).

A esto se sumaba el silencio del Fisco, que muchísimas veces no intervenía para sostener su derecho a percibir impuestos de quien eventualmente sería exento pues, a la postre, lo cobraba de cualquier manera de la otra parte procesal a consecuencia de que la obligación del hecho imponible *litigar* era –y es– solidaria entre todos quienes litigan. Con lo cual carece de interés al efecto.

En estas condiciones, a partir de la habitual piedad de algunos jueces decisionistas que, al actuar conforme con pautas puramente subjetivas, son proclives al otorgamiento amplio del beneficio, se ha generalizado la

figura del *actor pobre para litigar*, sin que nadie haya advertido las demás circunstancias –claramente ilegítimas– que rodean a esta cautela.

Si bien se mira, es peor el remedio que la enfermedad... siendo hoy mucho más fácil el litigar gratis que en el pasado.

Para que se entienda la crítica que aquí se hace, repare el lector en la denominación del beneficio, referido desde siempre a la *posibilidad de litigar sin pagar impuestos* o *tasas de justicia* y no otra cosa (por ejemplo, costas judiciales). Que es lo más que el buen uso de la lógica acepta que pueda hacer el Estado, disponiendo al efecto de sus propias posibles rentas.

Pero lo que no puede hacer seriamente es afectar el bolsillo de otros ciudadanos y ordenar en consecuencia que sean ellos (los *otros*, nunca *nosotros*) quienes carguen patrimonialmente con el beneficio otorgado a los que litigan en su contra. Y esto es lo que sucede gracias a la *solidaridad* impositiva: si no paga el actor, paga el demandado (y debe abonar *todo*, no *su parte*), de donde resulta que a la postre el Estado no renunció a nada y, simplemente, cambió la persona del contribuyente, agravando la situación de uno para beneficiar a otro.

Esto parece grave y claro resabio del autoritarismo inquisitorial que se vive en nuestros países en materia procesal, por no comprender el legislador en qué consiste el principio de igualdad ya reiteradamente explicado en esta obra y dejado de lado en todos estos temas. Para que se comprenda cabalmente la afirmación, en el sistema inquisitorial *la parte es nadie*, en razón de que todo funciona allí a partir del absoluto protagonismo del juez.

Estas apreciaciones vienen a cuento pues no hace demasiado tiempo se estableció en alguna ley que el simple patrocinio letrado del defensor general (como tal, integrante de la planta de funcionarios del Poder Judicial) permitía no sólo no pagar tasas o impuestos para litigar, sino, también, *cautelar sin prestar la contracautela del caso*. Mientras eso se mantuvo así y dependiendo exclusivamente de la actuación de un funcionario judicial, no hubo mayores problemas en el desenvolvimiento de

la actividad litigiosa pues, al fin y al cabo, era un funcionario del sistema quien hacía las comprobaciones y evaluaciones de rigor.

Con posterioridad, un código procesal (Cpcn, art. 200, 2) que hace gala del siempre criticado solidarismo judicial, extendió tal *beneficio* (¡y vaya si lo es!) a quien obtenía su declaración de pobreza y, con ello, era patrocinado en sus pretensiones por *cualquier abogado* y no con exclusividad por el defensor oficial, como ocurría hasta entonces. A partir de ahí se ha desquiciado en muchas partes el sistema de enjuiciamiento en el cual imperaba la buena fe: cualquiera persona puede obtener hoy, en trámite sin contienda y viveza abogadil mediante, un beneficio de tal índole que le permite *demandar gratis* por la suma que se le ocurra, tenga o no razón para ello; *no pagar costas* si pierde el pleito por las extravagancias de su demanda y, además, *embargar lo que quiera sin dar caución* alguna para ello. A consecuencia de esto, lo que debe ser simple aseguramiento de cobro para el eventual supuesto de ganar el pleito, se convierte en argumento de presión para forzar un pago que, alguna vez se ha visto, no se debía en la realidad de la vida (a este fin, basta con embargar por importante suma –recuérdese que es gratis y sin consecuencia negativa alguna– una cuenta corriente bancaria y, con ello, detener la operatoria de una empresa que puede caer en inmediata imposibilidad de pago). Hasta aquí es suficiente la crítica.

Todo lo específico de este tipo de cautela será explicado en la parte especial de la asignatura.

c) *El otorgamiento de fianzas*

Se entiende por *fianza* la obligación que una persona contrae cuando se compromete a responder por otra y, por extensión, lo que se deja en garantía del cumplimiento de una obligación. Este tipo de cautela se emplea desde muy antiguo, tanto en lo civil como en lo penal[263].

263 Ejemplos de lo primero pueden ser vistos en los casos de: 1) fianza *a las resultas del juicio*; 2) fianza *de estar a derecho*; 3) fianza *de arraigo* dada por el demandado y por el actor; 4) fianza *depositaria*; 5) fianza *de restitución*; 6) fianza *con información de abono*; 7) fianza *de pago de eventuales costas procesales*. Ejemplos referidos a lo penal pueden

Actualmente, este tipo de cautela en trato se presenta: A) *en lo civil*, para responder a algunas necesidades de quien ostenta procesalmente el carácter de: A1) *demandado*, para: i) poder gozar de la defensa de un pariente en caso de estar ausente del lugar del pleito (*cautio de rato et grato*) y ii) para asegurarse el pago de costas de las cuales puede ser acreedor eventual (*arraigo*); A2) *actor*, para poder ejecutar de inmediato una sentencia que ha sido apelada y la impugnación concedida con efecto suspensivo; B) *en lo penal*, para asegurar la comparecencia de un imputado que se halla en libertad cuando el juez ordena su presencia en el tribunal. Las explicamos.

En lo civil:

1) *El otorgamiento de fianza para asegurar la defensa por un pariente de quien ha sido demandado en juicio*

La figura se conoce desde antaño con la denominación de *cautio de rato et grato* y consiste en la autorización legal para que un pariente de demandado civil ausente del lugar del juicio asuma su representación procesal por un cierto plazo y sin necesidad de acompañar mandato al efecto.

Todo lo específico de este tipo de cautela será explicado en la parte especial de la asignatura.

2) *El otorgamiento de fianza para asegurar el cobro de costas eventuales*

El caso se conoce desde antaño como *arraigo* o *arraigo del juicio* y se encuentra habitualmente legislado dentro de la nómina de los incidentes (en rigor, de los *accidentes*) o en la de las excepciones procesales. Una de las acepciones del vocablo y que sirve para explicar su significado en el campo de la asignatura, refiere al establecimiento de una persona en forma permanente en un lugar, vinculándose de tal modo con las personas y cosas de allí. Esta idea es la que sirve a las diferentes legislaciones para normar sus variados casos. Tal como se lo conoce en América, el *arraigo* consiste en la prestación de una caución otorgada por el actor para ase-

ser vistos en los casos de: 1) fianza *carcelera* o *de cárcel segura*; 2) fianza *de calumnia*; 3) fianza *de seguridad de la vida*; 4) fianza *de saneamiento*.

gurar al demandado el pago de las costas causadas a raíz del pleito en el caso eventual de que triunfe en el litigio.

Todo lo específico de este tipo de cautela será explicado en la parte especial de la asignatura.

3) *El otorgamiento de fianza para posibilitar la ejecución de una sentencia no ejecutoriada*

El caso se conoce desde antaño como *fianza de restitución* y se encuentra habitualmente legislado dentro de la normativa propia del juicio ejecutivo. Consiste en la prestación de una fianza que otorga el ejecutante a cuyo favor se ha dictado sentencia de remate impugnada por el ejecutado mediante recurso de apelación concedido con efecto suspensivo, con la finalidad de lograr el cambio de tal efecto y, a consecuencia de ello, poder ejecutar de inmediato la sentencia aún no ejecutoriada.

Todo lo específico de este tipo de cautela será explicado en la parte especial de la asignatura.

4) *El otorgamiento de fianza para asegurar la comparecencia a juicio de reo penal*

Conocida desde antiguo con la denominación de *fianza carcelera* es la que un tercero otorga en garantía de que un reo penal puesto en libertad por el juez actuante comparecerá ante él cada vez que se lo cite a cualquier efecto.

Todo lo específico de este tipo de cautela será explicado en la parte especial de la asignatura.

5.3. Las cautelas que protegen la producción anticipada de medios de confirmación procesal

Este tipo de cautela, no habitual en el pasado relativamente reciente, está constituido por la *producción anticipada de ciertos medios de confirmación procesal* que el cautelante intenta realizar de inmediato y, a veces, aun antes de demandar, pues podrían perderse con el paso del

tiempo, volviéndose así de difícil o de imposible producción cuando se abra el estadio procedimental respectivo.

En esta hipótesis imaginamos, por ejemplo, la necesidad del actor de contar con un documento que puede desaparecer apenas el futuro o actual demandado advierta que es la prueba determinante de un pretendido derecho (piénsese en el secuestro de una historia clínica en pleito de responsabilidad por mala praxis médica o en la necesidad de verificar una circunstancia que puede cambiar andando el pleito, etcétera). De la misma forma, hay leyes que permiten un *adelantamiento temporal* en la realización de un medio de confirmación cuando alguien corre el riesgo de verla frustrada por el paso del tiempo: es lo que ocurre cuando cabe admitir la producción antes de tiempo declaraciones de testigos, informes periciales, comprobaciones judiciales, etcétera.

Como se ve, hablamos siempre de *prueba anticipada*, concepto que difiere esencialmente del de la *prueba pre constituida*: a) la *anticipada* es *siempre* de carácter procesal, pues se produce ante el juez que ya conoce o que ha de conocer en la causa litigiosa y debe respetar los requisitos que seguidamente se expondrán; b) la *pre constituida* no es de carácter procesal pues se hace *siempre* con prescindencia del proceso y, por tanto, antes de que sea incoado y, a veces, sin que nunca sea menester usarla. Esto se ve claro con sólo recordar los medios de acreditación ya explicados en la Lección 21: por ejemplo, la escritura pública efectuada *ad probationem* (prueba preconstituida), que nunca servirá en un proceso si la obligación que allí se instrumenta es oportunamente cancelada por el deudor.

Atención ahora: en todos los casos, y para que el resultado del respectivo medio de confirmación tenga eficacia probatoria al momento de ser sentenciada la pretensión a la se refiere, debe mediar adecuada y plena bilateralidad de la instancia confirmatoria respecto de *todos los interesados* en ella. A consecuencia de esto, debe estar presente en el acto de la producción del respectivo medio no sólo quien puede ser beneficiado con el resultado confirmatorio, sino, también, particular y muy especialmente, quien ha de sufrir los efectos contrarios de él. Sin embargo, hay ocasiones

en las que la extrema urgencia del caso hace que materialmente no exista el tiempo útil para hacer las citaciones del caso. De la misma manera, otras veces ocurre que el actor tiene fundado motivo para creer que quien puede llegar a sufrir los efectos adversos del resultado confirmatorio, hará todo lo necesario para evitar su realización o, más aún, que destruirá lo que es necesario conservar.

Previendo tales situaciones, los códigos que se ocupan del tema posibilitan el despacho inmediato de la medida confirmatoria sin la previa o contemporánea audiencia del que resultará afectado por ella y, en su lugar, se establece una intervención previa del ministerio fiscal que es por demás inútil (pues no puede subrogar a la parte, a la cual es por completo ajeno) y que en nada mejora la situación de aquél. Pero esto es *verdadera excepción*: debe hacerse así sólo cuando las circunstancias del caso lo hagan menester, por carencia de tiempo o, principalmente, para evitar destrucción de pruebas. Y no en otra ocasión, cual se hace a menudo en Argentina por interpretación extensiva de esa subrogación fiscal que acabamos de criticar. En esa tónica se ve que, en la realidad judicial de todos los días, ocurre lo aquí apuntado: los jueces autorizan habitualmente la producción *unilateral* de muchos medios de confirmación so pretexto de que así lo permiten las leyes inquisitoriales, cuando las circunstancias del caso revelan con sencillez y prontitud que no hay peligro alguno en demorar la realización de una prueba durante el tiempo necesario para hacer las notificaciones del caso y, más aún, cuando es imposible revertir anticipadamente el resultado que se procura: es lo que acaece, por ejemplo, en las *actas notariales de constatación fuera de juicio* que se confeccionan al solo pedido de quien intenta beneficiarse con su resultado y a espaldas de quien ha de sufrir los efectos contrarios de lo tan irregularmente producido. Y, con ello, por ejemplo, se intenta mostrar que hay una pared que tiene manchas de humedad o que se ha abierto una grieta en una medianera, etcétera. De tal forma, no sólo se introduce una prueba ilegítima, sino que, al momento de sentenciar, muchos jueces la valoran asertivamente al margen de que todo se hizo a espaldas del demandado, cuya debida citación no hubiera provocado la desaparición de la humedad o evitado la grieta...

Finalmente: las leyes que autorizan la subrogación de la parte por el fiscal, insisten incoherentemente en que debe notificarse a él –y no a la propia parte– el resultado del medio producido. Es lo que ocurre en el Cpcsf, art. 274, cuya inconstitucionalidad sostenemos por tolerar una clara ruptura de la igualdad procesal, pues nada obsta a que se dé al interesado la participación hasta ahora negada, pero *luego* de haberse producido el medio confirmatorio cuya producción se temía que evitara.

Todo lo específico de este tipo de cautela será explicado en la parte especial de la asignatura.

5.4. Las cautelas en lo penal

En este campo se acepta desde siempre, doctrinal, normativa y jurisprudencialmente, que la autoridad estatal tenga la posibilidad de invadir la esfera de libertad de las personas, tanto como para investigarlas (privación de la libertad administrativa: *detención por la policía*) como para asegurar el cumplimiento de eventual condena (encarcelamiento judicial mediante lo que se denomina *prisión preventiva*).

Salvo en la Argentina, la primera se halla autorizada en general por las propias constituciones, con severas limitaciones temporales (siempre en cuestión de horas, el detenido debe ser presentado al juez competente); la segunda está habitualmente normada en los códigos procesales penales.

6. EL ANTICIPO JUDICIAL DE LA PRESTACIÓN DEMANDADA: NATURALEZA

Ya adelantamos algunas ideas respecto de este tema en el punto 1 de esta misma Lección. Se dijo allí, y lo reiteramos acá por simple prolijidad expositiva, que sin ostentar jamás la condición de *protección cautelar* en el exacto sentido que ha presidido la explicación dada *supra* sobre el tema, el legislador previó desde antaño *la necesidad de anticipar el resultado de una sentencia judicial* cuando graves razones lo exigían: por ejemplo, frente al cierre de una servidumbre de paso no quedaba más remedio a la ley que

permitir que el juez ordenara su inmediata apertura y tolerar el tránsito por el respectivo camino mientras se discutía, precisamente, acerca del derecho a cerrarlo. La obviedad del ejemplo exime de todo otro comentario al respecto. De la misma forma, cuando un cónyuge que ha demandado su divorcio pretende percibir alimentos mientras dura la tramitación del juicio, es claro que debe recibirlos de inmediato pues caso de no ser así es posible que no alcance a ver jamás el final del pleito. Idéntica solución anticipada brinda desde antaño el *interdicto de obra nueva.*

Los casos recién señalados a modo de ejemplo se encuentran invariablemente normados en la ley de fondo, *nunca en la procesal*, que sólo establece la forma de tramitar pretensiones a base de derechos contenidos en la ley de rango superior.

Dijimos también en el # 1 que, a partir de la década de los años '50, cuando el legislador traspasó parte de sus facultades a los jueces, los dotó de poderes extraordinarios que, hasta entonces, rara vez habían tenido, tolerando de ahí en más lo que para el garantismo procesal ha pasado a ser a todas luces una inadmisible y peligrosísima discrecionalidad judicial, toda vez que una actuación de este tipo se realiza a base de pautas puramente subjetivas y, como tales, difíciles o imposibles de controlar por el afectado. Y con ello advino la todavía recurrente insistencia de la doctrina académica que postula aumentar cada día más los poderes judiciales, llegándose a lo que hoy se denomina en las leyes como *poder cautelar genérico* y que luego será objeto de especial consideración y crítica.

En esta tesitura y dentro de tal marco, aparecieron nuevas "cautelas": por ejemplo, la *medida innovativa* y, hoy, la cada día más común *tutela anticipada*, a las cuales referiremos luego y que pronto fueron legisladas dentro del capítulo propio de *las medidas precautorias.* Cuando esto se hizo, el legislador no advirtió que *nada cautelaba*, sino que, bien por lo contrario, *anticipaba el contenido de una sentencia* declarativa o de condena, pero sin la anterior y necesaria bilateralidad del que debía sufrir su resultado. Pero la denominación de *medidas precautorias* o *cautelares* otorgada a estos *anticipos de sentencia*, hizo que se les aplicaran sin más,

errónea y directamente, las condiciones propias del embargo preventivo (medida cautelar primaria y por excelencia). Y, así fue que, a raíz de esto, *se obvió toda audiencia previa* de quien habría de sufrir los efectos de la declaración o de la condena del caso, mostrando a consecuencia de ella un claro perjuicio jurídico en su persona o en sus bienes y, por supuesto, a su constitucional derecho de defensa en juicio.

Adviértase la extrema gravedad de lo recién afirmado: para lograr los objetivos que el constituyente ha detallado con prolijidad en el Preámbulo (entre ellos, afianzar la justicia y lograr la unión nacional, con lo que ello implica de paz social), la norma cúspide del sistema consagra expresos derechos que ninguna ley inferior puede desconocer. Entre ellos, el de la *inviolabilidad de la defensa en juicio.* Y precisamente para asegurar el cumplimiento de tales derechos, otorga a los particulares una expresa y extrema garantía: la del proceso judicial llevado en igualdad de condiciones frente a un *tercero imparcial.*

Como es de total obviedad, el proceso exige bilateralidad *previa* a la sentencia o no es proceso. Y eso significa audiencia de quien habrá de sufrir los efectos de la decisión judicial.

A tenor de las ideas expuestas, que ponen en su justo lugar al problema que aquí se estudiará, desarrollaremos ahora el tema desde la óptica que debe regir en la especie.

Parece claro que en la realidad de la vida y en el curso de las relaciones humanas existen situaciones de extrema gravedad o notable urgencia que deben ser solucionadas en forma inmediata pues, caso de no hacerlo así, pueden ocasionarse daños definitivos. Teniendo esto en mira, ha sido el propio legislador quien, desde antaño, se ha preocupado por proveer tales soluciones. Y nunca ley alguna del pasado dejó en manos de los jueces realizar tal proveimiento.

Con mayor razón deben estar vigentes estas ideas a partir de la confusión doctrinaria de adjudicar al *anticipo de solución judicial* las exactas características de todas las cautelas procesales y, particularmente, la de la *unilateralidad.* A base de tales circunstancias, cuando actualmente se ade-

lanta el resultado de una pretensión procesal, se omite la audiencia previa de la parte a quien perjudicará lo que se resuelva al respecto, con lo que se genera otro mal mayor: el de evitar el proceso como medio de debate.

Surge de todo esto que la legislación debe brindar una solución adecuada a las circunstancias. Es más, desde que la ley otorgó un poder genérico a los jueces para cautelar todo cuanto desearen, y cuando ya está definitivamente instalada en la sociedad que son los jueces quienes deben resolver la totalidad de problemas habidos y por haber, aun los que definitivamente son *no justiciables*, se tornará muy difícil –por no decir imposible– retornar a soluciones verdaderamente sistémicas, con lo cual se evitaría esta suerte de *anticipo-cautelar.* De ahí entonces que aquí se postule que todo anticipo de sentencia debe gozar siempre de *necesaria e imprescindible audiencia previa* pues nada molesta al efecto y no se vulnera la garantía máxima representada por el irrestricto mantenimiento del método de debate entre sujetos igualados jurídicamente por la propia imparcialidad del juzgador. En buen romance, esto significa algo así como idear trámites harto breves o, más simplemente, ocurrir a la tradicional figura del amparo, comprensiva de todos los casos que actualmente se tratan por las vías autosatisfactivas[264].

6.1. La clasificación de los anticipos de tutela judicial

Según puede colegirse a partir de lo precedentemente expuesto, hay anticipos previstos en la ley (legales) y propios de la actividad de los jueces, aunque no estén autorizados en la ley (judiciales).

264 La Ley de Enjuiciamiento Civil española establece en su artículo 733: "*Audiencia al demandado. Excepciones.* 1. Como regla general, el tribunal proveerá a la petición de medidas cautelares previa audiencia del demandado. 2. No obstante lo dispuesto en el apartado anterior, cuando el solicitante así lo pida y acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar, el tribunal podrá acordarla sin más trámites mediante auto, en el plazo de cinco días, en el que razonará por separado sobre la concurrencia de los requisitos de la medida cautelar y las razones que han aconsejado acordarla sin oír al demandado. Contra el auto que acuerde medidas cautelares sin previa audiencia del demandado no cabrá recurso alguno y se estará a lo dispuesto en el capítulo III de este título. El auto será notificado a las partes sin dilación y, de no ser posible antes, inmediatamente después de la ejecución de las medidas".

6.1.1. Los anticipos legales

Dentro de este grupo enumeramos a la *prestación de alimentos y de litis expensas*, a la *apertura de servidumbre de paso* y a la *clausura de la obra nueva que perjudica a un vecino*. Todos ellos han sido antes mencionados con precisa cita de la norma legal aplicable. Al respectivo texto remitimos ahora.

6.1.2. Los anticipos judiciales

Dentro de este grupo enumeramos a los *poderes cautelares genéricos* y, a consecuencia de ellos, a la *orden de innovar en la situación jurídica actual* y a la *sentencia autosatisfactiva*. Los vemos en particular.

6.1.2.1 Los poderes cautelares genéricos

Con carácter normativo relativamente reciente, algunas leyes han establecido lo siguiente: "Fuera de los casos previstos en los artículos precedentes, quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, éste pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueren más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia" (Cpcn, art. 232)[265].

El origen de ello está en el Cpc de Italia de 1940, respecto de cuyo contenido la crítica doctrinaria de entonces fue pacífica en el sentido de que normaba –y norma– acerca de un *poder supletorio* respecto de las cautelas previstas en la ley. Y ello es obvio desde que debe aceptarse razo-

265 El CPC, mucho más inquisitivo que el argentino, establece en su artículo 629: "Además de las medidas cautelares reguladas en este Código y en otros dispositivos legales, se puede solicitar y conceder una no prevista, pero que asegure de la forma más adecuada el cumplimiento de la decisión definitiva". Como se ve, pura subjetividad que repugna al garantismo procesal. Pero en el Perú el CPC va más allá todavía: en el artículo 618 establece que: "Además de las medidas cautelares reguladas, el juez puede adoptar *medidas anticipadas* destinadas a evitar un perjuicio irreparable o asegurar provisionalmente la ejecución de la sentencia definitiva".

nablemente que el legislador no puede imaginar todos los posibles casos dignos de cautelar, no obstante que la solución hermenéutica debe pasar siempre por la reconversión del caso para hacerlo encuadrar en alguna de las cautelas legisladas detalladamente en todas las leyes actuales. Y con tales alcances, la norma puede resultar buena y eficaz.

No obstante, en la actualidad se ha desvirtuado su contenido merced a la incesante prédica del oficialismo procesal argentino, que ha ido mucho más allá y le ha otorgado alcances que jamás tuvo. Ni siquiera en la legislación italiana del 40. Y así, sin reparar en la naturaleza obviamente diferente que muestran una verdadera cautela y lo que en los últimos años ha dado en llamarse *solución jurisdiccional anticipada* so pretexto de una *tutela judicial efectiva*, han fincado toda anticipación de sentencia en ese preciso *poder cautelar genérico*. A consecuencia de ello, y con expresa invocación a la secular ineficiencia judicial, que muchos jueces-académicos tratan de superar a riesgo de evitar toda discusión procesal, se han inventado ciertas "medidas cautelares" que nada tienen de cautela y que muestran clara y definitiva ilegitimidad constitucional: referimos acá a la *medida innovativa* y a la *medida autosatisfactiva*, con las cuales se han cometido variados y numerosos excesos a espaldas siempre de la persona que debe sufrir los efectos de la orden respectiva. En ese orden de ideas, y haciendo uso de supuestas conclusiones de congresos científicos de la asignatura en los cuales unos pocos pontifican sobre temas que no admiten discutir, se ha instalado la idea de que todo ello es bueno y que mejora la función judicial. Y así, tal doctrina se ha enseñoreado en la actualidad argentina. Basta ver, por ejemplo, el texto del artículo 177 del Código Contencioso administrativo y Tributario de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires para darse cuenta de ello.

Con la aceptación generalizada de todo ello, lograda merced a su constante prédica, ya es normal aceptar como *medidas cautelares* las ya mencionadas *medida innovativa* y *medida autosatisfactiva*, de las cuales nos ocuparemos seguidamente.

6.1.2.2. La orden de innovar en la situación jurídica actual

Ya mencionamos en el # 2.3.2.1. el significado de la palabra *innovar*: introducir novedades en alguna cosa, de donde resulta que el vocablo es comprensivo de sus varios sinónimos: variar, alterar, mudar, cambiar, renovar, modificar, transformar y reformar. Tal conceptuación parece lógica si se la vincula con una prohibición de efectuar cambios en la realidad social, tal cual lo legisla desde antaño casi toda la normativa procesal, pues su fundamento último se halla en la necesidad de mantener la situación actual de ciertas cosas o relaciones litigiosas, de hecho o de derecho, durante todo el tiempo que se discuta procesalmente sobre ellas.

Con este singular tipo de ¿cautela? el actor trata de alterar una situación fáctica sobre la cual no ha empezado aún la discusión procesal y que desea evitar obteniendo, anticipadamente y sin previa discusión, el resultado que debe ser el necesario contenido de la sentencia a dictar en un litigio después de transitar todas las fases de un proceso regularmente llevado, con previa y completa audiencia de ambos interesados. En otras palabras: el juez oye a una sola de las partes, con cuya versión unilateral estima que le asiste un derecho verosímil y le da la razón sin más, interfiriendo sorpresivamente en la esfera de libertad de quien ha de sufrir los efectos de la respectiva decisión. Para ello, algunas leyes toleran la anticipación de la sentencia con la sola y unilateral presencia del pretendiente

Obtenido de tal guisa el resultado pretendido, lo que se hace habitualmente en el foro ducho que todo esto ha aprendido con rapidez y notable beneficio es dilatar lo más posible –algunas veces, *sine die*– la duración del pleito, pues con el resultado ya inicialmente asegurado no es cosa de posibilitar su pérdida con una eventual sentencia adversa. Y esto se muestra como una clara trampa que se realiza con la bendición judicial y que genera más descrédito en el sistema de justicia. Ponemos especial énfasis en lo recién afirmado: se obtiene tal resultado por *vía cautelar* y sin audiencia previa del interesado que sufrirá los efectos de la orden respectiva.

Como se colige de inmediato con meditar mínimamente sobre el tema, existe en tal supuesto *una grosera violación del inviolable derecho*

de defensa en juicio. Y eso se ha hecho factible por la insistente prédica decisionista de muchos años, tímidamente primero y con mucha fuerza luego al amparo del *poder cautelar genérico* que referí *supra*.

Ello es una muestra más de anterior afirmación: todo lo cautelar está ideado y legislado a partir del *embargo preventivo*, que necesariamente es consecuencia de una instancia de *petición* y no de *acción procesal*, por las varias razones ya expuestas al tratar el tema. Y parece obvio sostener que la *medida innovativa* así concebida, nada tiene de cautelar, sino que, antes bien, se muestra como clara anticipación de lo que debe ser resuelto en la sentencia que ponga fin al pleito. De donde surge su manifiesta ilegitimidad cuando se la estudia, legisla o considera como si fuere una cautela. Por cierto, es posible imaginar casos de extrema urgencia obviados por el legislador, en los cuales la sentencia dictada luego de prolongado proceso podría ser inicua. Pero si en tal hipótesis es menester brindar inmediata respuesta judicial para evitar la consumación de mal mayor, lo que cabe es ordenar la sustanciación de un proceso *con horas de audiencia previa* y no soslayar ésta bajo la ilegítima apariencia de una seudo cautela.

Si se revisa la normativa procesal de los países de América, esta figura cautelar no se encuentra legislada en parte alguna. Con excepción, por cierto, del Cpc[266] y, en la Argentina, a partir de la irrupción en el concierto nacional de algunos *Proyectos* de claro corte decisionista y que increíblemente son comprados por algunos legisladores que ignoran el mal que causan con ello a la juridicidad argentina.

6.1.2.3. La sentencia autosatisfactiva

Ya se mencionó en el punto anterior que, a raíz de la falsa antinomia *ineficiencia procesal versus constitucionalidad de las soluciones judiciales* que

266 El texto de su artículo 682: "Ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el juez dictar medidas destinadas a *reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda*. Esta medida es excepcional, por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley". La pregunta que ya mismo se impone es: ¿qué medida prevista en la ley permite adelantar el contenido de una sentencia antes de ser oída la parte afectada por ella?

se ha instalado como tema central de discusión en la doctrina argentina, muchos procesalistas han aceptado pacífica y despreocupadamente la eliminación del proceso mismo, como *método de discusión*, y su reemplazo con la exclusiva y solitaria decisión de un juez tomada a base de su mera sagacidad, sapiencia, dedicación y honestidad. En tal tesitura, postulan entregar a ese juez –en rigor, a todos los jueces– la potestad necesaria para lograr autoritariamente lo que estiman es *la justicia del caso* dentro de los márgenes de su pura, absoluta y exclusiva subjetividad. Y para ello, se ha buceado en el remoto pasado y, a partir del *indicio vehemente* y de *les lettres de cachet* que se expedían en el siglo XV, ha instalado –primero en la doctrina, luego en algunas normativas vigentes y, finalmente, en la jurisprudencia, lo que es tanto o más grave– las llamadas *medidas o sentencias autosatisfactivas*, que consisten en el otorgamiento inmediato por un juez del derecho pretendido por un actor civil, a su solo pedido y sobre la exclusiva base de la aceptación unilateral y sin más que la autoridad hace respecto de la existencia de ese derecho. Claro está que, a raíz de ello, se condena a alguien a dar o hacer o no hacer alguna cosa, invadiendo así su esfera de libertad, pero sin darle la más mínima audiencia previa pues se actúa en sede puramente cautelar.

Justo es reconocer que los autores que pontifican acerca de la bondad de estas *medidas* han advertido los dislates que se producen a raíz de la inaudiencia y, ahora, aceptan bilateralizar algunas veces el instar, como se verá seguidamente en el texto. Y, aunque en algo se ha mejorado la cuestión, el fondo del problema queda intocado pues esa audiencia se otorga a voluntad del juez y no como mandato legal de irrestricto cumplimiento.

Esta solución extrema para paliar la morosidad judicial reinante no es pacífica, por cierto, y está seriamente cuestionada por los defensores del *garantismo procesal* académicamente enfrentados con quienes sostienen las bondades del decisionismo judicial. Es indudable que, al amparo de la doctrina oficial del procesalismo civil argentino, se imponen las tesis decisionistas, en tanto que ocurre exactamente lo contrario entre los procesalistas penales. Y tal situación revela la existencia de un extraño movimiento conceptual que muestra un exótico cruce filosófico doctrinal:

en tanto se pretende penalizar cada vez más el proceso civil, se civiliza cada vez más el proceso penal.

Teniendo eso en cuenta, las llamadas *medidas autosatisfactivas* vendrían a ser una manifestación más de este propiciado *autoritarismo judicial*, tenaz persistencia del sistema inquisitivo en el proceso civil. Todo esto puede ser visto, por ejemplo, en los Cpc de Corrientes, art. 785, Chaco, art. 232*bis* y Formosa, art. 232*bis*. Y es notable advertir en las normas mencionadas que, además de la idea central que se repite en ellas con leves variantes, todas tienen en común una redacción castizamente horrorosa, que hiere al idioma nacional y no permite una interpretación razonable de sus contenidos. También se encuentran legisladas y –justo es decirlo, con redacción que se comprende y posibilita adecuada interpretación– en el Cpc de La Pampa, art. 305, que transcribimos al pie para la mejor ilustración del lector[267].

267 "*Medidas autosatisfactivas.* Quien se encuentre en la situación prevista en el artículo 302 de este Código, la que la modifique y sustituya y sostenga que la protección de su interés jurídico no requerirá de la ulterior promoción de un proceso de conocimiento, podrá solicitarle al juez que adopte las medidas autosatisfactivas que sean necesarias, en caso de que la protección jurisdiccional no pueda ser lograda por otra vía judicial eficaz. Para ello deberá explicar con claridad en qué consiste su derecho y su urgencia y aportar todos los elementos probatorios que fundamenten la petición. El juez se pronunciará con la urgencia que el caso requiera, concediendo o denegando la medida. Cuando sea posible la sustanciación previa y brevemente con quien corresponda. Al decretar la medida el juez podrá: a) exigir al peticionante caución real. En este caso, determinar cuál ha de ser su vigencia; b) limitar la vigencia temporal de la medida, sin perjuicio de su ulterior prórroga. Podrá también modificarla, sustituirla o dejarla sin efecto, cuando las circunstancias ulteriores lo justifiquen. A las medidas autosatisfactivas no le será aplicable el a.201. El legitimado para oponerse a la medida podrá: a) pedir suspensión en caso de que pueda sufrir un perjuicio de imposible o difícil reparación; para ello deberá ofrecer caución suficiente; b) interponer recurso de revocatoria. El mismo debe ser acompañado de toda la prueba que lo fundamente. El juez lo resolverá sin más trámite o lo sustanciará en forma breve, cuando exista la posibilidad de hacerlo; c) interponer recurso de apelación, directo o en subsidio al de revocatoria, que será concedido en efecto devolutivo; d) promover el proceso de conocimiento que corresponda, cuya iniciación no afectará por si sola la vigencia de la medida. Interpuesto el recurso de apelación se pierde la posibilidad de iniciar este proceso".

Como se ve, tales medidas autosatisfactivas aparecen entonces como una *especie* de un *género* que de ordinario se denomina *tutela urgente* o *tutela anticipada* que, según sus predicadores, tienen su razón de ser y justificación en la necesidad de brindar al litigante (en rigor, exclusivamente *al actor*) una herramienta novedosa, útil y rápida que, en teoría, pondría coto a la notoria ineficacia que ha demostrado el servicio de justicia. Se atendería así, pronto y expeditivamente, a las pretensiones litigiosas que son llevadas ante los estrados de la jurisdicción estatal por quienes afirman el desconocimiento –por vías de hecho o de derecho– de lo que jurídicamente les corresponde.

Que la prestación del servicio de justicia en la Argentina está en crisis es, más que una obviedad, un hecho notorio exento de prueba. Que la gente, el pueblo, los justiciables, descreen no sólo de la judicatura, sino de todo el deficitario andamiaje del sistema legal, penosamente elaborado por los operadores del derecho, es un dato tan cierto como patético. Que algo debe hacerse a fin de no recibir la justificada condena de la sociedad hacia todos y cada uno los operadores del sistema, luce como una materia impostergable para jueces, legisladores, abogados y auxiliares. Pero describir este ominoso cuadro es tarea bien sencilla. Lo realmente difícil es proponer las respuestas *idóneas* a esa crisis terminal que afecta y contamina a todo el servicio.

¿Se puede calificar de *idóneas* a las *medidas autosatisfactivas*? ¿No será peor el remedio que la enfermedad? Afirmamos decididamente que no son idóneas, por más que en algún caso de excepcional excepción puedan resultar intrínsecamente justas (con lo cual se privilegia otra vez la meta por sobre el método).

Se postula desde antaño por los jusprivatistas que el proceso es de naturaleza instrumental y que, como tal, exige el transcurso de cierto tiempo para lograr su cabal desarrollo. Si bien se mira, la cautela que posibilita el cumplimiento de la eventual sentencia que se dicte a su término, es otro instrumento. En rigor, el *instrumento del instrumento*.

Adviértase, entonces, que toda protección cautelar accede siempre a un proceso (principal) del cual es su instrumento. Y en él justifica su

existencia, validez, extensión y duración. Pero la novedad de este particular y exótico tipo de "cautela" estriba en que no exige la existencia y subsistencia de un proceso principal al cual acceder, sino que, prescindiendo de él, agota el tema con el dictado de la sentencia "cautelar" que soluciona definitivamente la pretensión de la actora y coloca al perjudicado por ella en la carga de impugnar dicha "sentencia", como si fuere igual contestar una demanda que expresar agravios. En otras palabras: no precisa de otro proceso principal, contemporáneo o posterior incoado por el mismo actor. Así se desprende claramente de la norma transcrita y se expresa terminantemente en la gloriosa redacción del artículo 232 *bis* de los Cpc de Chaco y Formosa cuando ambos expresan que "no rigen en la materia los principios de instrumentalidad...".

La grosera violación del orden constitucional que surge diáfana de las normas mencionadas precedentemente y, en lo particular, de las vigentes en las provincias del Nordeste, donde tan inexplicablemente ha calado esto en profundidad a pesar de la reconocida calidad de sus juristas, hace que nos detengamos unos instantes en remarcar los puntos más importantes de ella:

a) Se descarta siempre la bilateralidad de la audiencia previa a la decisión judicial, esencia misma del diálogo procesal, al aceptar la norma como suficiente y válida la unilateral afirmación del actor en el sentido de que tiene un derecho litigioso cuya solución es de tal urgencia que merece no oír a su contraparte. Con esto se violenta la Cn, pues se emitirá condena sin dar audiencia previa a quien sufrirá sus efectos.

b) De la misma forma, se practica unilateralmente toda la prueba necesaria para lograr en el juez la convicción de la razón expuesta por el actor. Eso es lo que genera la *sospecha* o el *indicio vehemente* que autorizará el despacho sin más de la medida impetrada. Y con esto también se violenta la Cn, en cuanto se impide el control de la prueba de cargo y se elimina la posibilidad de presentar la de descargo.

c) Se rompe el principio de igualdad ante la ley, al tolerarse la admisión unilateral de una pretensión principal presentada bajo la forma de una suerte de cautela. Y, para colmo de males, se autoriza al juez actuante

a no exigir la contracautela de rigor para su admisión por los daños y perjuicios que el pedido indebido pueda generar al afectado. Y con esto también se violenta la Cn.

d) Se vulnera por segunda vez el derecho de defensa del perjudicado, al sustituir el pleno ejercicio de su derecho de defensa por limitadas posibilidades impugnativas que, por sí mismas, no generan adecuada contradicción. En efecto: adviértase que sólo se le permite:

1) pedir suspensión de la orden judicial, pero, eso sí, efectivizando la prestación de una contracautela que no se le impuso al actor. Y con esto se violenta otra vez la Cn, en cuanto sujeta el diálogo procesal a desiguales exigencias legales a las partes en litigio;

2) apelar la decisión recaída en la pretensión autosatisfactiva, con lo cual vuelve a violentarse el derecho de defensa consagrado en la Cn. Es evidente que, procesalmente hablando, no es lo mismo contestar una demanda que expresar agravios contra una sentencia, en razón de los disímiles caracteres de las funciones judiciales que pueden realizar los jueces de primero y de segundo grado de conocimiento. En tanto que el primero es soberano para decidir acerca de los hechos controvertidos y fundantes de la respectiva pretensión así como de la determinación de la norma general, abstracta y preexistente que se les aplicará y de la elección de las consecuencias de implicar tales hechos en las normas elegidas (con lo cual su competencia funcional es amplísima), el de segundo grado está limitado por las reglas *tantum apelatum*, *tantum devolutum* y *no reformatio in peius*, de donde surge que no puede tratar el litigio con la misma extensión que pudo utilizar su inferior, sino por los agravios vertidos por el perdedor acerca del *iter* del pensamiento del juez, demostrativo de las razones que tuvo en cuenta para fallar como lo hizo (de donde se colige que la competencia funcional del *controlador* es sensiblemente menor que la del *controlado*). Y ello con dos notables agravantes: A) la prohibición de ofrecer y producir prueba y de alegar hechos nuevos en la mayor parte de Cpc argentinos, toda vez que esa apelación tramita "en modo en relación"; B) el efecto no suspensivo previsto en todos los ordenamientos

que regulan la autosatisfactiva, ¡o al que remiten analógicamente al caso de la apelación de las cautelares, aunque no sean cautelares...!);

3) deducir revocatoria contra la decisión recaída en la pretensión autosatisfactiva. Si bien técnicamente esto es lo correcto, toda vez que la impugnación se dirige contra resolución dictada sin sustanciación previa, también violenta el derecho de defensa pues el exiguo plazo previsto en la ley para la deducción del recurso hace que la sentencia unilateral pueda alcanzar la calidad de caso ya juzgado por consentimiento del afectado. Y otra vez todo al margen de la Cn;

4) promover un proceso de conocimiento para impugnar la decisión recaída en la pretensión autosatisfactiva, sin que ello afecte para nada la vigencia de la medida. Si bien se mira, se le da al caso similar tratamiento que el que algunas leyes otorgan a la sentencia emitida en procedimiento monitorio, sólo que éste se utiliza para ejecutar derechos ya declarados o derechos por declarar, pero de muy escaso valor económico, cosa que no se ha previsto en las legislaciones que aquí se critica. Lo notable de este absurdo, pero rigurosísimo sistema impugnativo es que la interposición del recurso de apelación hace perder la posibilidad de iniciar este proceso y viceversa. De donde se colige nueva violación de la Cn.

Conforme se lleva dicho, parece que ya deviene inútil abundar en la manifiesta y obvia ilegitimidad constitucional que muestran con desparpajo estas "medidas anticipativas". Sin embargo, justo es recordar que los conflictos con relevancia jurídica deparan a los justiciables un largo camino de frustraciones. Cuando se trata de pleitos *de conocimiento* (en los que es necesaria una *declaración* del derecho que asiste al pretendiente), debe transitarse la vía del proceso ordinario, sumario, sumarísimo, oral o alguno de los especiales; sólo en casos excepcionales, de flagrante y arbitraria violación de una garantía constitucionalmente protegida, procede el *amparo*.

Es claro que este sistema procesal con el que contamos es pesado y lento. Mas sucede que –a cambio de la moneda *tiempo* ("oro", como expresaba COUTURE)– estamos *garantizando la audiencia*, el debido proceso

y el derecho de propiedad. De modo que la eventual condena aparece sólo como el fruto final del pleno ejercicio del derecho de defensa en juicio.

Esa es la razón por la cual la aceptación legislativa de las denominadas medidas autosatisfactivas nos aleja de la estructura de ese sistema procesal que, no obstante todos los males que le achacamos, tiene su anclaje en el *debido proceso constitucional*, preciosa e insuprimible garantía para todos los justiciables, definitivamente incorporada a todas las cartas políticas del orbe dictadas luego de la Revolución francesa.

Aunque reiterativamente cabe insistir hasta el hartazgo que nuestro sistema procesal constitucional reposa en el estricto apego al *derecho de audiencia* prometido a *ambos litigantes*, no sólo en el inicio, sino a lo largo de toda la serie procedimental. Por esa misma causa, aquél supone que el dictado de una sentencia de condena jamás sea *inaudito et altera pars*. Por lo contrario, la decisión judicial debe ser la *síntesis* entre una *tesis* y una *antítesis* sostenidas por las partes durante el debate, el que –a fin de ser un verdadero proceso y no una parodia de tal– debe ostentar imprescindiblemente la siguiente estructura: a) afirmación de la existencia de un conflicto de relevancia jurídica; b) posibilidad cierta de contradecir; c) confirmación de las afirmaciones contradichas; d) valoración del material probatorio; e) sentencia; f) posibilidad de impugnación y crítica de lo resuelto.

Es indiscutible que constitucionalmente nadie puede ser privado de su propiedad, en sentido lato, sin un previo proceso legal en el que hubiera gozado de plena oportunidad de audiencia y prueba. En este orden de ideas, resta recordar que, para los partidarios de estas *medidas*, lo primero – y lo único– a tener en cuenta es la *necesidad de brindar tutela efectiva a determinadas situaciones urgentes* y las *autosatisfactivas* están llamadas a cubrir lagunas de nuestro ordenamiento para dar satisfacción a situaciones de una urgencia tal que no admiten la tramitación de todo un proceso de conocimiento sin riesgo de pérdida del derecho invocado.

La pregunta que se impone ante tal argumento es obvia: ¿no es ése, acaso, el fundamento mismo del dictado de una medida *cautelar*? ¿No

sirve a tales fines el abundante desarrollo doctrinario y jurisprudencial del *proceso de amparo*? ¿Puede hablarse de *juicio ordinario* en el amparo, con traslados por pocas horas y facultades judiciales para reducirlas aún más?

La novedad y la moda no pueden obnubilarnos tanto como para no ver lo evidente: frente a casos *verdaderamente excepcionales*, con *verdadero riesgo de frustración de un derecho*, los jueces no hesitarán en utilizar los mecanismos con los que ya cuentan: las medidas cautelares, con cumplimiento de los requisitos de la que se trate, así como las otras garantías que, con igual rango que la del proceso, consagra la Constitución como medio similar: *amparo* y sus diversas variantes, *habeas corpus* y *habeas data*.

Si se quiere historiar lo acontecido en la Argentina respecto de todas estas garantías, se constatará que los jueces siempre fueron hipersensibles ante la deducción de una cualquiera de las mencionadas y remisos a hacer respetar los derechos constitucionales que cada una de ellas defiende, de donde no se advierte la razón que justifica la pronta adhesión de esos mismos jueces a esta seudo tutela que vino a reemplazar a todas ellas, sólo que sin la audiencia previa del afectado que todas exigen. De donde se colige que lo que hubo de hacerse era repotenciar la figura del amparo y no instalar por los jueces el injerto que aquí se critica. Surge claro de lo hasta ahora expuesto que no compartimos el poder cautelar genérico como regla, que no aceptamos la existencia de las medidas innovativas ni de las autosatisfactivas, en razón de no ser cautelas, sino ilegítimas sentencias dictadas todas en los arrabales de la Constitución y con olímpico desprecio por su texto expreso.

TEXTO DE CÁTEDRA*

LA TUTELA CAUTELAR

SUMARIO

1. Breve evolución histórica
   1.1. Época de los orígenes
      1.1.1. Época de la responsabilidad
      1.1.2. Época del control judicial
2. Concepto
3. La tutela cautelar en la jurisprudencia del tribunal constitucional
4. Finalidad
5. Tutela preventiva y tutela cautelar
6. Tutela cautelar y justicia contemporánea

1. BREVE EVOLUCIÓN HISTÓRICA

Si bien este tipo de tutela bajo ciertas formas ha sido conocido desde la antigüedad, su regulación y configuración doctrinaria ha evolucionado y se ha consolidado a lo largo de los siglos en función de las necesidades prácticas de los conflictos intersubjetivos de intereses con relevancia jurídica y los requerimientos económico-sociales. En su recorrido histórico, puede distinguirse tres grandes momentos: época de los orígenes, época de la responsabilidad y la época del control judicial[268].

---

* Por el profesor Carlos Antonio Pérez Ríos.

268 Francisco Ramos Romeu (*Las medidas cautelares civiles*, Atelier, Barcelona, 2006, 54-63) propone tres momentos: época de la marginalidad, época de la responsabilidad y época del control judicial.

1.1. Época de los orígenes

En el derecho romano y en el derecho medioeval las decisiones cautelares eran expresiones circunstanciales y accesorias en el litigio y tenían una regulación escueta orientada a la protección de situaciones concretas. El profesor RAMOS ROMEU llama a este momento *época de la marginalidad*, por tratarse de un desarrollo incipiente y limitado a determinadas instituciones jurídicas, con un tratamiento marcadamente sustantivo.

En esta época, estudiosos del derecho romano han constatado la existencia de otras instituciones que jugarían un papel similar al de la tutela cautelar tal y como se la conoce hoy en día. Entre estas instituciones reguladas por el derecho romano figuran el *nexum*, la *cautio damni infecti*, la *operis nova nuntiatio*, la *pignoris capio*, la *missio in possesionem*, la *restitutio ad integrum*, entre otras. Por su importancia a continuación presentamos los aspectos centrales de cada una de las mencionadas.

El *nexum*[269] deriva de *nectere*, que significa *vincular*, *ligar*. Posiblemente fue un contrato que tuvo como causa un préstamo de dinero que revestía las mismas formalidades que la mancipación, pues se pesaba simbólicamente el dinero en una balanza que portaba el *librepens* ante cinco testigos ciudadanos púberes. El acreedor efectuaba una declaración solemne que se llamaba *nuncupatio*, la que generaba una consecuencia rigurosa denominada *damnatio*, especie de fuerza ejecutiva, una verdadera condena, que autorizaba el empleo de la *manus iniectio* contra el deudor moroso que quedaba reducido a esclavitud. El cuerpo mismo del deudor respondía por el pago de la deuda. Puede decirse que era una autopignoración del deudor y la *manus iniectio* un procedimiento ejecutivo que recaía sobre la persona del deudor.

En el ámbito cautelar puede admitirse que estamos frente al antecedente primigenio de la caución o contracautela según nuestra terminología procesal.

269 RODRÍGUEZ PASTOR, Carlos, *Prontuario de derecho romano*, Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1992, p. 96.

La *cautio damni infecti*[270] consistió en la promesa o estipulación efectuada ante el Pretor–y a instancia del vecino que temía un daño futuro en su propiedad– por quien pensaba acometer una construcción. El contenido de la promesa se refería al resarcimiento de los daños que pudieran causarse en la finca aneja como consecuencia de la obra o construcción, independientemente de que la misma acaparase el espacio material de la finca propia o de la vecina. No era la invasión material del fundo el resorte que ponía en marcha la institución, sino el temor razonable y fundado de que se produjeran daños en la finca propia. Igualmente tenían cabida en el ámbito de protección de la *cautio damni infecti* aquellos daños que pudieran producirse en el fundo vecino a causa del mal estado de conservación de los edificios o construcciones en el suelo propio, propiciados por el abandono o la desidia de su propietario. La *cautio damni infecti* adquiría virtualidad jurídica una vez realizada la promesa ante el pretor, convirtiéndose entonces en una auténtica *stipulati* con ella la obligación adquiría naturaleza contractual, de manera que el propietario dañado podría reclamar el daño mediante el ejercicio de la *actio ex stipulata*. Pese a existir dificultad entre los romanistas para encontrar unanimidad acerca de la institución, sí puede destacarse su finalidad preventiva.

La *operis novi nunciatio*[271] fue la institución romana mediante la cual el propietario realizaba una petición o un ruego a su vecino a fin de que no continuara con la ejecución de una obra que resultaría lesiva a su derecho; ante el requerimiento formal, el denunciado tenía que optar entre las alternativas siguientes: suspender la obra o trabajos realizados, prestar caución suficiente para poder continuar con la obra o, en última instancia, solicitar al pretor la remoción de la *nuntiatio*.

La medida innovativa denominada *cautela posesoria* regulada en el artículo 684 del CPC es la versión moderna de la *cautio damni infecti* y de la *operis novi nunciatio cautio damni infecti*. Veamos: "Cuando la demanda

270 ARIAS RAMOS, José y Juan Antonio ARIAS BONET, *Derecho romano*, I (*Parte general*), Edersa, Madrid, 1986.

271 MACÍAS CASTILLO, Agustín, *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, Madrid, 2004, p. 61.

persigue la demolición de una obra en ejecución que daña la propiedad o la posesión del demandante, puede el juez disponer la paralización de los trabajos de edificación. Igualmente puede ordenar las medidas de seguridad tendientes a evitar el daño que pudiera causar la caída de un bien en ruina o en situación de inestabilidad".

La *pignoris capio*[272] fue la segunda acción ejecutiva sobre una cosa generalmente mueble. Se llevaba a cabo fuera del tribunal, el acreedor actuaba por su cuenta contra el deudor y sólo tenía la obligación de pronunciar las palabras solemnes delante de tres testigos. Podía ejecutarse el embargo en presencia o ausencia del deudor sin notificación o aviso alguno, no constituía un procedimiento propiamente judicial y, a diferencia a la *manus iniectio*, no recaía sobre el cuerpo del deudor, sino sobre sus bienes.

La *missio in possesionem* era el acto por el que el pretor autorizaba a una persona a tomar posesión de los bienes de otra. La *missio in possesionem* se podía referir a la totalidad del patrimonio y se llamaba *missio in bona* y cuando se refería a bienes concretos era *missio in rem*. Venían pronunciadas en el edicto del pretor como aquella que concedía para tomar posesión de los bienes del condenado o la que concedía para asegurar los bienes legados o la que se concedía por el daño temido. Consistían en una mera detentación de los bienes para su conservación administración.

La *pignoris capio* y la *missio in possesonem* son instituciones procesales relacionadas con el cumplimiento de obligaciones insatisfechas: en el primer caso el mecanismo se activaba por decisión del acreedor, sin orden del pretor, en un escenario extraprocesal, en tanto que la *missio in possesionem* requería de autorización del pretor. Ambas instituciones son el tronco común de las actuales medidas para futura ejecución forzada, específicamente del embargo y del secuestro.

272 CUENCA, Humberto, *Proceso civil romano*. EJEA, Buenos Aires, 1957, p. 48.

La *restitutio in integrum*[273], es la reintegración a un estado jurídico anterior. Eran resoluciones del magistrado por las que consideraban inexistente un acto jurídico que, a pesar de reunir los requisitos para su validez, chocaba con la equidad, produciendo una situación patrimonial injusta. En virtud de la *restitutio in integrum* se rescindían todos aquellos actos o negocios jurídicos que hubiesen causado perjuicio al pupilo, y a los que hubiesen ejecutado el tutor, o el propio incapaz con autoridad de aquél. Solo funcionaba cuando no había otra manera de resarcir el daño.

el artículo 682 del CPC especifica que, "ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley".

Como puede colegirse, resulta evidente el entroncamiento de la medida innovativa con la *restitutio in integrum*; la diferencia está en que ésta no se tramitaba como una medida cautelar procesal, sino como una pretensión sustantiva nulificante.

El principio *Ut lite pendente nihil innovatur* significa que las innovaciones introducidas al proceso por el demandado o un tercero en el estado de los hechos que hubieran dado origen a la demanda, después de iniciado el proceso, carecen de eficacia, por lo que el pronunciamiento del juzgador deberá atender a cómo eran los hechos al inicio del litigio.

Uno de los efectos de la aplicación de este principio era la indisponibilidad de la cosa litigiosa, que se expresaba en los siguientes términos: "Lite pendente nihil innovatur; omnia in suo statut esse debent res finiatur". En consecuencia, el demandado no podía enajenar, destruir o deteriorar el bien, porque debía ser entregado al vencedor en el estado en que se encontraba al inicio del proceso.

Las partidas plasmaron este principio en la ley 13 título VII, partida 3ª, disponiendo que, si el demandado transfería el bien después del

273 RODRÍGUEZ PASTOR, *Prontuario de derecho romano*, cit., p. 129.

emplazamiento, la enajenación no era válida, y el comprador debía pedir el precio que había pagado por ella, si tuvo conocimiento de la demanda.

En la actualidad, la interposición de la demanda no impide la enajenación de la cosa litigiosa, por lo que el demandante está obligado a solicitar la medida cautelar destinada a impedir toda modificación o cambio en la situación fáctica o jurídica del bien; esta medida cautelar no es otra que la prohibición de innovar o medida no innovativa prevista en el artículo 687 del CPC. Entonces, podemos afirmar que el principio enunciado es el precedente de la actual medida no innovativa.

En el siglo XII, en el Código de las *Siete Partidas* de ALFONSO X EL SABIO, en el Título IX de la Partida III se reguló el secuestro de bienes muebles ante seis supuestos debidamente tipificados, correspondía al juez comprobar la concurrencia de las circunstancias previstas para dictar el secuestro, cuyo precedente romano es la defensa procesal del secuestro conocida como *secuestraria*. En las Partidas también se establecía la nulidad radical de cualquier transmisión de la cosa litigiosa después del emplazamiento del demandado, incluyendo una posible sanción al transmitente; como lo desarrollamos líneas arriba esta disposición no es más que la plasmación del principio *lite pendente nihil innovatur*.

Como ha podido apreciarse, todas las instituciones presentadas, si bien tienen contenido cautelar por su finalidad, muchas de ellas eran realizadas en ámbito extraprocesal y llevadas a escenario procesal eran postuladas como pretensiones principales.

En este contexto, se explica que la tutela cautelar no mereciera un tratamiento preferente de los juristas; así por ejemplo *la Curia Philipica*, de Juan DE HEVÍA BOLAÑOS[274], publicada en 1603, obvia íntegramente

274 Fue el jurisconsulto asturiano de mayor fama a través de los tiempos. Ejerció en Hispanoamérica durante las primeras décadas del siglo XVII, fue receptor de número de la Real Audiencia de Quito y procurador de los tribunales, ejerciendo después la abogacía en Lima y su obra *Curia Philipica,* publicada en 1603 en Lima, se ha considerado libro de texto básico en distintas universidades hasta el siglo XIX. Juan de HEVIA BOLAÑOS hizo su testamento en Lima el 20 de abril de 1623 y poco después murió, siendo enterrado en la iglesia del convento de San Francisco de Lima.

toda mención al tema cautelar; en efecto, en el tomo primero trata en forma concreta sobre los juicios civiles y criminales, eclesiásticos y seculares, con lo que sobre ello está dispuesto por Derecho, y resoluciones de doctores; útil para los profesores de ambos Derechos y Fueros, jueces, abogados, escribanos, procuradores y otras personas. El segundo tomo no está dedicado a tópicos procesales, está consagrado al desarrollo de temas de derecho comercial.

1.1.1. Época de la responsabilidad

Se ingresa a esta época en el siglo XIX, cuando la sanción de nulidad sobre necesidades de la incipiente economía de mercado. A partir de entonces, la tutela cautelar empieza a cobrar mayor importancia práctica y tanto las leyes como la doctrina empiezan a tratarla de forma sistemática. Las medidas cautelares pasan a tener una regulación más amplia, se acrecienta el número de medidas cautelares posibles y se permiten en un mayor número de casos. Entre las innovaciones resaltantes está la previsión de un sistema de responsabilidad del solicitante de tutela cautelar en algunos supuestos, principalmente cuando el embargo se solicita sobre la base de un título no ejecutivo. Se establecía, asimismo, la prestación de caución para el caso de que el deudor no tuviera solvencia conocida.

1.1.2. Época del control judicial

En el siglo XX se produce una revolución en el tratamiento normativo de la tutela cautelar; este cambio está representado por la delegación al juez, de la responsabilidad de establecer las circunstancias en que una medida es óptima, es decir, por el establecimiento de un control judicial intenso de las solicitudes de tutela cautelar.

La ley generaliza las circunstancias que hacen deseable la tutela cautelar y lo deja a la decisión del juez a la vez que incrementa el número de medidas cautelares que pueden adoptarse y unifica el procedimiento para su adopción, todo esto se produce en el contexto de una economía de mercado que se consolida y requiere de los órganos jurisdiccionales

cada vez respuestas más rápidas y efectivas, lo que lleva a la doctrina a centrar su atención en la institución.

La construcción de las bases de la teoría cautelar es obra y mérito de la doctrina italiana, a través de la obra fundamental de Piero CALAMANDREI, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, publicada en 1936.

En conclusión, como acertadamente lo señala RAMOS ROMEU, "hoy en día puede hablarse de la consolidación legal de dos grandes instrumentos: la responsabilidad civil por daños derivados de la tutela cautelar, junto con la caución y el control judicial de los presupuestos de la cautela"[275].

2. CONCEPTO

La tutela cautelar es una de las formas que adopta la tutela jurisdiccional como deber de Estado; en tal sentido, anuncia y prepara la efectividad de las tutelas de cognición y ejecutiva para asegurar anticipadamente el óptimo rendimiento de éstas. Por ello, sostenemos que la tutela cautelar está al servicio de la ulterior actividad jurisdiccional destinada a restablecer de un modo definitivo la observancia del derecho.

El derecho a la tutela cautelar es un derecho fundamental implícitamente comprendido dentro del derecho a la tutela jurisdiccional, preceptuado en el artículo 139, inciso 3), de la Constitución Política cuando establece que son principios y derechos de la función jurisdiccional *la observancia del debido proceso y el derecho a la tutela jurisdiccional.* Del mismo modo, puede sostenerse que el derecho a la tutela cautelar está regulado y garantizado tácitamente en el artículo 3 del texto constitucional, al señalar lo siguiente: "La enumeración de los derechos establecidos en este capítulo no excluye los demás que la Constitución garantiza, ni otros de naturaleza análoga o que se fundan en la dignidad del hombre,

275 RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares civiles*, cit., p. 63.

o en los principios de soberanía del pueblo, del Estado democrático de derecho y de la forma republicana de gobierno".

El derecho a la tutela cautelar, en su dinámica, presupone el necesario despliegue de determinada dosis de actividad cognitoria y ejecutiva por los sujetos del proceso. El juicio de razonabilidad expresado en la apariencia de buen derecho y la determinación del peligro en la demora así lo exigen; empero la actividad cognitoria no está orientada a producir certeza en el juzgador, sino tan sólo una ostensible apariencia de que el peticionante litiga con razón. Del mismo modo, la actividad ejecutiva en la tutela cautelar no es satisfactiva, es únicamente una ejecución instrumental transitoria destinada a garantizar la ejecución final. Es decir, tanto la cognición sumaria, como la ejecución provisoria no constituyen un fin en sí mismas, sino actividades necesarias para el otorgamiento de la tutela cautelar.

De acuerdo con lo señalado, el derecho a la tutela cautelar como derecho fundamental garantiza al justiciable: a) El derecho a postular la pretensión cautelar que considere y estime adecuada y necesaria para la protección de sus derechos subjetivos lesionados o amenazados; b) El derecho a obtener el pronunciamiento jurisdiccional cautelar oportuno, debidamente motivado y; c) El derecho a la ejecución efectivización del auto cautelar dictado. En suma, el derecho a la tutela cautelar comprende el derecho a pedir, a obtener y a lograr la ejecución de una medida cautelar. Por consiguiente, la limitación o afectación de cualesquiera de estos extremos del derecho a la tutela cautelar, significa la lesión o afectación del derecho fundamental al debido proceso y a la tutela jurisdiccional.

Si bien todo justiciable goza del derecho fundamental al debido proceso y la posibilidad de recurrir a la tutela cautelar, ello no le autoriza a hacer un uso pernicioso de la tutela jurisdiccional desviándola de la realización de los fines que le son propios. El uso abusivo de este derecho es signo inequívoco de mala fe y una opción repudiada por el orden constitucional; por ello, al pedirse una medida cautelar, no debería alegarse hechos contrarios a la realidad, para fines ilegales o fraudulentos; esta

conducta configura un acto de deslealtad constitucional. En esta eventualidad, el derecho a la tutela cautelar, se agota con el pronunciamiento firme y motivado de la resolución que desampara la pretensión postulada por el actor.

3. LA TUTELA CAUTELAR EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL[276]

Sobre la configuración constitucional de la tutela cautelar, sostiene el Tribunal Constitucional que, al igual que el derecho al libre acceso a la jurisdicción, la tutela cautelar no se encuentra contemplada expresamente en la Constitución. Sin embargo, dada su trascendencia en el aseguramiento provisional de los efectos de la decisión jurisdiccional definitiva y en la neutralización de los perjuicios irreparables que se podrían ocasionar por la duración del proceso, se constituye en una manifestación implícita del derecho al debido proceso, consagrado en el artículo 139, inciso 3, de la Constitución. No existiría debido proceso, ni Estado constitucional de Derecho, ni democracia, si una vez resuelto un caso por la autoridad judicial, resulta de imposible cumplimiento la decisión adoptada por ésta.

Del mismo modo, el Tribunal Constitucional establece que la función de las medidas cautelares está orientada, en su carácter instrumental, a asegurar la efectividad del derecho demandado en el marco de un debido proceso, no sólo cuando se trate de *procesos que adolecen de dilaciones indebidas* o que no se resuelvan dentro de los plazos establecidos, sino también cuando se trate de la *duración ordinaria de los procesos*. Existen procesos que, por su duración, aunque tramitados dentro de los respectivos plazos, pueden constituir un serio peligro para la eficacia del derecho.

En cuanto al adecuado funcionamiento de la tutela cautelar como mecanismo que busca garantizar el derecho al debido proceso, reconoce que son dos, entre otros, los órganos que desempeñan una labor de primer

276 Los conceptos desarrollados están contenidos en la sentencia dictada en el Expediente N.º 0023-2005-PI/TC

orden: a) de un lado, el legislador, por cuanto en su labor de configuración del procedimiento cautelar no puede crear cauces y requisitos que permitan afectar otros bienes constitucionales, sino, por el contrario, debe establecer mecanismos que posibiliten una efectiva actuación no sólo de la medida cautelar y, consecuentemente, una efectiva prestación del debido proceso, sino también de los derechos fundamentales que prevalecen sobre los procesales; b) de otro, la labor de los jueces, ya sean ordinarios o constitucionales, toda vez que en el otorgamiento o mantenimiento de las medidas cautelares deben proceder con absoluta prudencia. Y de manera especial, el juez constitucional en los procesos de amparo, dada su trascendencia, debe concederlas compensando y equilibrando los intereses que le pudieran corresponder a la parte que solicita una medida cautelar, así como aquellos que le pudieran corresponder a la parte demandada. Si bien mediante una medida cautelar se intenta proteger el resultado de un proceso que se ha iniciado para dilucidar si un demandante goza o no de un determinado derecho, esta medida no puede ser otorgada sacrificando la protección de los derechos y bienes constitucionales.

Como ya fue explicado precedentemente, el reconocimiento del derecho a la tutela cautelar no implica el derecho a que, en todos los casos en que se solicite una medida cautelar, ésta deba ser aceptada o concedida. Es la autoridad judicial la encargada de valorar, en función al caso concreto, si corresponde dictar una medida cautelar o, en su caso, mantenerla o revocarla, por lo que todo juez está facultado para aplicar la medida cautelar pertinente para así garantizar el debido proceso de las partes del proceso. Además, es evidente que, por su propia naturaleza, la medida cautelar debe constituir una *tutela de urgencia*, por lo que para ser concedida no se debe superar el límite de la irreversibilidad, es decir, que en modo alguno la medida cautelar debe ocasionar consecuencias que después no puedan ser revertidas.

Finalmente, el Tribunal Constitucional precisa que, si bien la regla general es que todo proceso jurisdiccional deba contar con mecanismos que aseguren una tutela cautelar, caben determinadas excepciones como sucede, por ejemplo, en el caso de la ausencia de tutela cautelar en el

proceso de inconstitucionalidad. En este caso, se presentan diferentes razones que justifican tal ausencia.

4. FINALIDAD

La tutela jurisdiccional cautelar –explica Piero CALAMANDREI– está destinada, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra. El contenido de la tutela cautelar es variable, pues debe adecuarse caso por caso al diverso contenido de la pretensión definitiva. Este es precisamente su carácter distintivo: ser el anuncio y la anticipación (se podría decir la sombra que precede al cuerpo) de otra providencia jurisdiccional, el instrumento para hacer que ésta pueda llegar a tiempo, *la garantía de la garantía*[277].

Como se señaló antes, la tutela cautelar contribuye a garantizar el eficaz funcionamiento de la justicia; respecto al derecho sustancial es una tutela mediata, no obstante su dictado y ejecución anticipada. Las decisiones jurisdiccionales cautelares son medios predispuestos para el mejor éxito de las otras tutelas jurisdiccionales, se convierten así en *instrumentos de instrumento*.

Desde una perspectiva propia de la tutela de los derechos sustanciales y especialmente de los derechos fundamentales, la tutela jurisdiccional cautelar se instituye en interés de los justiciables para hacer efectivos los propósitos de las otras tutelas jurisdiccionales (cognitoria y ejecutiva); de este modo, también se satisface, simultáneamente, el interés público: el interés de la administración de justicia, al coadyuvar a su buen funcionamiento y prestigio.

Sobre el particular, Giuseppe CHIOVENDA, desde una visión predominantemente pública, explica que el poder jurídico de obtener una resolución cautelar es una forma por *sí* misma de acción aseguradora; y es pura acción que no puede considerarse como accesoria del derecho

277 CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal.* Depalma, Buenos Aires, 1943, p. 79.

garantizado, porque existe como poder *actual*, cuando todavía no se sabe si el derecho garantizado existe; y, sin embargo, el demandado no tiene ninguna obligación de cautela con anterioridad a la resolución del juez. También aquí el derecho a la resolución cautelar es un derecho del Estado fundado en la necesidad general de la tutela del derecho, y la parte no tiene sino el poder de provocar su ejercicio en el caso concreto[278].

La actividad jurisdiccional cautelar y el proceso correspondiente –explica Ugo ROCCO– no es más que una actividad dirigida a comprobar desde el punto de vista objetivo y subjetivo la existencia de un peligro (posibilidad de un daño) y a eliminarlo puesto que amenaza directamente los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho objetivo, incierto o controvertido, conservando el estado de hecho y de derecho mientras está pendiente o por previsión de la declaración de certeza o de la realización coactiva de la tutela reclamada con prontitud por el derecho objetivo a dichos intereses[279].

La tutela cautelar está destinada a eliminar la amenaza directa de los intereses sustanciales o procesales tutelados por el derecho objetivo, en situación de incertidumbre o de controversia judicial. La eliminación de la amenaza, ha dicho CALAMANDREI, no siempre se traduce en la conservación del estado de hecho o de derecho, en muchas situaciones tal propósito se logra mediante la modificación o alteración de la situación fáctico-jurídica existente. En suma, la tutela cautelar logra sus propósitos a través de medidas aseguratívas, conservativas, transformativas y anticipatorias.

Por ello, es necesario erradicar para siempre aquellas afirmaciones que asignan a la tutela cautelar la finalidad genérica de garantizar la efectividad de la ejecución de las sentencias. Esta posición, si bien puede tener explicación en los orígenes de la tutela cautelar vinculada predominantemente a las sentencias condenatorias, no corresponde a la moderna

278 CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., vol. I, pp. 281 y 282.

279 ROCCO, Ugo, *Tratado de derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1977, t. V, p. 57.

concepción de la tutela cautelar que tienen como núcleo teleológico la garantía de la efectividad de la sentencia.

Entre ambas finalidades existe una relación de parte a todo y refleja la evolución de la doctrina cautelar, veamos: a) *Garantizar la ejecución de las sentencias* es una finalidad cautelar relacionada únicamente con las sentencias cognitorias condenatorias, solo cubre una parte de los requerimientos cautelares, no otorga cobertura cautelar a aquellas sentencias cognitorias mero declarativas y constitutivas; es decir, es una finalidad parcial y restringida a un tipo de sentencia; esta posición corresponde a las primeras elaboraciones doctrinarias del procesalismo alemán del siglo XIX que por mucho tiempo consideró a las medidas cautelares como un apéndice de la ejecución forzada; b) *garantizar la efectividad de las sentencias*; sí, es una finalidad omnicomprensiva, cubre todos los requerimientos de la tutela cautelar, otorga protección cautelar a todo tipo de sentencias cognitivas e incluso no contenciosas; esta posición corresponde al procesalismo italiano del siglo XX, fundamentalmente a partir de los estudios de Giuseppe CHIOVENDA y Piero CALAMANDREI.

5. TUTELA PREVENTIVA Y TUTELA CAUTELAR

La tutela preventiva y la tutela cautelar son conceptos distintos, aunque entre ellos pueda existir la relación de género a especie; la primera es invocada por el sólo hecho de que la lesión se anuncie como próxima o posible, antes que el derecho haya sido efectivamente lesionado.

En estos casos, la tutela preventiva, en lugar de actuar con la finalidad de eliminar *a posteriori*, el daño producido por la lesión de un derecho, funciona *a priori* con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe la amenaza todavía no realizada. La tutela jurisdiccional preventiva es contrapuesta a la tutela sucesiva o *represiva*[280].

280 CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, ARA, Lima, 2005, pp. 40-41.

La tutela clásica u ordinaria es predominantemente represiva y no preventiva puesto que es invocada cuando la lesión ya se ha producido, o cuando la incertidumbre o desprotección es actual. La tutela cautelar si bien exige estos escenarios como presupuestos para su actuación, constituye sin embargo una de las manifestaciones de la tutela preventiva *mediata*.

La tutela cautelar es preventiva y mediata porque está orientada a evitar el daño que el desarrollo regular del proceso pueda generar; mas no evita el daño originario inherente a la lesión que nace de la propia relación jurídica. La tutela preventiva inmediata no está regulada expresamente en nuestro ordenamiento procesal, salvo el caso especial de la tutela de cognición mero declarativa a través de la cual se busca poner fin a una incertidumbre jurídica, o poner fin a una amenaza, evitar un daño, como por ejemplo cuando se demanda la declaración judicial de extinción de un contrato de mutuo con garantía hipotecaria.

La tutela preventiva inmediata está reservada, en nuestra legislación a los procesos constitucionales de *habeas corpus*, amparo, *habeas data*, tal como lo señalan: el artículo 200 de la carta magna. En efecto, es posible invocar esta tutela mediante estos procesos constitucionales ante la *amenaza* de vulneración de la libertad individual o derechos constitucionales conexos o de los derechos fundamentales respectivos; en la tutela clásica represiva no es posible actuar ante la sola amenaza, sino luego de producida la vulneración de los derechos subjetivos protegidos por el ordenamiento jurídico.

En suma, la tutela jurisdiccional cautelar constituye una de las garantías fundamentales del justiciable para obtener del Estado la protección destinada a asegurar la eficacia de las decisiones jurisdiccionales cognitorios, ejecutivas e incluso no contenciosas; satisface de este modo la pretensión e interés particular del demandante y el interés público expresado en el restablecimiento del orden jurídico y la preservación de la paz social, como objetivos de Estado.

6. TUTELA CAUTELAR Y JUSTICIA CONTEMPORÁNEA

En 1935, Piero CALAMANDREI dejaba constancia de que su obra *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares* tenía por objeto llamar la atención de los estudiosos, y especialmente, de los jóvenes, sobre una región del Derecho Procesal que hasta ese entonces había permanecido en las sombras. Desde aquel entonces hasta la fecha, *la batalla por las medidas cautelares*[281], en palabras de GARCÍA DE ENTERRÍA, ha sido librada con intensidad y de modo permanente tanto en el ámbito doctrinario como en el legislativo y en el judicial. En la actualidad, las medidas cautelares constituyen un instrumento fundamental e inexcusable de cualquier sistema jurisdiccional: la justicia cautelar es hoy un componente esencial e indeclinable de la efectividad de cualquier justicia[282].

Sin embargo, en la doctrina española, según informa el profesor Francisco RAMOS ROMEU[283], el debate ha sido intenso, no sobre la existencia del derecho a la tutela cautelar, que es aceptada mayoritariamente, sino sobre su constitucionalización. Sobre este extremo, la primera postura considera a la tutela cautelar integrada dentro de la órbita del derecho a la tutela judicial efectiva; así, ALMAGRO NOSETE y TOMÉ PAULE hablan del *derecho a la justicia cautelar*, GARCÍA DE ENTERRÍA recomienda que se debe reflexionar sobre el *hecho de la constitucionalización de un verdadero derecho a la protección cautelar como exigencia de una tutela judicial efectiva.* La segunda postura si bien no admite la existencia de un derecho a la tutela cautelar, no desconoce sin embargo su dimensión constitucional, en esta corriente doctrinal tenemos a los profesores Francisco RAMOS MÉNDEZ, Joan PICÓ Y JUNOY y David VALLESPÍN PÉREZ. Una tercera postura, y a la vez minoritaria, es crítica con relación a la idea de un derecho a la tutela cautelar desde un punto de vista de la teoría general y por consiguiente

281 Título de un importante estudio de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA.

282 GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 2006, p. 151.

283 RAMOS ROMEU, *Las medidas cautelares civiles*, cit., p. 89.

respecto a su dimensión constitucional; uno de sus principales representantes es el profesor Manuel SERRA DOMÍNGUEZ.

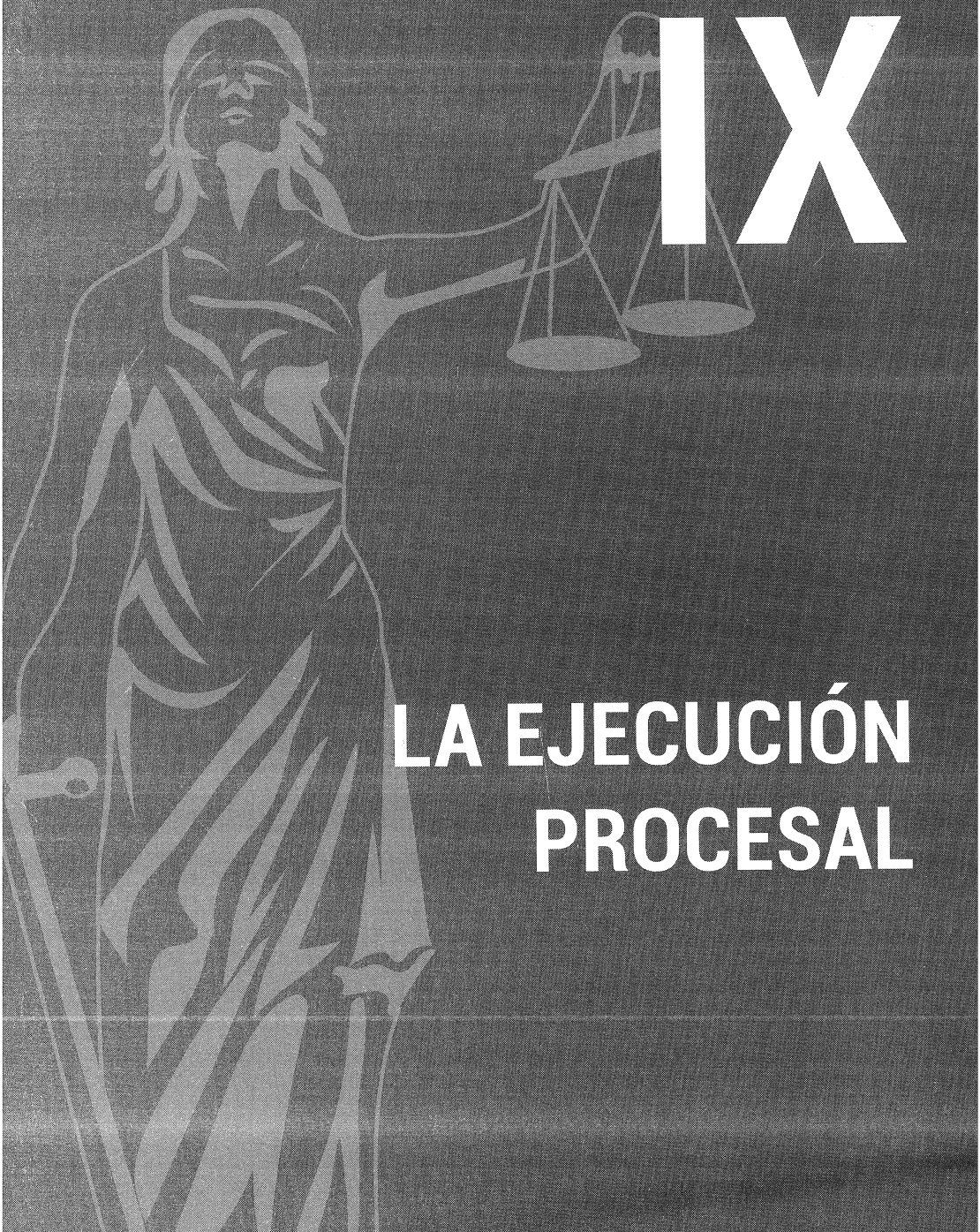
Coincidimos con Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA cuando sostiene que nuestros tiempos ha resultado ser especialmente sensible a la necesidad de que los Tribunales puedan disponer de un haz de medidas cautelares suficientes para evitar la frustración de sus decisiones de fondo. Esa sensibilidad se ha expresado en recientes y solemnes sentencias de los más significados Tribunales Constitucionales europeos que han sostenido unánimemente que la exclusión –o aún la limitación– de medidas cautelares es contraria a los derechos fundamentales y, específicamente, al derecho a la tutela judicial o a los derechos de la defensa"[284].

El contenido normal del derecho fundamental a la tutela cautelar demanda que la protección judicial opere precisamente sobre los derechos e intereses que son objeto del litigio, posibilitando, al final de éste, el disfrute de esos mismos derechos e intereses y no una indemnización equivalente en sustitución de ellos impuesta por su desaparición o menoscabo durante el proceso[285].

284 GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*, cit., pp. 347-348.

285 Fundamento contenido en el auto del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco del 14 de octubre de 1991 (citado por GARCÍA DE ENTERRÍA, *La batalla por las medidas cautelares*, cit., p. 261).

UNIDAD IX



LA EJECUCIÓN PROCESAL

LECCIÓN 26

TEORÍA GENERAL DE LA EJECUCIÓN PROCESAL

SUMARIO

1. El concepto de *ejecución*
2. El juicio ejecutivo
   2.1. Los caracteres procedimentales del actual juicio ejecutivo
3. Los títulos susceptibles de ejecución
   3.1. El título ejecutorio
      3.1.1. Los requisitos del título ejecutorio
   3.2. El título ejecutivo
      3.2.1. Los requisitos del título ejecutivo
      3.2.2. Enunciación ejemplificativa de títulos ejecutivos
4. El procedimiento ejecutivo
   4.1. Las restricciones a la defensa en el juicio ejecutivo
   4.2. Los efectos de la sentencia ejecutiva
5. El procedimiento monitorio

1. EL CONCEPTO DE *EJECUCIÓN*

La voz castiza *ejecución* significa *acción o realización de algo*. Llevada al Derecho, la misma palabra tiene un significado mayor: *hacer algo para constreñir a alguien a realizar alguna actividad de dar* o *de hacer* (en ciertas condiciones que luego se verán). A su turno, y cuando se usa con referencia a una persona, *constreñir* significa *obligarla por fuerza a hacer algo*. El resultado de constreñir es el sustantivo *constricción:* obligación para que alguien haga algo.

Si se recuerda la definición clásica que de la obligación civil hacen las *Institutas*, la idea de constricción preside todo el concepto: "la obligación es el vínculo jurídico mediante el cual una persona llamada acreedor

puede *constreñir* a otra llamada deudor a la realización de una prestación determinada". De donde resulta claro que la obligación de *no hacer* no puede ser constreñible, aunque sí sancionable su incumplimiento (piénsese que la sanción penal, aunque utilizando otras palabras, está presidida por la misma idea). Por eso es que cuando se genera el concepto de *imperativos jurídicos* del proceso, se menciona a los *deberes*, las *obligaciones* y las *cargas*. En tanto que el deber no es coercible y sí sancionable su incumplimiento y que la carga no es ni coercible ni sancionable, ya que afecta sólo al propio interesado, la obligación es constreñible, pero no siempre: sólo en tanto sea de dar (cosa cierta o suma de dinero), pero no lo son las de hacer y de no hacer. Por eso es que, si la de hacer puede ser realizada por un tercero, él la hace a costa del deudor (lo que transforma la obligación *de hacer* en otra *de dar* suma de dinero), en tanto que si no puede ser cumplida por un tercero, en razón de ser *intuitu personæ*, se constriñe indirectamente mediante la imposición de *astreintes*, con lo cual también se convierte en *obligación de dar suma de dinero*. De la misma forma cabe actuar respecto de las obligaciones de no hacer. Como se ve, un sistema funciona de verdad en tanto no sea constante y reiterativamente desinterpretado para relativizar su contenido.

Sucede a veces que la relación jurídica afirmada en la demanda *no es incierta* (entendido este vocablo como *derecho no declarado*), sino que goza de una presunción de legitimidad o de fehaciencia con que aparece al exterior mediante un documento denominado *título* y que justifica un tratamiento privilegiado: la posesión de dicho título permite al acreedor el acceso a un tipo especial y sumario de procedimiento que recibe desde siempre el nombre de *juicio ejecutivo*.

2. EL JUICIO EJECUTIVO

En la antigüedad, por contingentes razones coyunturales que no es del caso explicar aquí, la sentencia judicial perdió su carácter inicial de *simple prueba del crédito* demandado, base de la *actio judicata*, y pasó a considerarse como un *título autónomo que otorga al acreedor un derecho a*

la inmediata ejecución de un crédito. A partir de allí, se construyó en Italia un verdadero sistema que mejoraba el tráfico del comercio de la época al aceptarse generalizadamente que *el título ejecutivo no puede ser sustituido ni invalidado, por lo que puede extinguirse el derecho y, sin embargo, el título sigue valiendo*. Por ello, el acreedor munido de su título no tiene la carga de provocar el contradictorio ni su derecho depende de la convicción que el órgano jurisdiccional pueda formarse entre prueba y contraprueba: así, la pretensión tiene vía libre, *sin depender del parecer del órgano* ni de la actividad del deudor. Resulta entonces que el título ejecutivo se convierte en un acto jurídico con eficacia constitutiva en tanto fuente inmediata y autónoma de la acción ejecutiva, de la cual es, en su existencia y en su ejercicio, independiente del crédito.

Pero la evolución del proceso ejecutivo no fue completa en la historia del derecho pues la legislación española, fuente inmediata de la mayoría de nuestras instituciones procesales, nunca aceptó una verdadera *ejecutivización* del proceso ejecutivo, sino que lo reguló como un proceso de *conocimiento común*, pero sumarizándolo por razones cualitativas, en orden a los intereses que se debaten en él. Fue así que la normación de entonces desarrolló un juicio en dos estadios perfectamente diferenciados: uno de conocimiento, primero, y otro ejecutivo posterior, de *remate*. Desde 1881, el juicio ejecutivo se divide en dos períodos: el primero, llamado *de ejecución* o *ejecutivo*, que comprende desde que se presenta la demanda hasta que se dicta la sentencia de remate; y el segundo, llamado *de apremio*, desde que se dicta esta sentencia hasta que se hace el pago al acreedor. Y éste, y no el italiano, es el sistema que rige desde antaño en todos los países hispanoamericanos y especialmente en las provincias argentinas.

De lo precedentemente expuesto puede inferirse que el proceso de ejecución –tal como lo conciben actualmente nuestras leyes– no es propiamente *ejecutivo*, sino *un proceso de conocimiento abreviado en el que se limitan los plazos, las defensas y los recursos que puede oponer el deudor*, y que tiende a obtener no una *manifestación de voluntad o conducta física* (ejecución propiamente dicha), *sino una declaración de voluntad del ór-*

gano jurisdiccional. De ahí que la denominación *proceso ejecutivo* induce a error, porque su finalidad no es la de conseguir medidas de ejecución directamente a cargo del juez (desde la iniciación misma del proceso), sino la de *obtener una resolución judicial de fondo que imponga al demandado una cierta situación jurídica y cuyo incumplimiento será el que determine la apertura de la verdadera ejecución.*

Resulta así que el proceso ejecutivo termina *siempre* en una sentencia (de remate o desestimatoria de la pretensión del ejecutante) y que sólo después de que ella adquiera ejecutoria podrá hablarse de *ejecución.* Pero nótese bien que *no será ya la ejecución de la pretensión inicial, sino la ejecución de la pretensión que se base, como título, en la sentencia condenatoria dictada con fundamento en el título que permitió el pronunciamiento de tal sentencia de condena.*

Queda en claro así que nuestro proceso ejecutivo es un verdadero proceso de conocimiento (pero no ordinario) por lo que debe encuadrárselo dentro de la figura de los procesos sumarios y, dentro de ellos, no por razones de cantidad, sino de calidad o cualitativas, fundadas no en la escasa relevancia económica de la pretensión, sino en la fehaciencia con que aparece al exterior y que justifica un tratamiento privilegiado.

2.1. Los caracteres procedimentales del actual juicio ejecutivo

Ya el lector se encuentra familiarizado con el desarrollo eficaz de la serie inventada al efecto de actuar el debate dialogal que se conoce como *proceso* de naturaleza declarativa, con sus *etapas* de *afirmación*, de *negación*, *confirmación* y *alegación.*

Atención ahora: *esto no ocurre en el juicio ejecutivo* que, en esencia, es de carácter *monitorio*[286] aunque no lo hayan afirmado así los autores. En efecto: como el Derecho acepta *a priori* y sin más la fehaciencia del derecho expresado en el documento que se conoce como *título susceptible de ejecución* (no importa por ahora si es *ejecutorio* o *ejecutivo*, tal como luego

286 Significa que el juez actúa escuchando sólo a uno de los interesados, no a los dos.

se explicará), la demanda que se basa en él *es acogida de inmediato por el juez* luego de hacer por su cuenta un minucioso análisis de las calidades que la ley exige en cada caso para que el respectivo título pueda ser susceptible de ejecución. Y a este efecto dicta una resolución que se conoce con el nombre de *citación de remate* y en la cual ordena trabar el inmediato embargo de bienes libres y suficientes del deudor para cubrir el monto de la acreencia exigida por el ejecutante y, al mismo tiempo, le otorga la posibilidad de oponer alguna excepción al progreso de la ejecución. Atención: no para negar simplemente la existencia de la deuda. Y todo eso se hace con el apercibimiento de ordenar oportunamente el remate de los bienes embargados si no se alega y eventualmente se prueba el hecho fundante de alguna excepción admisible.

Repárese en que la llamada *citación de remate* no es un decreto de puro y simple trámite, cual lo es el que ordena conferir traslado de la demanda al demandado en juicio declarativo, sino que es una verdadera *sentencia* emitida por el juez luego de haber oído exclusivamente a uno solo de los contendientes. Y repárese también en que, con tal sentencia, se pone fin a la ejecución a menos que se den dos condiciones sucesivas e independientes:

a) *que el ejecutado oponga excepción admisible*, en cuyo caso se tramitará un proceso a partir de la afirmación del ejecutado, que no de la del ejecutante. Y, al igual que lo que acaece en el juicio declarativo, se abrirá también la posibilidad de un período para confirmar, pero de los hechos que alega el ejecutado para fundar su excepción. A menos, claro está que, como se ha visto en la Lección 21, el ejecutante presente algún hecho impeditivo o invalidativo del hecho extintivo alegado por el ejecutado. Confirmado el hecho fundante de la excepción y valorados los respectivos medios por ambos contendientes, procede el dictado de una nueva sentencia, que versará ahora acerca de la excepción y no del título. Y si en ésta se acoge la excepción, cae la ejecución; caso contrario, se ordena seguir adelante con ella. Lo mismo ocurre si el ejecutado no opone excepción admisible alguna.

Adviértase ahora que el *seguir adelante con la ejecución* significa, lisa y llanamente, ordenar *ya mismo* el oportuno remate de los bienes

embargados luego de que el deudor sea desposeído de ellos. Pero para que esto sea factible, es menester que se presente la segunda condición:

b) *que haya algún bien embargado que sea susceptible de ser rematado.* No dada esta condición, lo que debe acaecer sistémicamente es el dictado del *sobreseimiento* del juicio ejecutivo y hasta tanto haya algún bien a embargar, en razón de que no puede ordenarse lógicamente una ejecución de bienes que no existen. Esto no ocurre en la Argentina donde, desde no hace muchísimo tiempo y hasta ahora, se *ordena llevar adelante la ejecución* maguer no haya algo para ejecutar, por no haberse deducido excepciones o por rechazo de las opuestas. Junto con ello se regulan honorarios que, al igual que el capital que se ejecuta, nunca se cobrarán precisamente por carecer de bienes sobre los cuales hacerlo. Cuando ocurría esto en el pasado, se *sobreseía* (*provisionalmente*) *el juicio ejecutivo*, que permanecía *stand by* hasta tanto apareciere algún bien embargable, en cuyo caso se reflotaba la ejecución y se ordenaba el procedimiento propio del remate. Con lo cual, el plazo prescripcional de la *actio judicata* emergente de la citación de remate corría a partir de su fecha. Y nada entorpecía ni demeritaba el derecho del acreedor insatisfecho.

Actualmente, ansiedad de abogados mediante, se dicta la orden de remate sin que haya bien embargado alguno, con lo cual *todos los juicios ejecutivos* cumplen este procedimiento, con el tiempo que insume la tramitación respectiva para los jueces y sus auxiliares. Tiempo que podría ser mejor empleado posibilitando desde la ley la terminación del juicio inmediatamente luego de haber fracasado la orden de embargo. De cualquier forma, existiendo bien embargado, el juez emite oportunamente una providencia final que no es la sentencia propiamente dicha, sino la simple orden de llevar adelante la ejecución, disponiendo el desapoderamiento de los bienes embargados, por ejemplo, y ordenando su venta en público remate. Analizando con detenimiento lo que ocurre en el caso según lo he relatado *supra*, es sencillo advertir que se ha desplazado la carga de afirmar desde el actor (ahora, *ejecutante*) hacia el demandado (ahora, *ejecutado*), toda vez que el primero se contenta con exigir el cumplimiento

de la obligación cierta contenida en el título y, sin afirmar hecho alguno, ello le es suficiente para pretender útilmente.

Como se ha visto hasta acá, el juicio ejecutivo es asaz diferente del declarativo. Sin embargo, ambos entrañan verdaderos procesos con bilateralidad del instar en igualdad de condiciones dialogales ante un tercero que asegura todo ello con su propia imparcialidad.

3. LOS TÍTULOS SUSCEPTIBLES DE EJECUCIÓN

Hay autores que, para explicar todo lo relativo al tema, intentan construir una teoría general de los títulos ejecutantes. A nuestro juicio, resulta difícil presentar una teoría que conceptualice el título ejecutivo y explique su naturaleza con pretensiones de universalidad y comprensiva de todos los títulos que traen aparejada ejecución, al menos dentro de los sistemas de raigambre hispánica. Y ello porque: a) como ya se ha visto precedentemente, lo que se ejecuta es la sentencia que se dicta a base del título y no el título mismo; y b) porque la normación relativa a los títulos ejecutantes es siempre harto contingente –temporal y espacialmente– dependiendo siempre de la caprichosa enumeración legal que cada Estado haga al respecto. Y, como luego se verá, un mínimo inventario de ellos puede resultar caótico. No obstante tal afirmación, es posible establecer sus condiciones generales y, especialmente, sus requisitos en orden a una construcción sistémica que parta de la concepción que históricamente se ha hecho respecto del documento que apareja la posibilidad de ejecutar.

Para dar comienzo a tal tarea, cabe recordar que, al principio, el único documento que posibilitó y toleró la ejecución mediante el uso de fuerza en las personas o cosas, fue la *sentencia judicial* definitivamente firme. A esto se denomina desde antaño *título ejecutorio*, pues puede ser ejecutado ya mismo en razón de que su contenido (el de la sentencia) acredita sin más y fehacientemente la existencia de un derecho cierto y determinado luego del debate procesal y, además, se sabe quién es el acree-

dor y quién el deudor, cuánto se debe y cómo debe ser pagada la deuda[287]. Posteriormente, y como ya se ha dicho antes, gracias al derecho comercial que emerge con fuerza imparable en el Medioevo italiano, al documento ejecutorio *sentencia* se equipararon otros documentos reconocidos ante notario y que contenían la llamada *cláusula guarentigia*, mediante la cual el deudor reconocía la deuda instrumentada en el mismo documento y aceptaba cumplir sin más su prestación al momento de su vencimiento.

Tales documentos se conocen desde siempre como *títulos ejecutivos* a fin de distinguirlos cabalmente de los *títulos ejecutorios.* A este efecto, nótese que la certeza de la existencia del derecho lo otorga un juez en el segundo caso y luego de un debate procesal. En cambio, la certeza del primero proviene sólo de la voluntad de quien se constituye en deudor.

3.1. El título ejecutorio

La doctrina y las leyes en general aceptan desde siempre la existencia y posibilidad de ejecución de los títulos ejecutorios. No puede ser de otra manera, en homenaje a la necesidad del Estado de dar certeza definitiva a las relaciones litigiosas y de mantener *sine die* la paz social.

Adviértase que cuando un juez emite una sentencia declarativa, ella puede ser simplemente declarativa, constitutiva y de condena. Sólo en este último caso impone una prestación que exige la realización de una cierta actividad del demandado que, si éste –ahora condenado– no acata espontáneamente y cumple lo condenado a dar o a hacer, debe ser constreñido a su cumplimiento. Pero cabe resaltar que esa posibilidad de constricción se otorga como consecuencia lógica e inmediata de aceptarse que, a raíz de la sentencia judicial, *existe un derecho cierto declarado en documento fehaciente.* Esta circunstancia servirá luego para comprender

287 Una sentencia de condena dice más o menos lo siguiente: "...Por las razones expuestas en las precedentes motivaciones (causa), condeno a DD (deudor) a pagar a AA (acreedor) la suma de XX pesos (cantidad líquida o liquidable) en el lapso de XX días (de donde se colige el vencimiento del plazo)". Luego se verá que todos estos datos son, precisamente, los *requisitos* del título ejecutivo.

la crítica que haremos respecto del sistema procedimental argentino, al comparar las categorías *ejecutividad* y *fehaciencia* luego de ver cómo y cuánto se ha bastardeado esta última al otorgar caprichosamente el legislador *carácter ejecutivo* a documentos expedidos nada menos que ¡por el propio acreedor! que, de fehacientes, pueden tener todo o nada.

El trámite que establecen las leyes para la ejecución de títulos ejecutorios no recibe la denominación de *juicio ejecutivo*, sino la de *apremio* o la de *ejecución de sentencia* que, así, se erige en la continuación lógica y en el complemento indispensable del juicio de conocimiento.

Finalmente: la particular condición del documento *sentencia* ha hecho que no se hayan estudiado con detenimiento los requisitos de este tipo de título, por lo cual le resultan aplicables sin más los que se verán seguidamente respecto del llamado *título ejecutivo.*

3.1.1. Los requisitos del título ejecutorio

Si bien las leyes procesales argentinas no enuncian en general las condiciones del título ejecutorio para ser tal (salvo algunas que hacen referencias parciales a ellos), se acepta doctrinariamente que aquél debe ser: a) una resolución judicial consentida o ejecutoriada; b) que contenga una condena a realizar alguna prestación susceptible de ejecución y c) que, caso de imponer una prestación de dar, la deuda sea líquida o, al menos, liquidable; d) que el plazo otorgado al efecto en la dicha resolución esté vencido y e) que la parte interesada incoe el procedimiento del caso mediante la deducción de la correspondiente pretensión.

3.2. El título ejecutivo

Se acepta doctrinariamente que el título ejecutivo tiene requisitos sustanciales y formales propios que deben surgir del título mismo en cuanto contiene la promesa de la prestación de una obligación de las enunciadas precedentemente. Al título ejecutivo caben, por tanto, las mismas exactas especificaciones ya vistas para la conceptuación del título ejecutorio pues, a la postre, aquél es un remedo de éste. De ahí que la

mayoría autoral acepta sin más que tales requisitos son: a) legitimación sustancial (activa y pasiva); b) causa lícita; c) plazo vencido; d) obligación pura o condición cumplida y e) objeto cierto y determinado o fácilmente determinable.

3.2.1. Los requisitos del título ejecutivo

Cabe ahora explicar el significado de cada uno de los ya precedentemente enunciados.

a) *Legitimación sustancial para ser útilmente ejecutante y ejecutado*

Aunque la ley procesal no refiere habitual y expresamente a este requisito intrínseco subjetivo cuando enumera los propios de todo título ejecutivo, se infiere de la economía general de las leyes y de la doctrina existente al respecto –que en este tópico adquiere carácter de fuente trascendental, como luego se verá– que por acceder él a un procedimiento de tipo sumario, con defensas restringidas que se justifican en tanto se acepte la presunción de certeza y de legitimidad ínsita en el título mediante el cual se persigue directamente la satisfacción del derecho y el pago de la obligación, resulta lógicamente imprescindible que del mismo documento aducido emerjan en forma clara y cierta las circunstancias de quiénes están autorizados para obtener una decisión sobre la pretensión formulada y quiénes son los que se hallan obligados a satisfacerla.

Este requisito, que es uno de los supuestos materiales de la pretensión o sentencia de fondo, consiste, para el demandante, en *ser titular del interés* para que se decida sobre el derecho o relación jurídico-material pretendido (sea que exista o no ese derecho o relación), y en el demandado, en ser el sujeto con facultad para controvertirlo. De tal forma, la ejecución sólo podrá ser incoada útilmente por el titular (del interés o del derecho, según la posición doctrinaria que se adopte al respecto) contra quien esté obligado a satisfacer la pretensión. Obviamente, tal legitimación debe surgir expresa o implícitamente (caso de un documento extendido al portador) del propio título, única forma susceptible de ser constatada por el juez antes de dictar el auto de *citación de remate* mediante el cual,

y como luego se comprenderá mejor, el juez invierte la carga de afirmar toda vez que acepta sin más la existencia del derecho contenido en el título ejecutivo. La ausencia de este requisito en un proceso declarativo, puede ponerse de manifiesto por el demandado a través de la llamada *excepción de falta de acción*, o *defensa sine actione agit* o, como la denomina alguna que otra ley, *falta de legitimación para obrar en el actor o en el demandado*. Pero tal defensa no se encuentra comprendida en la enunciación de excepciones procedentes en el proceso ejecutivo que hacen generalmente todos los códigos del país.

En razón de no corresponder jurídicamente que el juez dicte sentencia a favor de quien no es acreedor o en contra de quien no es deudor sin dar a éste la posibilidad de alegar tal circunstancia en el propio proceso, pensamos que la vigencia del requisito en cuestión puede ser defendida mediante la excepción de inhabilidad de título que, aunque deba referirse a sus elementos extrínsecos, resulta ser la única idónea para el caso.

b) *Causa lícita de la obligación contenida en el título*

Es evidente que no puede existir obligación sin causa lícita. Como la expresión *causa lícita* alude al fundamento u origen lícito de un acto jurídico y, en especial, a la *fuente de la obligación*, parece claro que siendo ilícita ésta, es de ningún efecto, porque al no existir contrato o ley que la fundamente, la obligación resulta *sin causa* por carecer de origen. Para los iusprivatistas, esta circunstancia adquiere particular relevancia dentro del proceso, al advertir que no puede resultar indiferente el examen de la causa obligacional toda vez que, si no se acepta ella, el ejecutante puede lograr una sentencia a su favor a base de una obligación inexistente. De ser factible tal cosa, parece evidente que el valor *legitimidad*, más importante que el valor *justicia*, se vería vulnerado puesto que el ordenamiento jurídico (procesal) no resultaría idóneo para hacer efectivo su propio fin al vedar la posibilidad de oponer excepciones causales. Sin embargo, frente al principio de seguridad jurídica –obviamente importantísimo– existe otro principio no menos importante: el de la celeridad en las transacciones comerciales, fundado en la necesidad de que el deudor cumpla

tempestivamente con su obligación a fin de no resentir, eventualmente, la economía general.

Sobre tal base, la doctrina comercialista ha concebido los títulos valores de contenido crediticio con los caracteres de *formalidad*, *autonomía*, *literalidad* y *abstracción*, que los desvinculan por completo de la causa que les dio origen y, por tal razón, se sostiene desde antaño que resulta imposible –en las *acciones cambiarias*– efectuar planteos causales dentro del proceso de ejecución. Posteriormente, y tal como luego se verá, razones de política legislativa no siempre compartibles determinaron que la ejecutividad de un título –originariamente aceptada para papeles de comercio– se extendiera a otros, tales como salarios, alquileres, etcétera. No obstante ello, circunscribimos a la cambial la exposición del problema causal, por ser este punto comprensivo de los demás títulos ejecutivos no cambiarios.

En conclusión: todo título ejecutivo *debe tener causa lícita*; que se pueda o no discutir su existencia en el mismo proceso o en otro posterior, es contingente y sujeto a la política legislativa imperante en determinado momento y lugar. Empero, obviamente, la existencia de causa y la licitud de la obligación se presumen, de modo que nada tendrá que alegar el ejecutante al respecto, salvo que del texto mismo del título surja su ilicitud (por ejemplo, que fue extendido como consecuencia de una deuda de juego), en cuyo caso el juez no podrá dictar el *auto de admisión de la ejecución.*

c) *Exigibilidad de la deuda expresada en el título*

Este requisito exige que la obligación fuente de la deuda a ejecutar no esté sujeta a plazo (es decir, debe ser de *plazo ya vencido*) o a condición (es decir, debe ser *pura y simple*).

Referimos seguidamente al primero de ellos, dejando el segundo para considerarlo en el número siguiente:

c.1) *Obligaciones de plazo vencido*

Existe *plazo* cuando los efectos del acto jurídico están subordinados al transcurso del tiempo o al acaecer de un acontecimiento futuro

y cierto. De tal forma, se entiende por *plazo* el lapso transcurrido desde la conclusión del acto hasta la llegada del *término*, debiendo aceptarse por tal el día cierto o incierto, pero necesario, en el cual los efectos de la relación jurídica comienzan o concluyen. El plazo presenta dos caracteres *esenciales*, debe ser: A) *futuro* y B) *cierto* (significa que debe llegar fatalmente). Esta conceptuación sirve aun para caracterizar al impropiamente denominado *plazo incierto*, que es el que se fija con relación a un hecho futuro necesario para terminar el día en que ese hecho necesario se realice. El plazo, puede ser: A) *legal* (establecido por ley); B) *judicial* (acordado por los jueces en los casos en que están autorizados para hacerlo); C) *convencional* (establecido por las partes de común acuerdo).

Cabe agregar que todo plazo expira siempre en la fecha de su vencimiento, a partir del cual la respectiva obligación deja de ser *de plazo pendiente* y se torna *exigible:* porque el acto sometido a plazo se convierte, a su vencimiento, en acto puro y *simple.*

Procesalmente, la vía ejecutiva procede sólo cuando del título que se intenta ejecutar resulta la exigibilidad del crédito.

La falta de exigibilidad del título puede fundar la excepción de inhabilidad aunque no haga a sus formas extrínsecas o aspectos puramente externos, si lo que se discute es la procedencia misma de la acción ejecutiva. A igual solución puede llegarse cuando, por acuerdo de partes, ha quedado derogada la exigibilidad de los documentos fundantes de la ejecución.

c.2) *Obligaciones que carecen de plazo*

Existen obligaciones sin plazo, exigibles en cualquier momento, tales como las letras de cambio y documentos similares que se extienden *como pagaderos a la vista* y el precio de las mercaderías compradas al contado, que son pagaderas desde el momento en que se constituyen. Obviamente, la exigibilidad de la prestación en tales casos no requiere explicación alguna. En cambio, existen también obligaciones sin plazo porque se omitió fijarlo en el acto de constitución. En tales supuestos, el acreedor no tiene acceso directo a la vía ejecutiva, a menos que el deudor haya consentido la fijación de un plazo por el acreedor, en cuyo caso no

podrá aducir posteriormente ese defecto para impugnar la habilidad del título dentro del procedimiento ejecutivo.

En estas hipótesis, el plazo dentro del cual debe hacerse el pago tiene que ser fijado judicialmente, previo traslado al deudor y sin más trámite.

d) *Obligación pura o condición cumplida*

Una obligación es *pura* cuando su cumplimiento no depende de condición alguna, resultando obvio que no existe deuda exigible en las obligaciones condicionales hasta tanto no se haya cumplido la respectiva condición. Resulta claro así que no trae *aparejada ejecución* un título que contiene una obligación condicional si no se prueba que la condición se cumplió con el mismo título o con otro documento público o privado reconocido que se presente con aquél, o si el propio deudor no reconoce previamente tal circunstancia. En tal caso, la vía ejecutiva deberá ser preparada mediante el procedimiento respectivo, al igual que cuando el título consiste en contrato bilateral, a fin de que el presunto deudor reconozca haberse cumplido las obligaciones pactadas a su favor.

e) *Objeto cierto y determinado o deuda líquida*

En principio, este requisito alude a que la obligación exigible sea de dar suma de dinero o, cual lo hacen algunas leyes aisladas, de dar valores o cosas ciertas y determinadas o de hacer (obligación de otorgar escritura pública). Pero además, este requisito sujeta la existencia del título a la circunstancia de que de su texto no resulte dudoso lo que se debe ni su determinación cuantitativa; en otras palabras, para que el título sea ejecutable es necesario que contenga la promesa de cumplir una prestación obligacional que tenga su objeto claramente *cierto* y *determinado*, y que, además, no esté subordinada a condición alguna.

Además, esa obligación debe referir actualmente a una: 1) *deuda líquida:* la que no esté subordinada a condición alguna. Por ejemplo, una *obligación de hacer*, tal como la de otorgar escritura pública y una *obligación de dar suma cierta y determinada de dinero*; o una 2) *deuda liquidable:* aquella referida a una obligación de dar suma de dinero que, no siendo

líquida, pueda calcularse su monto mediante simples operaciones aritméticas realizadas a partir de las bases que el mismo título suministra. Por ejemplo, una deuda de siete meses de alquiler por la suma mensual convenida como precio de la locación: al efecto, se multiplica el número de cuotas adeudadas por el importe de cada una de ellas, ya que en tal caso, no puede sostenerse que se está ante un supuesto de suma ilíquida que requiera su previa determinación por vía judicial y un expreso pronunciamiento de certeza a su respecto.

En general, la ausencia de este presupuesto se pone de manifiesto a través de la excepción de inhabilidad de título.

3.2.2. Enunciación ejemplificativa de títulos ejecutivos

Presentamos ahora una simple ejemplificación de *títulos que posibilitan ejecución*: a) los instrumentos públicos; b) los documentos privados suscritos por el obligado y reconocidos judicialmente o certificados en su firma por escribano público con intervención del obligado y registrada la certificación en el respectivo protocolo; c) los créditos provenientes de alquileres de inmuebles; d) la confesión de deuda líquida y exigible prestada ante juez competente para conocer en la ejecución; e) el saldo reconocido en juicio de rendición de cuentas por el obligado a rendirlas; f) la letra de cambio, el vale o el pagaré protestados o emitidos con la cláusula *sin protesto*; g) la factura conformada; h) el cheque; i) la constancia de saldo deudor de cuenta corriente bancaria; j) el juramento decisorio; k) los créditos por expensas comunes; l) los títulos de ejecutividad convencional de los propios interesados, y m) los demás títulos a los cuales las leyes hayan dado fuerza ejecutiva.

El lector que desee conocer inventario similar en otros países, habrá de ocurrir a la legislación de que se trate; y es posible que allí se repitan varios de los aquí mencionados.

4. EL PROCEDIMIENTO EJECUTIVO

Ya se explicó *supra* la especial característica de este tipo de juicio: la ley invierte la carga de afirmar en la demanda y la desplaza hacia el ejecutado para que éste afirme alguna excepción que obste a su progreso. Ello ocurre cuando el juez acepta sin audiencia previa del deudor la validez del derecho que instrumenta el título y dicta la resolución mediante la cual lo *cita de remate* y lo *intima* para que pague la deuda u oponga excepción legítima, con la prevención o apercibimiento en ambos casos de que, si no cumple una u otra tarea en el plazo establecido al efecto por la ley, dictará nueva resolución ordenando continuar sin más el trámite de remate de los bienes embargados (*sentencia de trance y remate*). A este último efecto, en la misma resolución el juez ordena trabar embargo sobre bienes libres y embargables del deudor en cantidad suficiente para cubrir el monto líquido de la deuda y sus accesorios.

Ya hemos sostenido antes que, caso de no pagar el deudor y de trabarse embargo sobre sus bienes, es razonable el dictado de la segunda resolución para ordenar su inmediata venta en subasta.

4.1. Las restricciones a la defensa en el juicio ejecutivo

Ya adelantamos que la celeridad de este tipo de procedimiento se logra mediante la reducción de plazos y de medios defensivos. En rigor de verdad, no hay otra forma posible de hacerlo.

En cuanto a los plazos, notará el lector que el tiempo concedido para ejercitar la defensa siempre es harto breve, lo que obviamente conspira contra un adecuado ejercicio del derecho de defensa en juicio.

En lo que toca a la restricción de defensas, ya se sabe que el demandado no puede negar hecho alguno en razón de que el derecho del ejecutante viene predeclarado por la ley en el propio título que el juez debe aceptar como válido, en modo similar a lo que ocurre en la ejecución del título ejecutorio *sentencia*. Esa es la razón por la cual todos los códigos limitan el número de excepciones admisibles. En general: a) Excepciones procesales; b) Excepción de falsedad material; c) Excepción de inhabilidad

de título; d) Excepción de prescripción; e) Excepciones de pago, quita, espera, remisión, novación, transacción y compromiso, documentados; f) Excepción de compensación de crédito líquido que resulte de documento que traiga aparejada ejecución; g) Excepción de nulidad de la ejecución.

4.2. Los efectos de la sentencia ejecutiva

Dada no sólo la sumariedad del trámite, sino, y muy particularmente, la inversión de la carga de afirmar y la imposibilidad de discutir la causa de la obligación que se ejecuta, se acepta desde siempre que la sentencia que se dicta como objeto del proceso de que se trate no alcanza los efectos propios del caso ya juzgado. De ahí que los códigos admiten pacíficamente que "Cualquiera fuere la sentencia que recaiga en el juicio ejecutivo, el ejecutante o el ejecutado podrán promover juicio declarativo posterior". A raíz de ello, muchos autores enseñan que la sentencia ejecutiva produce sólo *cosa juzgada formal* (en tanto se acepta discusión posterior de la causa). Y no es así pues, en general, los Cpc disponen que "Cualquiera sea la sentencia, tanto el actor como el demandado tendrán derecho a promover el juicio declarativo que corresponda. En éste, *no estará permitido discutir las excepciones procesales relativas al anterior y tampoco cualquiera defensa o excepción admisible en el mismo sin limitación de pruebas, cuando hubiesen sido ventiladas y resueltas en él*".

La primera impresión que genera la lectura de tal norma causa asombro pues, si se mira sin detenimiento el tema, parece que nada puede ser discutido con posterioridad salvo lo relativo a la causa obligacional. Sin embargo, no es así: repárese en que lo que no puede hacerse es oponer defensas que pudieron deducirse en el juicio ejecutivo en tanto no tuviesen limitada o restringida la prueba.

5. EL PROCEDIMIENTO MONITORIO

En los últimos años, y procurando la doctrina lograr la siempre anhelada agilización del trámite procesal en general, se ha empezado a

cantar loas al llamado *proceso monitorio* que, al funcionar sólo con uno de los interesados, no es propiamente un proceso. De ahí el título puesto a este tema: *procedimiento monitorio.*

Hasta aquí hemos visto que el proceso se desarrolla mediante una serie compuesta de cuatro etapas sucesivas: afirmación – negación – confirmación – evaluación, y que la primera de ellas corresponde exclusivamente al actor: él debe afirmar en su demanda la existencia de hechos ocurridos en la realidad de la vida (conflicto) y que hasta ahora son *inciertos* (pues pueden ser contestados), debe también implicarlos en una norma general, abstracta y previa y, a base de ello, pretender alguna declaración o constitución de derecho o condena a la realización de una prestación. Esto no ocurre en el procedimiento *monitorio*, en el cual el juez actúa *sin oír previamente al demandado* pues acepta y presume que el actor tiene un derecho cierto que la misma ley ha calificado como tal. Y a raíz de ello, emite en el acto una sentencia que será directamente operativa sólo si el demandado *no se opone a ella*, deduciendo algún medio de defensa aceptado por la ley. La palabra *monitorio* no parece, así, que sea propia para marcar el verdadero significado que se le otorga actualmente en el Derecho.

La idea de este tipo de procedimiento viene del Cpc de Italia, artículo 633, que legisla el *procedimento d'ingiunzione* y se utiliza para el cobro de ciertas acreencias que carecen de ejecutividad. A guisa de ejemplo: honorarios de abogados, procuradores y notarios, que se prueban por escrito. Sobre esta base, el procedimiento comienza con una demanda que contiene una pretensión que debe mostrar las condiciones de regularidad previstas en la ley. Ante ello, el juez emite de inmediato la sentencia con mandato de intimación de pago y embargo de bienes, a la cual el ya condenado puede oponerse presentando los argumentos defensivos del caso y, a partir de allí, discutir procesalmente acerca del contenido de tales defensas (o excepciones), no de los hechos fundantes de la pretensión del actor. Si bien se mira, esto es muy parecido a lo que ya se ha mostrado *supra* como procedimiento ejecutivo, que también exhibe una estructura monitoria: eso es, precisamente, la citación de remate.

Creemos que esa experiencia no puede desaprovecharse y, así, cabe aceptar la conveniencia de llamar a las cosas por su nombre, entendiendo que el auto de citación de remate es propiamente una sentencia monitoria. Ello nos llevará a aceptar este tipo procedimental para la ejecución de los títulos fehacientes que antes hemos mencionado y para otras cosas que carecen de ejecutividad: por ejemplo, la pretensión de cobro de acreencias de muy bajo monto (las *pequeñas causas*, que tanto preocupan a la doctrina de América) que, desde siempre, carecen de toda posibilidad justiciable. No se vea en esta afirmación una claudicación de principios en cuanto al mantenimiento que en esta obra se hace del respeto al derecho de defensa: a) en el caso de los títulos fehacientes, no creemos que haya contradicción alguna, toda vez que el derecho que ampara al ejecutante viene al juicio predeclarado y presumido por la ley. De donde resulta que no es irrazonable invertir la carga de afirmar: en lugar de hacer que el actor afirme los hechos fundantes de su pretensión, lo hace el ejecutado respecto de las razones que tiene para que la ejecución no prospere. Y esa es, precisamente, la materia litigiosa; b) en el caso de las pequeñas causas, por obvias razones de tipo político antes que jurídicos: miles y miles de pequeñas acreencias no pueden ser percibidas por imposibilidad de persecución judicial[288].

Claro está, con sensibles diferencias en los respectivos trámites en orden a las distintas situaciones a regular, que habrá que legislar adecuadamente para mantener el régimen constitucional.

288 Piénsese en el despacho *al fiado* de un almacenero, tan común en nuestro país; la acreencia de un jornalero, de un plomero por el arreglo de una canilla, del de un deshollinador por destapar una chimenea, etcétera. Si esto no se paga de buena voluntad, y se avasalla la confianza del trabajador que creyó que percibiría su salario al término del trabajo, no encuentra abogado que acepte encarar el safari judicial que es el proceso para lograr su cobro. Y esto es obvio: no hay relación entre el esfuerzo a realizar y el honorario que puede percibir al final en función del monto reclamado. La tarea del legislador inteligente debe consistir en elegir un adecuado punto de inflexión: cuánto es el monto de una acreencia para que pueda ser considerada *pequeña causa* y se justifique ignorar el derecho de defensa *previo* en homenaje a la celeridad y a la necesidad de la gente humilde.

TEXTO DE CÁTEDRA*

LA TUTELA EJECUTIVA

SUMARIO

1. Concepto
2. Constitucionalidad de la tutela ejecutiva
3. La tutela ejecutiva en la doctrina del tribunal constitucional
4. Autonomía de la tutela ejecutiva
5. El título ejecutivo
   - 5.1. Antecedentes y evolución
   - 5.2. Concepto
   - 5.3. Elementos
     - 5.3.1. Elemento sustancial
     - 5.3.2. Elemento formal
     - 5.3.3. Presupuesto de la ejecución: el principio *nulla executio sine titulo*
     - 5.3.4. Clases
       - 5.3.4.1. Títulos ejecutivos contractuales
       - 5.3.4.2. Títulos ejecutivos jurisdiccionales

1. CONCEPTO

La tutela ejecutiva es una de las manifestaciones de la tutela jurisdiccional cuya finalidad es realizar derechos preconstituidos y contenidos en documentos a los cuales la ley confiere calidad de títulos ejecutivos. La tutela ejecutiva es, por ello, tutela satisfactiva o tutela de realización.

La tutela ejecutiva, en su dinámica real y finalista, puede concebirse como aquella actividad pública y sustitutiva que realiza el órgano jurisdiccional para garantizar y ejecutar forzadamente a favor del acree-

---

* Por el profesor Carlos Antonio Pérez Ríos.

dor ejecutante la obligación singular o plural incumplidas por el deudor ejecutado; en resumen, el órgano jurisdiccional utilizando sus poderes de coerción y ejecución realiza la prestación que el deudor debió realizar voluntariamente.

2. CONSTITUCIONALIDAD DE LA TUTELA EJECUTIVA

La autoridad judicial es la encargada de llevar adelante la ejecución, por ello ninguna autoridad puede dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada, ni cortar procedimientos en trámite, ni modificar sentencias ni retardar su ejecución. La ejecución de documentos con mérito ejecutivo es potestad exclusiva de los órganos jurisdiccionales (inc. 2 del art. 139 de la Constitución Política).

De otro lado, el inciso 3 de la misma norma jurídica constitucional peruana regula, como principio y garantía de la función jurisdiccional, la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional, sin efectuar mayores especificaciones sobre las manifestaciones concretas de ésta. Se infiere entonces que el reconocimiento genérico del derecho a la tutela jurisdiccional comprende a sus expresiones ordinarias, como son la tutela de cognición, la tutela ejecutiva y la tutela cautelar, así como a las nuevas formas de la tutela jurisdiccional agrupadas en torno a la tutela extraordinaria o diferenciada; no obstante, la regulación normativa del texto constitucional citado requiere de una redacción mucho más directa y explícita.

3. LA TUTELA EJECUTIVA EN LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

El Tribunal Constitucional, dentro de la misma línea de razonamiento, en la sentencia dictada el 28 de enero de 2005 en el Exp. N.º 4080-2004-AC/TC, ha precisado que el derecho a la ejecución de sentencias es una manifestación del derecho a la tutela judicial efectiva, por lo siguiente:

..."14. El derecho a la tutela judicial efectiva está reconocido en nuestro ordenamiento constitucional en el art. 139, inciso 3, donde, si bien aparece como 'principio y derecho de la función jurisdiccional', es claro tanto para la doctrina unánime como para la propia jurisprudencia de este Tribunal, que se trata de un derecho constitucional que en su vertiente subjetiva supone, en términos generales, un derecho a favor de toda persona de acceder de manera directa o a través de representante ante los órganos judiciales; de ejercer sin ninguna interferencia los recursos y medios de defensa que franquea la ley; de obtener una decisión razonablemente fundada en derecho; y, finalmente, de exigir la plena ejecución de la resolución de fondo obtenida. 15. '... el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales que han pasado en autoridad de cosa juzgada, es una manifestación del derecho a la tutela jurisdiccional, reconocido en el inciso 3 del art. 139 de la Constitución. También se encuentra aludido en el segundo párrafo del inciso 2 del mismo art. 139, cuando se menciona que ninguna autoridad puede (...) dejar sin efecto resoluciones que han pasado en autoridad de cosa juzgada (...) ni retardar su ejecución'. (Sentencia emitida en el Expediente N.º 0015-2001-AI/TC, FJ 8). 16. El derecho a la ejecución de las decisiones jurisdiccionales resulta de especial relevancia, no sólo por su manifestación de derecho de tutela judicial, sino porque constituye una garantía *sine qua non* para que pueda evidenciarse, en la práctica, el principio de independencia judicial, que conforme lo ha declarado este Tribunal no es sólo uno de los elementos '(...) que, conforme al art. 43 de la Constitución, nos configuran como una República Democrática', sino que, además, resulta '(...) necesaria (o) para inspirar la confianza de los ciudadanos en los tribunales' (Expediente N.º 0004-2004-CC/TC, fj. 33). Si las sentencias de los jueces no se cumplen, simplemente no podría hablarse de un Poder Judicial independiente que es capaz de hacer valer su *jurisdictio* con plena eficacia respecto de lo que decide, y de este modo, los ciudadanos no tendrían un garante real para la protección de sus derechos".

Dentro de su rol constitucional, el TC, en la misma sentencia, ha establecido que "el derecho a la tutela ejecutiva comprende el mandato

a su cumplimiento pleno y oportuno, es decir, dentro de un plazo razonable". Pues bien, el derecho a obtener un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión controvertida dentro de un plazo razonable no sólo debe entenderse referido al trámite que existe entre la presentación de una demanda y la decisión sobre el fondo, sino que dicho concepto también es una exigencia para lograr la efectividad del pronunciamiento judicial en un plazo que no exceda lo que la naturaleza del caso y sus naturales complicaciones de cumplimiento ameriten, sin que en ningún caso su ejecución se difiera por dilaciones indebidas. Así:

> ..."17. El cumplimiento pleno de lo establecido en una decisión judicial supone, por otro lado, la satisfacción real y efectiva, en tiempo oportuno, de lo decidido por el poder jurisdiccional. No es posible admitir como alegato que, si lo que se ordena mediante una sentencia judicial es la realización de uno o más actos administrativos previos a la asignación de un monto que se ha dejado de pagar, cuando correspondía hacerlo, y debido a que en la medida que en la sentencia no se ha ordenado el pago de una suma líquida, tal obligación no es atendible en la etapa de ejecución. Es como pretender que para el cumplimiento de las obligaciones de la administración, haya que pasar previamente por el Poder judicial, en una suerte de intermediación jurisdiccional permanente [...] 19. El derecho a la ejecución de la decisión de fondo contenida en una sentencia firme, también supone su cumplimiento en tiempo oportuno. El derecho a obtener un pronunciamiento de fondo en un plazo razonable, ha sido precisado por este Colegiado como una '(...) manifestación implícita del derecho al debido proceso y la tutela judicial efectiva reconocidos en la Carta Fundamental (art. 139 de la Constitución) y, en tal medida, se funda en el respeto a la dignidad de la persona humana'. (Expediente N.º 0549-2004-HC/TC, F.J. 3). Si bien tal precisión se hacía en el ámbito de afectación del derecho de libertad como consecuencia de un proceso penal, este Tribunal considera que el derecho a una decisión sobre el fondo y al cumplimiento de la misma en un plazo razonable es extrapolable a todo tipo de procesos jurisdiccionales. El plazo razonable no sólo debe entenderse referido al trámite que existe entre la presentación de una

demanda y la decisión sobre el fondo, sino que resulta indispensable que dicho concepto se entienda también como una exigencia para lograr la efectividad del pronunciamiento judicial en un plazo que no debe exceder lo que la naturaleza del caso y sus naturales complicaciones de cumplimiento ameriten, sin que en ningún caso su ejecución se difiera por dilaciones indebidas [...] 20. En consecuencia, toda dilación indebida que retarde innecesariamente el cumplimiento pleno de lo que mediante una sentencia judicial firme se ha ordenado, debe entenderse como vulneratoria del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva que la constitución reconoce".

4. AUTONOMÍA DE LA TUTELA EJECUTIVA

La tutela ejecutiva es tutela de realización o satisfacción. Esta es su particularidad, su razón de ser. La obligación incumplida puede estar contenida en un título de origen judicial, arbitral, contractual o dispuesto por la ley. Sólo en los dos primeros casos la tutela ejecutiva está condicionada al proceso judicial o arbitral previo; únicamente en tales casos existe una dependencia funcional del proceso ejecutivo a una cognición condenatoria judicial o arbitral.

La tutela ejecutiva se erige como tutela autónoma porque su exteriorización, en muchos casos, no requiere de cognición previa; se manifiesta, por ejemplo, a través de los títulos ejecutivos de origen contractual en los que la concurrencia de las formalidades de ley autoriza al juez a expedir los mandatos ejecutivos que la naturaleza de la obligación requiera.

Si bien la relación entre proceso de conocimiento y proceso de ejecución es inobjetable y goza de una *irreprochable corrección teórica*, en los casos señalados, sin embargo, esta relación no convierte a la última en una tutela disminuida, subordinada a la primera; por lo demás, la relación entre tutela cognitoria y ejecutiva sólo se manifiesta en la cognición condenatoria. De otro lado, debe considerarse que a un proceso de cognición condenatoria no siempre le sucede de modo mecánico un

proceso único de ejecución, como cuando a la sentencia condenatoria firme le sobreviene el pago.

Finalmente, la ejecución procesal es, por antonomasia, forzada; si a la expedición del mandato ejecutivo o de ejecución le sobreviene el pago, no hablamos propiamente de ejecución procesal, sino de cumplimiento. Por ello, la ejecución procesal, como manifestación concreta de la tutela jurisdiccional ejecutiva, es siempre forzada y debe ser concebida como aquella potestad pública destinada a incidir directamente en la esfera de los derechos subjetivos, esencialmente, patrimoniales.

5. EL TÍTULO EJECUTIVO

5.1. Antecedentes y evolución

El título no es un término o un concepto exclusivo del derecho ni mucho menos del proceso único de ejecución, pertenece al lenguaje y a las diversas manifestaciones del hombre en sociedad. Es frecuente hablar de distintos tipos de títulos, por ejemplo: títulos académicos, títulos registrales, títulos de propiedad, títulos de crédito, títulos nobiliarios, entre otros. Mas, entre los títulos que tienen trascendencia en el mundo del derecho, una de las especies es la que interesa al derecho procesal civil: el título ejecutivo.

El título ejecutivo es el presupuesto de la ejecución forzosa, es el documento en el que consta el derecho a materializarse mediante la ejecución forzada y cuya cualidad ejecutiva es declarada por decisión judicial, arbitral o legal. El más importante título ejecutivo es la resolución judicial firme (sentencias o autos de condena) por la cual se impone al vencido el cumplimiento de determinada prestación[289].

Entre los títulos que tienen trascendencia jurídica, existe una especie de aquellos que garantiza la obtención de la prestación obligacional

289 Kisch, W., *Elementos de derecho procesal civil*. Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940, p. 335.

en ellos contenida sin tener que recurrir previamente a los procesos de cognición condenatoria. Estos títulos están constituidos por documentos que contienen obligaciones de origen contractual y a los que sustantivamente se les denomina títulos valores. Al ingresar al proceso, adquieren el *status* de títulos ejecutivos.

Históricamente se ha considerado como título ejecutivo sólo a la sentencia judicial firme; mas el desarrollo de las actividades mercantiles a partir del siglo XIV, como primera fase del modo de producción capitalista, en las principales ciudades italianas, ha determinado el surgimiento de nuevas instituciones y manifestaciones jurídicas, dentro de las cuales ubicamos a los títulos ejecutivos extra jurisdiccionales. Vemos pues que los títulos de crédito y los títulos ejecutivos en particular nacieron de una exigencia práctica de dar mayor fluidez a la circulación de valores, y contar con créditos exentos de cuestionamientos y oposiciones del deudor; de manera que el incumplimiento de aquél conducía inevitablemente a la ejecución forzada, sin requerir de procesos cognitorios previos, tal como lo veremos en el punto siguiente.

Según los tratadistas españoles J. ARIAS RAMOS y J. A. ARIAS BONET, los antecedentes más remotos de los títulos ejecutivos extrajudiciales los encontramos en la primera etapa del proceso romano (acciones de la ley). Además, manifiestan que la *legis actio per manus iniectionem* (por imposición de manos) no siempre suponía una sentencia dictada en virtud de la tramitación de una *legis actio* como declaratoria anterior; explican que podía también acudirse directamente a la *manus iniectio* para lograr el pago de deudas nacidas de actos que, en este aspecto, producían los mismos efectos que una sentencia. En oposición de aquellos que implicaban una sentencia precedente (*manus iniectio iudicati*), estos casos se denominaban *manus iniectio pro iudicato*[290].

En resumen, los títulos ejecutivos primigenios fueron las sentencias y los laudos condenatorios; los títulos ejecutivos formados contractual-

290 ARIAS RAMOS, José y Juan Antonio ARIAS BONET, *Derecho romano*, Edersa, Madrid, 1986, t. I (Parte general), p. 183.

mente al amparo de la legislación especial surgieron a fines de la Edad Media, por lo que son conocidos también como títulos ejecutivos modernos, en contraposición a los títulos ejecutivos históricos.

5.2. Concepto

El concepto genérico de título ejecutivo comprende tanto al título ejecutivo jurisdiccional (histórico) como al título ejecutivo extrajurisdiccional (moderno), como apreciaremos en los conceptos que a continuación citamos.

En opinión de Giuseppe Chiovenda, el título ejecutivo "Es el presupuesto o condición general de cualquiera ejecución, y por tanto de la ejecución forzosa: *Nulla executio sine titulo (...)* consiste necesariamente (*ad solemnitatem*) en un *documento escrito* del que resulte una voluntad concreta de ley que garantice un bien. Normalmente es una resolución jurisdiccional dirigida precisamente a declarar esta voluntad...

Excepcionalmente, es un acto administrativo o un contrato, pero tan claro y simple que se puede deducir de él, aunque no esté declarada, la voluntad concreta de la ley: tal es la orden administrativa de pagar un impuesto (...), o un acto contractual otorgado ante notario, o la letra de cambio. En todo título ejecutivo es necesario, pues, tener presente y diferenciado un doble significado y elemento, sustancial y formal: a) el título en sentido sustancial es el *acto jurídico* del que resulta la voluntad concreta de la ley; b) el título en sentido formal es el *documento* en que el acto está contenido"[291].

Francesco Carnelutti, por su parte, sostiene que el título ejecutivo es un documento al cual atribuye la ley efecto de prueba integral del crédito respecto del que se pide la ejecución. Por eso, cuando alguien presenta un título, el Juzgado no puede dudar, ni siquiera por razones exclusivamente de derecho, en torno a la existencia del crédito representado en él; tal

291 Chiovenda, *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., vol. I, pp. 317, 318.

prohibición responde a la naturaleza del juicio ejecutivo, el cual no tiene por objeto resolver cuestiones, sino ejecutar actos jurídicos[292].

Salvatore SATTA destaca el carácter unitario del título ejecutivo cuando explica que, en realidad, título ejecutivo y crédito, siempre en la dinámica de lo concreto, son una entidad única, no dos entidades distintas. Título ejecutivo significa simplemente que existe una normativa constituida a través de un cierto procedimiento privado o público, a la cual la ley atribuye un valor absoluto respecto de la acción del acreedor; se trata, por consiguiente, de una expresión simbólica, pero que abarca toda la realidad, no un sólo sector de ella. El crédito es verdaderamente el título (y viceversa), y como tal permanece mientras el título no sea removido utilizando uno de los medios que la ley consiente, y en todo caso a través de un juicio[293].

Ugo ROCCO, dentro de la línea de pensamiento de Salvatore SATTA, conceptúa al título ejecutivo del siguiente modo: "El título ejecutivo es un documento del cual resulta certificada o legalmente certificada la tutela que el derecho concede a determinado interés (...) es un documento en que se consagra la certeza judicial o la certeza presuntiva y legal del derecho"[294].

Los títulos ejecutivos, a los que CHIOVENDA denomina *modernos*, representan una simplificación impuesta por el interés general a la rapidez de las ejecuciones, en cuanto dispensa de la necesidad de un nuevo conocimiento del juez dirigido a declarar la existencia actual de la acción ejecutiva y permite al acreedor pedir directamente al órgano ejecutivo, el acto ejecutorio. No es que falte en absoluto el conocimiento. Cuando se ha dirigido al órgano ejecutivo una demanda de ejecución, el órgano ejecutivo

292 CARNELUTTI, *Sistema de derecho procesal civil*, cit., t. II, p. 552.

293 SATTA, Salvatore, *Manual de derecho procesal civil*, EJEA, Buenos Aires, 1973, t. II, p. 17.

294 ROCCO, Ugo, *Tratado de derecho procesal civil*, Depalma, Buenos Aires, 1976, t. IV, p. 138.

debe de oficio examinar si existe un título ejecutivo; y si un título ejecutivo no resulta existente, el acto ejecutivo debe ser rechazado por él[295].

Entre los procesalistas españoles, el profesor Leonardo PRIETO CASTRO ofrece la siguiente definición: "Es el documento en que se hace constar la obligación de la parte contra la cual se ha de dirigir la ejecución. Esta parte recibe desde entonces el nombre y tiene la consideración de deudor o ejecutado, y el promotor de la ejecución se llama acreedor o ejecutante o ambas cosas a la vez, porque al llegarse a la ejecución, una parte tiene respecto de otra, el derecho o la obligación de dar, hacer o no hacer"[296].

En el área latinoamericana, ALSINA expresa que: "El título ejecutivo no es otra cosa que el documento que comprueba el hecho del reconocimiento, como en la ejecución de sentencia el título es el documento que constata el pronunciamiento del tribunal".

Por nuestra parte, sostenemos que el título ejecutivo es el documento que representa o contiene una obligación cierta, expresa y exigible; y, tratándose de obligación de dar suma de dinero, además debe ser líquida o liquidable. La ley o la decisión jurisdiccional firme, en su caso, confieren al título ejecutivo las condiciones de legitimidad suficientes para que su titular pueda reclamar su ejecución, en sede judicial.

El acreedor no necesita invocar los fundamentos de su derecho porque el título ejecutivo, como documento que acredita la existencia de un acto jurídico determinado, es suficiente para que el acreedor obtenga los efectos inmediatos que son propios a la interposición de la pretensión ejecutiva[297].

295 CHIOVENDA, *Instituciones de derecho procesal civil*, cit., vol. I, pp. 317 y 318.

296 PRIETO CASTRO, Leonardo, *Derecho procesal civil*, Imprenta Sáez, Madrid, 1956, t. II, p. 456.

297 PALACIO, Lino Enrique, *Derecho procesal civil*, 4.ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, t. II (*Procesos de conocimiento, sumarios y de ejecución*), p. 224.

5.3. Elementos

Los títulos ejecutivos, examinados bajo criterios concretos y dinámicos, constituyen una entidad única; sin embargo, por razones didácticas es posible diferenciar dos elementos en su conformación: uno sustancial y otro formal.

5.3.1. Elemento sustancial

El título en sentido sustancial es el acto jurídico del cual emana la voluntad concreta de la ley; esta es, sin embargo, una acepción genérica. Con precisión, podemos afirmar que el elemento sustancial del título ejecutivo es el acto jurídico contractual o la decisión jurisdiccional (judicial o arbitral) consentida en la que conste el derecho a un deber de prestación de dar, de hacer, o de no hacer, debidamente declarado como tal por el juez, el árbitro o las partes contratantes.

Si analizamos al elemento sustancial del título ejecutivo a partir del resultado, en efecto podemos admitir que éste es una decisión judicial o una decisión arbitral, o en todo caso un acto jurídico contractual. Pero, si con respecto a las dos primeras emprendemos un examen regresivo, llegaremos a la conclusión de que estos actos también, y finalmente, tienen como punto de partida un contrato; luego, podemos sostener que el elemento sustancial del título ejecutivo tiene, en todos los casos, origen contractual.

No basta que estemos frente a obligaciones dativas, conservativas o transformativas, se requiere que aquellas presenten además determinadas características especiales y estén contenidas en medios o soportes a los que la ley exige ciertas formalidades, sin las cuales no es posible constituir una obligación ejecutiva ni crear un título ejecutivo.

5.3.2. Elemento formal

El título en sentido formal es el documento en el que está contenido el acto jurídico; puede denominarse título valor, sentencia, laudo,

instrumento impago de renta, testimonio de escritura pública, copia certificada de prueba anticipada, etcétera.

La palabra *documento* deriva del término latino *documentum*, que tiene sus raíces en el término latino *docere*, que significa enseñar, mostrar, indicar. Entonces, el término documento designa cualquier tipo de material u objeto que pueda proporcionar información: datos, hechos, narraciones con eficacia probatoria; un soporte material que contiene información transmitida a quien lo observa, etc. Así, un documento puede ser una placa radiográfica, fotografías, cuadros, una escultura, videos, cintas magnetofónicas, discos informáticos, manuscritos, planos, archivos electrónicos, entre otros. Todo documento es un objeto, mas no todo objeto es un documento.

El artículo 233 del CPC define al documento como: "Todo escrito u objeto que sirve para acreditar un hecho". La presentación de escritos como medios de prueba en un proceso es y ha sido tradicionalmente la práctica habitual, pero el avance tecnológico, que ha conducido a la tecnificación de las relaciones humanas, ha hecho posible otras formas documentales distintas de los simples escritos[298]; entre estos, el documento electrónico, que es un documento sui géneris, intangible. Técnicamente, es un conjunto de impulsos eléctricos que recaen en un soporte de computadora, que, sometidos a un proceso, permiten su traslación a lenguaje natural a través de una pantalla o una impresora.

Retornemos a nuestro tema. En la actualidad, existe consenso respecto a que el título ejecutivo no está constituido únicamente por el soporte documental, sino por ambos elementos: el sustancial y el formal, dos caras de una misma moneda. Empero, si bien ambos son aspectos de una misma realidad, deben reunir determinadas formalidades de carácter legal a efectos de alcanzar la categoría de título ejecutivo.

298 Moreno Navarrete, Miguel Ángel, *La prueba documental*. Marcial Pons, Madrid, 2001, p. 24.

En el siglo pasado, los distinguidos procesalistas italianos Enrico Tullio LIEBMAN y Francesco CARNELUTTI protagonizaron una ardua polémica, actualmente ya superada, respecto a la esencia del título ejecutivo: LIEBMAN sostenía que el título ejecutivo era el contenido del documento, es decir, el acto o el negocio para cuyo cumplimiento se solicita la ejecución forzada; en tanto que CARNELUTTI consideraba que el título ejecutivo representaba la prueba integral de la relación obligacional por la cual se procede ejecutivamente. Es decir, que el título prueba la existencia del crédito y que el tenedor del título está legitimado para pedir al órgano jurisdiccional la realización de determinada actividad ejecutiva.

En resumen, el título ejecutivo posee la eficacia, en cuanto documento, de comprobar determinado acto jurídico. El aspecto sustancial y el aspecto formal del título se compenetran íntimamente; ello explica que el acreedor no pueda accionar ejecutivamente sin el título y, contrariamente, no pueda, en ausencia de este, producir otras pruebas para demostrar el fundamento de su pretensión ejecutiva.

Esta precisión respecto a los elementos del acto jurídico no es un tema más en la teoría de la ejecución procesal; es el tema medular que permite conocer la naturaleza y esencia del título ejecutivo. La comprensión de este tema hará más asequible la temática de la contradicción y sus diversas causales, previstas tanto en el CPC como en la Ley de Títulos Valores.

El origen del título ejecutivo determina la asignación de grados de certeza, diferenciados para los títulos. Así, no se puede atribuir el mismo grado de certeza a aquellos títulos que se originan en la decisión contractual de las partes (títulos ejecutivos contractuales) en los que a lo sumo pudo haber intervenido un notario público, frente a aquellos en los que interviene un juez o un árbitro. El origen del título y el consiguiente grado de certeza atribuido por este hecho determina, a su vez, la atribución de un mayor o menor número de causales de contradicción para cada tipo de título.

5.3.3. Presupuesto de la ejecución: el principio nulla executio sine titulo

La condición general o presupuesto de la ejecución es el título ejecutivo, sin cuya existencia resulta nula toda posibilidad de acceso a este tipo de proceso. *Nulla executio sine titulo* significa que "sólo se puede promover ejecución en virtud de títulos ejecutivos (...)" (art. 688 CPC).

El título, sin embargo, no es el mero presupuesto de hecho de la ejecución forzada, ni una condición de procedibilidad de ella, sino el hecho constitutivo de la acción; en base a la cual, quien tiene la posesión de dicho título, puede pedir una determinada forma de tutela ejecutiva, aunque después el derecho por el cual acciona resulte inexistente o no existente ya (porque entre tanto se haya extinguido)[299].

Salvatore SATTA, refiriéndose a la expresión *nulla executio sine titulo*, precisa que ésta implica "una atribución de valor a determinadas hipótesis, en cuya virtud éstas son objetivamente el crédito y subjetivamente el acreedor"[300].

Se ha dicho con acierto que el título ejecutivo es la llave maestra que permite el ingreso al especialísimo campo de la ejecución procesal civil. Sin el título ejecutivo, se podrá promover un proceso cognitorio (conocimiento, abreviado, sumarísimo), un proceso cautelar o un proceso no contencioso, pero jamás un proceso de ejecución.

El título ejecutivo hace posible el inicio de la ejecución, mas no garantiza su éxito; es el presupuesto o condición para dar inicio a cualquier ejecución, pero no depende de él que la obligación se ejecute. La garantía de ejecución del derecho contenido en el título está dada por el embargo o secuestro conservativo previamente ejecutado, excepto tratándose de la ejecución de una garantía real en la que el bien afectado es la garantía de pago, en sede judicial.

299 MICHELI, Gian Antonio, *Proceso de ejecución*, EJEA, Buenos Aires, 1970, p. 9.

300 SATTA, *Manual de derecho procesal civil*, cit., t. II, p. 18.

Ha sostenido Gian Antonio MICHELI que, si bien el título es el presupuesto de la ejecución, no es el simple presupuesto de hecho de la ejecución forzada, ni una condición de procedibilidad de ella, sino el hecho constitutivo de la pretensión; en base a la cual, quien tiene la posesión del título puede pedir tutela ejecutiva, aunque después la pretensión por la cual acciona resulte inexistente o no existente ya[301].

El artículo 690 del CPC dispone que están legitimados para promover ejecución quien en el título ejecutivo tiene reconocido un derecho en su favor; contra aquél que en el mismo tiene la calidad de obligado y, en su caso el constituyente de la garantía del bien afectado, en calidad de litisconsorte necesario.

Cuando la ejecución pueda afectar derecho de tercero, se debe notificar a éste con el mandato de ejecución. La intervención del tercero se sujetará a lo dispuesto en el artículo 101 CPC. Si se desconociera el domicilio del tercero se procederá conforme a lo prescrito en el artículo 435 CPC.

5.3.4. Clases

Los títulos ejecutivos se encuentran nominalmente enumerados en el artículo 688 del CPC, en el que se reconoce la existencia de títulos de origen judicial y extrajudicial. Con propiedad, la diferencia se manifiesta entre los títulos contractuales y los títulos jurisdiccionales (judiciales y arbitrales).

5.3.4.1. Títulos ejecutivos contractuales

Son aquellos cuya creación y formación tienen como contexto una relación contractual, y son ejecutivos porque la ley así lo establece. Su constitución como tal no requiere de un proceso judicial o arbitral cognitorio condenatorio.

301 MICHELI, *Proceso de ejecución*, cit., cit., p. 8.

Históricamente, estos títulos surgen como una exigencia de la dinámica económica y social a partir del siglo XI, afianzada en los siglos XIII, XIV y XV, debido al desarrollo de las actividades mercantiles, como primera fase del modo de producción capitalista; así, dicho proceso tuvo mayor dinamismo en ciudades como Génova, Florencia, entre otras ciudades italianas. Esta situación ha determinado el surgimiento de nuevas instituciones y manifestaciones jurídicas, dentro de las cuales ubicamos a los títulos de crédito y los títulos ejecutivos extra jurisdiccionales. Como puede verse, ambos títulos (de crédito y ejecutivos) nacieron de la necesidad práctica de contar con créditos exentos de cuestionamientos y oposiciones del deudor, de modo tal que el incumplimiento de las obligaciones contenidas en los títulos de crédito conducía inevitablemente a la ejecución forzada, sin procesos cognitorios previos.

En nuestra legislación, debido a las modificaciones introducidas por el Decreto Legislativo 1069, tanto los títulos contractuales como los jurisdiccionales están normados como títulos ejecutivos en el artículo 688 del CPC; sin embargo, tal reagrupamiento forzado en nada modifica la esencia o génesis de cada grupo.

Los títulos ejecutivos contractuales son los siguientes:

a) Títulos Valores que confieran la acción cambiaria, debidamente protestados o con la constancia de formalidad sustitutoria del protesto respectiva; o, en su caso, con prescindencia de dicho protesto o constancia, conforme a lo previsto en la ley de la materia.

b) La constancia de inscripción y titularidad expedida por la Institución de Compensación y Liquidación de Valores, en el caso de valores representados por anotación en cuenta, por los derechos que den lugar al ejercicio de la acción cambiaria, conforme a lo previsto en la ley de la materia.

c) Prueba anticipada que contiene un documento privado reconocido.

d) Copia certificada de la prueba anticipada que contiene una absolución de posiciones, expresa o ficta.

e) Documento privado que contenga transacción extrajudicial.

f) Documento impago de renta por arrendamiento, siempre que se acredite instrumentalmente la relación contractual.

g) Testimonio de escritura pública.

5.3.4.2. Títulos ejecutivos jurisdiccionales

Son aquellos cuyo origen y conformación corresponden a procesos judiciales o arbitrales de cognición condenatoria. Por consiguiente, los procesos de cognición que tienen naturaleza constitutiva o meramente declarativa no son fuente generadora de estos títulos. Giuseppe CHIOVENDA asignó a estos títulos la denominación de *títulos históricos* porque la sentencia condenatoria era el título ejecutivo por antonomasia. No obstante, estos títulos en su fuente primigenia también proceden de actos contractuales que ante su incumplimiento tuvieron que acudir al órgano jurisdiccional para lograr la condena judicial que impusiese al deudor demandado, el deber de prestación debida.

El legislador nacional ha preferido unificar, a partir del 29 de junio de 2008, el *nomen iuris* de estos títulos bajo una sola denominación: *título ejecutivo*, estableciendo como criterio de diferenciación precisamente la fuente generadora del mismo.

El artículo 688, en los incisos 1 y 2, incluye a aquellos títulos de origen jurisdiccional (judicial y arbitral) y en el inciso 3 uno de origen legal.

Absolvamos algunas interrogantes frecuentes:

¿Toda resolución judicial firme es título ejecutivo?

El CPC emplea la expresión nominal "resolución judicial firme" sin mayores precisiones. Expliquemos: para que una resolución judicial firme sea título ejecutivo debe tener la calidad de resolución judicial

condenatoria, es decir, contener una obligación de dar, de hacer o de no hacer impuesta al deudor vencido en un proceso de cognición condenatoria. Entonces, no toda resolución judicial firme es título ejecutivo: las sentencias de cognición mere declarativas y constitutivas no tienen esta cualidad especial.

¿Las resoluciones judiciales condenatorias firmes son únicamente las sentencias?

No, la expresión resoluciones *judiciales firmes* comprende tanto a las sentencias como a los autos. Mediante la sentencia, el juez pone fin a la instancia o al proceso, pronunciándose en decisión expresa, precisa y motivada sobre la cuestión controvertida, declarando el derecho de las partes, o excepcionalmente sobre la validez de la relación procesal. Esta es la forma normal u ordinaria de conclusión del proceso de cognición; las formas especiales o extraordinarias de *conclusión* del proceso requieren la expedición de un auto, así lo dispone el artículo 121 del CPC. Resumiendo: un título ejecutivo puede adoptar la forma de sentencia o de auto, ambos condenatorios y firmes.

BIBLIOGRAFÍA

ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *El juez: sus deberes y facultades*, Depalma, Buenos Aires, 1982.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Introducción al estudio del derecho procesal*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004.

ALVARADO VELLOSO, Adolfo. *Sistema procesal: garantía de la libertad*, t. I, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2009.

ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Derecho procesal civil. Teoría del proceso ordinario*, Fondo Editorial de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 1968.

ALZAMORA VALDEZ, Mario, *Derecho procesal civil. Teoría general del proceso*, Sesator, Lima, 1981.

ARIAS RAMOS, José y Juan Antonio ARIAS BONET, *Derecho romano*, I (*Parte general*), Edersa, Madrid, 1986.

AZULA CAMACHO, Jaime, *Manual de derecho procesal civil*, t. I, Temis, Bogotá, 1975.

AZULA CAMACHO, Jaime, *Manual de derecho procesal civil*, t. I, Temis, Bogotá, 1995.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del derecho,* Temis, Bogotá, 2002.

BONET NAVARRO, José, "Litisconsorcio activo innecesario (una reflexión para el debate)", en *Justicia. Revista de derecho procesal*, N.º 2, Barcelona, 1997.

BRISEÑO SIERRA, Humberto. *Derecho procesal*, t. I, 2.ª edición, Harla, México, 1995.

CALAMANDREI, Piero. *Instituciones de derecho procesal.* Depalma, Buenos Aires, 1943.

CALAMANDREI, Piero, *Introducción al estudio sistemático de las providencias cautelares*, ARA, Lima, 2005.

CARNELUTTI, Francesco. *Sistema de derecho procesal civil*, ts. I y II, UTEHA, Buenos Aires, 1944.

CARRIÓN LUGO, Jorge, *Tratado de derecho procesal civil*, t. I, Grijley, Lima, 2000.

CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil*, vols. I y II, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940.

CHIOVENDA, Giuseppe. *Principios de derecho procesal civil*, t. I, Reus, Madrid, 2000.

COUTURE, Eduardo, *Estudios de derecho procesal civil*, ts. I y III, Depalma, Buenos Aires, 1978.

CUENCA, Humberto, *Proceso civil romano*. EJEA, Buenos Aires, 1957.

DÁVILA MILLÁN, Encarnación, *Litisconsorcio necesario, concepto y tratamiento procesal*, Bosch, Barcelona, 1975.

DE LA RÚA, Fernando. *Teoría general del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1991.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*, t. I, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1984.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando. *Teoría general del proceso*, t. II, Editorial Universidad, Buenos Aires, 1985.

DIDIER JR., Fredie. *Sobre la teoría general del proceso, esa desconocida*. Raguel, Lima, 2015.

FAIRÉN GUILLÉN, Víctor. *Doctrina general de derecho procesal*. Librería Bosch, Barcelona, 1990.

FIX ZAMUDIO, Héctor, "La problemática contemporánea de la impartición de justicia y el derecho constitucional", en *Ius et Veritas*. Año V, N.º 8, Lima, 1994.

FONS RODRÍGUEZ, Carolina, *La acumulación objetiva de acciones en el proceso civil*, J. M. Bosch, Barcelona, 1998.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *La batalla por las medidas cautelares. Derecho comunitario europeo y proceso contencioso administrativo español*, 3ª edición, Civitas, Madrid, 2006.

Gómez Orbaneja, Emilio y Vicente Herce Quemada, *Derecho procesal civil*, t. I (por Emilio Gómez Orbaneja), Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1975.

Gonzáles Pérez, Jesús, *El derecho a la tutela jurisdiccional.* Civitas, Madrid, 2001.

Guasp Delgado, Jaime y Pedro Aragoneses Alonso. *Derecho procesal civil*, t. I, 4.ª edición, Civitas, Madrid, 1998.

Guimarães Ribeiro, Darci, *La pretensión procesal y la tutela judicial efectiva. Hacia una teoría procesal del derecho*, J. M. Bosch, Barcelona, 2004.

Hevia Bolaños, Juan de, *Curia Philipica.* Oficina de Ramón Ruiz, Madrid, 1797.

Kelsen, Hans. *Teoría general del Estado*, Labor, Barcelona, 1934.

Kisch, W., *Elementos de derecho procesal civil.* Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1940.

Liebman, Tullio Enrico. *Manual de derecho procesal civil.* 4.ª edición, Milán, Giuffrè, 1980.

Lorca Navarrete, Antonio María, *Tratado de derecho procesal civil. Parte general. El nuevo proceso civil.* Dykinson, Madrid, 2000.

Macías Castillo, Agustín, *El daño causado por el ruido y otras inmisiones*, La Ley, Madrid, 2004.

Micheli, Gian Antonio, *Proceso de ejecución*, EJEA, Buenos Aires, 1970.

Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Principios de derecho procesal civil*, 3ª ed., Temis, Bogotá, 1988.

Monroy Gálvez, Juan, *Introducción al proceso civil*, t. I, Temis / De Belaúnde y Monroy, Santa Fe de Bogotá, 1996.

Montero Aroca, Juan, *El nuevo proceso civil.* Tirant lo blanch, Valencia, 2000.

Moreno Navarrete, Miguel Ángel, *La prueba documental.* Marcial Pons, Madrid, 2001.

Müther, Theodor, "Sobre la doctrina de la *actio*", en Windscheid, Bernhard y Theodor Müther, *Polémica sobre la "actio"*, Olejnik, Santiago de Chile, 2017.

PALACIO, Lino Enrique y Adolfo ALVARADO VELLOSO, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente*, t. III, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989.

PALACIO, Lino Enrique, *Derecho procesal civil*, t. II (*Procesos de conocimiento, sumarios y de ejecución*), 4.ª edición, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994.

PALACIO, Lino Enrique, *Manual de derecho procesal civil*, 18.ª edición actualizada. LexisNexis-Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2004.

PRIETO CASTRO, Leonardo, *Derecho procesal civil*, t. II, Imprenta Sáez, Madrid, 1956.

PRIETO CASTRO, Leonardo. *Derecho procesal civil*, 5.ª ed., Tecnos, Madrid, 1989.

PROTO PISANI, Andrea, *La tutela jurisdiccional*. Palestra, Lima, 2014.

PUGLIESE, Giovanni, "Introducción" a WINDSCHEID, Bernhard y Theodor MÜTHER, *Polémica sobre la "actio"*, Olejnik, Santiago de Chile, 2017.

QUINTERO, Beatriz y Eugenio PRIETO, *Teoría general del proceso*. t. I, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1992,

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho y proceso*. Librería Bosch, Barcelona, 1979.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco. *Derecho y proceso*. Librería Bosch, Barcelona, 2000.

RAMOS ROMEU, Francisco, *Las medidas cautelares civiles*, Atelier, Barcelona, 2006.

REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, *Diccionario de la lengua española*, 22.ª ed., Real Academia Española, Madrid, 2001.

REDENTI, Enrico, *Derecho procesal civil*, t. I, EJEA, Buenos Aires, 1957.

ROCCO, Ugo, *Tratado de derecho procesal civil*, t. II, Depalma, Buenos Aires, 1976.

ROCCO, Ugo, *Tratado de derecho procesal civil*, t. IV, Depalma, Buenos Aires, 1976.

ROCCO, Ugo, *Tratado de derecho procesal civil*, t. V, Depalma, Buenos Aires, 1977.

RODRÍGUEZ PASTOR, Carlos, *Prontuario de derecho romano*, Fundación M. J. Bustamante de la Fuente, Lima, 1992.

SATTA, Salvatore. *Derecho procesal civil*, t. III, EJEA, Buenos Aires, 1971.

SATTA, Salvatore, *Derecho procesal civil*, t. I, EJEA, Buenos Aires, 1971.

SATTA, Salvatore, *Manual de derecho procesal civil*, t. II, EJEA, Buenos Aires, 1973.

TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. "El proceso jurisdiccional y la formación del Estado. El origen del proceso entre los griegos", en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 45, México, 1982.

VALLESPÍN PÉREZ, David, "Aspectos problemáticos de la reconvención en el proceso civil español", en *Justicia. Revista de Derecho Procesal*, N.º 3-4, Barcelona, 1999.

VÉSCOVI, Enrique, *Teoría general del proceso*, Temis, Bogotá, 1984.

VÉSCOVI, Enrique, *Teoría general del proceso,* 2.ª edición, Temis, Bogotá, 1999.

WACH, Adolf, *La pretensión de declaración, un aporte a la teoría de la pretensión de declaración del Derecho*. EJEA, Buenos Aires, 1962.

WINDSCHEID, Bernhard, "La *actio* del derecho civil romano", en WINDSCHEID, Bernhard y Theodor MÜTHER, *Polémica sobre la "actio"*, Olejnik, Santiago de Chile, 2017.

WINDSCHEID, Bernhard y Theodor MÜTHER, *Polémica sobre la "actio"*, Olejnik, Santiago de Chile, 2017.

Publicado: Julio 2025
Este libro se terminó de imprimir
en julio del 2025 en los
talleres gráficos de
Pacífico Editores SAC
Jr. Castrovirreyna N.º 224 - Breña
Central: 619-3728
Lima-Perú